65539

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 107 • mar.-abr. / 2014

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 107 • mar.-abr. / 2014

Presidência
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Coordenação
Heloisa Estellita

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Heloisa Estellita

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alaor Leite, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Davi de Paiva Costa Tangerino, Luís Greco e Yuri Corrêa da Luz

CONSELHO EDITORIAL – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Alexis Couto de Brito, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Augusto Mendes Machado, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Artur de Brito Gueiros Souza, Bruna Angotti, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Christiano Falk Fragoso, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Daniel Silva Achutti, Danyelle da Silva Galvão, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fábio Roberto D'Avila, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Giovani Agostini Saavedra, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Helena Regina Lobo da Costa, João Daniel Rassi, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juan Pablo Montiel, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Marta Machado, Marta Saad, Maurício Stegemann Dieter, Máximo Sozzo, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Augusto de Carvalho Campos, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Thiago Bottino e Yuri Corrêa da Luz.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo

de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Ana Messuti, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos Maria Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-Maria Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 107 • mar-abr. / 2014

Coordenação
Heloisa Estellita

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 107 • mar.-abr. / 2014

Presidência
MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Coordenação
HELOISA ESTELLITA

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.

Diagramação eletrônica: TCS – Tata Consultancy Services – CNPJ 04.266.331/0001-29.
Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

© 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: [04-2014]
Profissional
Fechamento desta edição: [07.04.2014]



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2013/2014

Diretoria Executiva

Presidente
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1.º Vice-Presidente
Helena Regina Lobo da Costa

2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna

1.º Secretária
Heloisa Estellita

2.º Secretário
Pedro Luiz Bueno de Andrade

1.º Tesoureiro
Fábio Tofic Simantob

2.º Tesoureiro
Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Eleonora Rangel Nacif

Conselho Consultivo

Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Marta Saad

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

Suplentes da Diretoria Executiva

Átila Pimenta Coelho Machado
Cecília de Souza Santos
Danyelle da Silva Galvão
Fernando da Nobrega Cunha
Leopoldo Stefanno G. L. Louveira
Matheus Silveira Pupo
Renato Stanziola Vieira

Assessor da Presidência

Rafael Lira

Colégio de Antigos Presidentes e Diretores

Presidente
Marta Saad
Membros
Alberto Silva Franco
Alberto Zacharias Toron
Carlos Vico Mañas
Luiz Flávio Gomes
Marco Antonio R. Nahum
Maurício Zanoide de Moraes
Roberto Podval
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteco
Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Boletim
Rogério Fernando Taffarello
Comunicoção e Morketing
Cristiano Avila Maronna
Convênios
José Carlos Abissamra Filho
Cursos
Paula Lima Hyppolito Oliveira
Estudos e Projetos Legislotivos
Leandro Sarcedo
Inicioção Científico
Ana Carolina Carlos de Oliveira
Mesos de Estudos e Debotes
Andrea Cristina D'Angelo
Monogrofios
Fernanda Regina Vilares
Núcleo de Pesquisos
Bruna Angotti
Reloções Internocionois
Marina Pinhão Coelho Araújo
Revisto Brosileiro de Ciências Criminois
Heloisa Estellita
Revisto Liberdodes
Alexis Couto de Brito
Tribuno Virtuol IBCCrim
Bruno Salles Pereira Ribeiro

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Amicus Curiae
Thiago Bottino
Código Penol
Renato de Mello Jorge Silveira
Cooperoção Jurídico Internocionol
Antenor Madruga
Direito Penol Econômico
Pierpaolo Cruz Bottini
Estudos sobre o Habeas Corpus
Pedro Luiz Bueno de Andrade
Justiço e Seguronço
Alessandra Teixeira
Político Nocionol de Drogos
Sérgio Salomão Shecaira
Sistemo Prisionol
Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Organizadoras

18.º Concurso de Monogrofios de Ciências Criminois - IBCCrim
Fernanda Regina Vilares
20.º Seminório Internocionol
Sérgio Salomão Shecaira

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Ana Lúcia Menezes Vieira
Secretório-gerol
Rafael Lira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 107 • mar.-abr. / 2014

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Coordenação Editorial
JULIANA DE CICCO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Documentais: Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

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

Técnica de Processo Editoriais: Maria Angélica Ferreira Leite

Assistentes Documentais: Roberta Alves Soares Malagodi e Samanta Fernandes Silva

Assistente Editorial: Maurício Zednik Cassim

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo, Editoração Eletrônica e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Assistentes Administrativos: Antonia Pereira, Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Tatiana Leite

Auxilior de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Teoria Geral

A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)
Luís Greco e Alaor Leite 13

Aspectos jurídico-penais da guarda e condução de cães perigosos: o caso de Minas Gerais
Rodrigo Iennaco de Moraes 47

A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art. 28.º do Código Penal português
Susana Aires de Sousa 79

Direito Penal Econômico

Crimes de colarinho branco e a (in)eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica
Patrícia de Paula Queiroz Bonato 103

Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos
Ricardo Freitas 121

Direito Penal Internacional

Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea
José Luis de La Cuesta Arzamendi 149

A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais
Pedro Caeiro 201

A dimensão transnacional do fenômeno *Child Grooming* e sua receptividade no ordenamento jurídico-penal pátrio
Rodrigo Sánchez Rios e Sólon Cícero Linhares 231

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

As iniciativas de reforma à Lei de Segurança Nacional na consolidação da atual democracia brasileira: da inércia legislativa na defesa do Estado Democrático de Direito à ascensão do terrorismo
DIEGO NUNES 265

PROCESSO PENAL

Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva
FERNANDA REGINA VILARES, GUILHERME AUGUSTO CAMPOS BEDIN E PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO 309

SISTEMA PRISIONAL

Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade
ANA GABRIELA MENDES BRAGA 339

Comunidades Prisionais Autoadministradas: o Fenômeno APAC
SACHA DARKE 357
Traduzido por MARIA LUCIA KARAM

DIREITO POR QUEM O FAZ: CONCEPÇÃO CÊNICA DAS SALAS DE AUDIÊNCIA

ADIn 4.768 – Memoriais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: composição cênica das salas de audiência
COMISSÃO *AMICUS CURIAE* 379

Pleito da DPU/Manaus na Justiça Federal do Amazonas
CAIO CEZAR DE FIGUEIREDO PAIVA 399

RESENHA

Legítima defensa – Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos e garantísticos del Derecho Penal, de Jacson Zilio
Resenha por BRUNO MOURA 415

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 425

TEMAS 426

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 429

65540

A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)

The concept of perpretator and accessory in the Brazilian Draft Criminal Code (PLS 236/2012)

Luís Greco
Dr. habil. pela Universidade de Munique.

Alaor Leite
Mestre e Doutorando pela Universidade de Munique.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo problematiza a distinção entre autores e partícipes no direito penal desde a perspectiva do legislador. Na primeira parte, discute-se a tradição legislativa brasileira em matéria de autoria e participação. A segunda e a terceira partes são dedicadas à análise da atual proposta de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). Por fim, o artigo conclui pela necessidade de rechaço da proposta apresentada em matéria de autoria e participação. Afinal, a presente proposta, além de cancelar as supostas vantagens do sistema unitário e de não resolver os verdadeiros problemas de nosso direito positivo atual, acrescenta novos e ulteriores problemas.

Palavras-chave: Concurso de pessoas – Autoria e participação – Domínio do fato – Projeto de Código Penal.

Abstract: This paper discusses the distinction between a perpetrator and an accessory in criminal law from a lawmaker's perspective. The first part discusses Brazilian legislative traditions regarding perpetrators and accessories, while the second and third parts look into the current Draft for a new Brazilian Criminal Code (PLS 236/2012). The paper concludes that the suggestions made in the Draft are wrong and pointless, and that they should be rejected.

Keywords: Perpetrators and Accessories – Reform of the Brazilian Criminal Code.

Sumário: I. Distinção entre autor e partícipe como problema do legislador – II. O legislador brasileiro e o tratamento legislativo da autoria e da participação: 1. Sistema unitário e sistema diferenciador; 2. Sistema unitário: vantagem pragmática e problemas materiais: a) O sistema unitário na tradição legislativa brasileira; b) A simplificação da aplicação do direito como a verdadeira vantagem do sistema unitário; c) O preço dessas vantagens; 3. A atual proposta

legislativa – III. Autoria e participação na primeira versão do PLS 236/2012: 1. Teor dos dispositivos do PLS 236/2012; 2. Caracterização geral; 3. A autoria; 4. A participação; 5. Causas de aumento de pena; 6. Outros dispositivos – III. Autoria e participação no Substitutivo ao PLS 236/2012: 1. Teor dos dispositivos do Substitutivo ao PLS 236/2012; 2. Observações iniciais; 3. Ofensa, tipo, crime: confusão entre *ratio* e pressupostos de incidência; 4. O "coautor individual": Confusão entre coautoria e concurso de pessoas; 5. As diferentes formas de "coautoria" no Substitutivo; 6. A participação no Substitutivo; 7. Comunicabilidade de circunstâncias; 8. O discurso de justificação do Substitutivo: "conceito unitário funcional"; 9. O pecado original dos dispositivos do Substitutivo – IV. Conclusão: o novo conceito unitário disfuncional.

"Quão perigoso é querer introduzir na lei dados detalhados sobre as formas específicas de autoria demonstram-no as várias tentativas empreendidas nos últimos anos de apreender legislativamente o estado atual dos conhecimentos adquiridos."[1]
CLAUS ROXIN

I. DISTINÇÃO ENTRE AUTOR E PARTÍCIPE COMO PROBLEMA DO LEGISLADOR

Por que discutir a distinção entre autor e partícipe diante do Código Penal brasileiro, que dispõe que "todo aquele que concorrer para o crime incide nas penas a ele cominadas" (art. 29, *caput*)? "Concorrer" significa, nesse contexto, "contribuir causalmente" nos termos do art. 13, *caput*, CP, de modo que mesmo aquele que presta contribuição longínqua – aquele que empresta a arma para o futuro homicida – será considerado, nos termos da fórmula da *conditio sine qua non*, "autor em sentido amplo" do delito.[2] Em outras palavras, adotado o sistema unitário de autor[3] e inexistente previsão de diferentes marcos penais para determinadas formas de intervenção no delito, seria inútil articular conceitos teóricos sobre a distinção entre autor e partícipe, e toda a complexidade dos casos concretos seria remetida ao plano individualizador da determinação judicial da pena.

Que a discussão não é cientificamente inútil[4] nos comprovam, o mais tardar, os momentos de reforma legislativa. É o momento atual. O trâmite do projeto de

1. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. ed., Berlin/New York, 2006, p. 540 (há trad. espanhola da 7. ed., Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000).
2. Sobre a amplidão do conceito de causalidade e sobre a distinção entre causalidade e imputação ver na doutrina brasileira GRECO, Um panorama da teoria da imputação objetiva, 3. ed., São Paulo, 2013 p. 19 e ss e QUANDT, Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva, *RBCC* 106 (2013), p. 297 e ss.
3. Sobre esse conceito ver, na nossa doutrina, CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2006, Curitiba/Rio de Janeiro, p. 348 e ss.
4. Por vezes, a jurisprudência – pode-se mencionar a emblemática APn 470/MG do STF – faz uso de categorias utilizadas para a distinção entre autor e partícipe, como a teoria

Código Penal (PLS 236/2012)[5] indica uma série de alterações na regulação da autoria e participação no direito penal, de modo que o momento é oportuno para que busquemos identificar alguns dos principais problemas do tratamento legislativo das formas de intervir no delito. O enfrentamento dos problemas ligados à interpretação de nossos dispositivos atuais – os arts. 29, 30 e 31 – deve ficar para uma outra oportunidade.[6] Queremos, no presente trabalho, tratar da distinção entre autor e partícipe no direito penal como *problema do legislador*, imaginando, em puro exercício mental, a figura de um "legislador" sentado à mesa, refletindo sobre como regulará as formas de intervenção no delito: quais modelos estão a seu dispor?

A ideia é, então, enunciar alguns aspectos gerais do tratamento legislativo dessa matéria, com especial foco em nossa tradição legislativa (II.), analisar a primeira versão do PLS 236/2012 (III.) e também a última proposta apresentada, o Substitutivo ao PLS 236/2012 (IV.), e, por fim, apresentar nossas conclusões sobre a nova proposta de regulação legislativa da autoria e da participação (V.).

II. O LEGISLADOR BRASILEIRO E O TRATAMENTO DA AUTORIA E DA PARTICIPAÇÃO

1. SISTEMA UNITÁRIO E SISTEMA DIFERENCIADOR

A dogmática da autoria e da participação é matéria de difícil apreensão legislativa.[7] A natureza complexa da realidade a ser regulada e a abundância de concepções que se apresentam nas formulações dos teóricos tornam o empreendimento legislativo tor-

---

do domínio do fato ou a figura do domínio da organização, de modo que também a jurisprudência nem sempre interpreta o conceito unitário de autor em sua literalidade. Ver a esse respeito LEITE, Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal, *RBCC* 106 (2013), p. 47 e ss.; BOTTINI, Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470, in: *Conjur*, 13.07.2013, acessível em: [www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470] (acessado em: 09.02.2014). Não faria mal, igualmente, recordar as palavras de Fragoso: "A adoção pela lei do conceito unitário não exclui, portanto, o trabalho teórico, no sentido de fixar o conceito e o alcance da autoria e da participação e de suas distintas formas de aparecimento" (HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal, Arts. 11 a 27*, Rio de Janeiro, 1978, vol. 1, t. II, p. 624); da mesma forma, BRUNO, *Direito Penal, Parte Geral*, t. 2.º, 3. ed., Rio de Janeiro, 1967, p. 263. Sobre a interpretação do direito positivo brasileiro atual ver GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2004, p. 5 e ss.

5. Disponível no site oficial do Senado Federal: [www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissao.asp?origem=SF&com=1603] (acessado em: 09.02.2014).

6. Referiremos alguns desses problemas ao longo do texto, especialmente para que fique claro que o atual reformador infelizmente os ignorou nas propostas apresentadas.

7. PEREIRA DOS SANTOS, *Inovações do Código Penal*, São Paulo, 1985, p. 49 e ss.

mentoso.[8] Kantorowicz enunciou certa vez tratar-se do "mais obscuro e confuso capítulo do direito penal",[9] Zimmerl afirmou, com relativo pesar, tratar-se de "desesperançoso capítulo da ciência jurídico-penal"[10] e Leiria, entre nós, sentenciou estarmos diante de "complexo e controvertido problema".[11] O dissenso instaurado é avesso à codificação. Em geral, pode-se dizer que o legislador pode optar por um sistema que distingue entre autores e partícipes, e prevê diferentes marcos penais (como o Código Penal alemão – § 25 e ss. – e o português – art. 26.º e ss.) ou por um sistema que não prevê distinções entre as formas de intervir no delito e repassa as distinções materiais entre as contribuições para a determinação judicial da pena (como o Código Penal italiano – art. 110 e ss. – e o austríaco – § 12 e ss.). O primeiro modelo pode ser designado por *sistema diferenciador* e o segundo por *sistema unitário*.[12]

2. SISTEMA UNITÁRIO: VANTAGEM PRAGMÁTICA E PROBLEMAS MATERIAIS

a) O sistema unitário na tradição legislativa brasileira

Entre todas as concepções sobre as formas de intervir no delito que se oferecem ao legislador, no entanto, nenhuma parece melhor responder, num primeiro momento, aos anseios mais pragmáticos da prática judiciária do que o chamado *sistema unitário de autor*. Esse sistema, grosso modo, determina que todos que contribuem causalmente para o delito são autores em sentido amplo (ou "concorrentes"), e estão submetidos, em princípio, aos mesmos marcos penais.[13]

---

8. Ver o estudo de FRISCH, Täterschaft und Teilnahme, in: ULSAMER (org.), *Lexikon des Rechts. Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, 2. ed., Berlin, 1996, p. 972 e ss.

9. Sobre essa famosa passagem ver as referências em *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, p. 1 e ss.

10. ZIMMERL, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, *ZStW* 49 (1929), p. 39. Küpper fala em "tema eterno" do direito penal: KÜPPER, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, *GA* 1986, p. 437 e ss.

11. LEIRIA, *A autoria e a participação criminal*, São Paulo, 1974, p. 233. Fragoso, ainda sob a égide do Código de 1940, lembrava que essa problemática "constitui difícil e complexa matéria, que nosso vigente CP procurou resolver com simplicidade, inspirado no código italiano"; HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 624.

12. É possível, ainda, distinguir entre conceito unitário formal e conceito unitário funcional. Este último, em linhas gerais, significa a distinção de várias formas de intervir no delito com a manutenção do mesmo marco penal para todas. A distinção, tal como no conceito unitário "formal", é levada em consideração apenas na determinação judicial da penal. Naturalmente, há outras possibilidades de se construírem as formas de intervenção no delito, mas buscamos apenas delinear as concepções que se apresentam como mais evidentes ao legislador ansioso por reformar o Código de seu país. Para um panorama geral, e com uma concepção original ver ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007, p. 14 e ss.

13. Assim o item 22 da exposição de motivos do Código Penal de 1940: "todos os que tomam parte no crime são autores". Sobre os fundamentos teóricos dessa construção ver:

Essa é a tradição legislativa brasileira, iniciada em 1940 pela pena de Nélson Hungria[14] e mantida, em seus termos gerais, no natimorto projeto de 1969 (art. 35)[15] e na reforma da parte geral em 1984 (art. 29). As alterações da reforma de 1984 não mitigaram, necessariamente, o ponto de partida unitário de nossa lei.[16] Foi alterado o nome do título (da expressão equívoca "Da co-autoria", para a expressão "Do concurso de pessoas"[17]) e foi incluída a expressão derradeira e salvatória "na medida de sua culpabilidade", com o que o legislador indica algo óbvio para uma concepção unitária – que a unificação no plano do tipo não significa que na determinação *in concreto* da pena devam ser ignorados dados relativos a cada interveniente –, mas que aparentemente era ignorado pela prática.[18] Os artigos que

---

Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, Frankfurt am Main, 1971, p. 25 e ss.; DETZER, Die Problematik der Einheitstäterlösung, Erlangen/Nürnberg, 1972, p. 63 e ss., p. 76 e ss.; SCHUMANN, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, Berlin, 1979, p. 9 e ss.; TRUNK, Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, Bochum, 1987, p. 1 e ss.; SEIER, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JA 1990, p. 342 e ss., p. 382 e ss.; HAMDORF, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, Freiburg, 2002, p. 44 e ss.; VOGEL, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), p. 403 e ss.; BOCK, Beteilligungsystem und Einheitstätersystem, Jura 2005, p. 673 e ss.; SCHÖBERL, Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell, BERLIN/WIEN/ZÜRICH, 2006, p. 25 e ss.; MILLER, Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht, Frankfurt am Main, 2007, p. 21 e ss. Não ignoramos a multitude de conceitos subsumíveis à expressão "conceito unitário de autor". Contentamo-nos em extrair um núcleo duro das várias concepções. Sobre os vários significados do conceito unitário e as suas variações ao longo do tempo ver ROTSCH, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, Tübingen, 2009, p. 131 e ss.

14. O Código Criminal do Império do Brazil de 1830 e o Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil de 1890 distinguiam entre as formas de intervenção no delito. A inclinação ao sistema unitário se iniciou entre nós com o projeto de 1913, de Galdino de Siqueira, e se consumou, como se sabe, no Código Penal de 1940, consagrando o triunfo da teoria da equivalência das condições no plano da causalidade. Sobre a tradição antiga de nosso direito positivo, ver o estudo indispensável de BATISTA, Concurso de Agentes, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 3 e ss. e as considerações interessantes de PEREIRA DOS SANTOS, O problema penal da participação do extraneus no adultério e na bigamia, Salvador, 1972, p. 24 e ss.
15. Sobre essa regulação, ver MUNHOZ NETTO, Aspectos do Anteprojeto de Código Penal, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 1961, p. 85 e ss., p. 111 e ss.
16. Há alguma controvérsia sobre o sistema de autoria e participação adotado pelo reformador de 1984. Ver, por todos, CIRINO DOS SANTOS, Direito Penal, Parte Geral, 2006, Curitiba/Rio de Janeiro, p. 353.
17. Item 25 da exposição de motivos da parte geral de 1984: "Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do Concurso de Pessoas" decerto mais abrangente, já que a coautoria não esgota as hipóteses do *concursus delinquentium*".
18. Ver o item 25 da exposição de motivos da parte geral de 1984: "O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria

se seguem ao art. 29 não enfeixam um sistema coerente de autoria e participação, mas se propõem a resolver, cada qual, determinado dilema dogmático decorrente, precisamente, do ponto de partida unitário, que é o da lei.[19] Esses dispositivos, em boa parte, são confissões dos problemas do modelo extensivo e unitário de autor.

b) A simplificação da aplicação do direito como a verdadeira vantagem do sistema unitário

A adoção do sistema unitário oferece, à primeira vista, três vantagens.Duas são, contudo, aparentes, apenas a terceira é real.

aa) A primeira vantagem aparente é a *conveniência repressiva*. Em um sistema unitário, que declara autores todos os envolvidos, não restarão quaisquer lacunas de punibilidade.[20] Na exposição de motivos do Projeto de 1969 (item 18), a manutenção do modelo unitário é justificada também com o argumento de que ele possibilitaria uma "maior repressão". Não é preciso alongar-se na crítica. Um direito penal que respeita princípios como o *nullum crimen, nulla poena sine lege* e *sine culpa* reconhece-se fragmentário. Ele não se deixa seduzir pelo tosco *horror vacui*, em conformidade com o qual lacunas de punibilidade seriam sempre defeitos, mas as aceita e por vezes mesmo as saúda como os espaços de liberdade que um Estado que reconheceu limites a seu poder de punir está obrigado a respeitar.

bb) A segunda vantagem aparente é a ideia fundamental, refletida nesse sistema, de que *cada sujeito é responsável apenas pelo próprio comportamento*.[21] Num modelo diferenciador, há autores e partícipes: os primeiros respondem pelo que fizeram,[22] os segundos, contudo, respondem, em parte, pelo que os primeiros fizeram. Esse funda-

---

unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). (...) Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas".

19. Aqui não é o lugar de comentar a lei atual, mas de criticar o que se apresenta como proposta de lei futura. Observe-se, todavia, que a própria exposição de motivos da parte geral de 1984, no item 25, indica que há espaço para a distinção entre autor e partícipe, conforme citação acima. A esse respeito ver Greco/Leite, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal, RT 933 (2013), p. 61 e ss.; Leite, Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal, RBCC 106 (2013), p. 47 e ss.

20. BAHR, *Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff*, 71 e ss., sobre o argumento das "lacunas de punibilidade".

21. Ver FRIEDRICH, Strafbare Beteiligung – akzessorische oder originäre Täterschaft?, in: SCHMOLLER (Org.), *Festschrift für Otto Triffterer zum* 65. Geburtstag, 1996, p. 56.

22. Deixemos por ora de lado a figura da coautoria.

mento tem inegável força intuitiva. À primeira vista, ele parece conectado a princípios de indiscutível autoridade, como o da culpabilidade ou mesmo da dignidade humana.

Uma análise mais detida demonstra, contudo, que as aparências enganam. Em muitos casos, não parece adequado responsabilizar alguém sem levar em conta o que foi feito pelos demais. A esfaqueia a vítima com um punhal que lhe emprestou B. O conceito unitário considera os dois autores do homicídio; não apenas desferir a punhalada, mas também emprestar a arma é "matar alguém" (art. 121, CP) ou "concorrer, de qualquer modo, para o crime" (art. 29, *caput*, CP). Isso significa que, a rigor, se A abandona a sua decisão de praticar o fato, ainda assim B teria de ser punido por tentativa. Um dispositivo como o do art. 31, CP, que determina que "o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio (...) não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado", não teria lugar em um sistema que pune cada qual apenas pelo seu próprio comportamento. E, se consideramos acertado o dispositivo, ou ao menos a conclusão a que nos leva, teremos implicitamente admitido que a ideia de que cada qual só responde pelo próprio comportamento é algo simplista, como que isolacionista.[23]

cc) A *verdadeira vantagem* do sistema unitário encontra-se não no rasteiro plano dos interesses punitivistas, tampouco no plano sublime dos grandes princípios do direito penal material, e sim no nível intermédio das *considerações pragmáticas*. O sistema unitário torna dispensável todo o esforço analítico e dogmático de distinção entre as formas de autoria e de participação. Os diferentes graus de contribuição são relegados ao plano individualizador da determinação judicial da pena.[24] A comete homicídio a pedido de B, que lhe oferece R$ 5.000,00; C empresta a arma para A; D aguarda a consumação do homicídio na porta da casa da vítima, assegurando que ninguém ingresse na residência: todos são, para o conceito unitário, autores do homicídio. Esse sistema *simplifica*, assim, sobremaneira a aplicação do direito.[25]

---

23. Ver as observações nesse sentido de VOGEL, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, *ZStW* 114 (2002), p. 403 e ss., p. 414 e ss., que indica que não há modelos puros de responsabilidade originária (pelo próprio fato) e de responsabilidade derivada ou acessória (por fato de terceiro). Além do fato de que uma concepção diferenciadora e restritiva também pode evitar a banalização do fenômeno da imputação a sujeitos de comportamentos de terceiros. São interessantes as considerações históricas de STEIN, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin, 1988, p. 17 e ss. No Brasil, há notável monografia a esse respeito, ainda não publicada, mas que já tivemos a possibilidade de ler: GOMES BEZERRA, *O conceito de autor e a comunicabilidade de circunstâncias*, Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013.

24. VOGEL, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, *ZStW* 114 (2002), p. 403 e ss., p. 410 e ss., que designa por essa razão a concepção unitária de "modelo da determinação da pena" (Strafzumessungsmodell). Entre nós ver LEIRIA, *A autoria e a participação criminal*, São Paulo, 1974, p. 81 e ss., p. 233 e ss.

25. A "singela verdade" de que falava Hungria: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 403 (trecho de lavra de Hungria). Ver a esse respeito BÄHR,

Se a simplicidade já é um valor até para ciências "puras",[26] com muito maior razão ela importa para a ciência prática ou aplicada que é direito. O argumento da simplicidade, da "facilitação na aplicação do direito", sempre foi, assim, um dos carros-chefe dos defensores do sistema unitário. Todas as contribuições causais são igualmente relevantes, em sintonia com a teoria da *conditio sine qua non* codificada no art. 13, *caput*, CP, e todos são autores em sentido amplo, ou "concorrentes", na linguagem do art. 29, *caput*: o motorista contratado para conduzir até o local do homicídio, o homicida, mas também o dono do carro, que sabia de tudo e sem o qual não seria possível conduzir o homicida até o local do crime.[27] Todas as contribuições causais são consideradas equivalentes.

Essas considerações parecem ter sido decisivas também para a *história do direito brasileiro*. v. Liszt, por exemplo, vale-se, em franca apologia, precisamente do sistema unitário de autor como exemplo de "simplificação na parte geral do direito penal", um sistema que "suplantaria uma série de questões controvertidas,

---

Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, BRESLAU/NEUKIRCH, 1933, p. 1 e ss., p. 6.; v. CRAMER, Gleichschaltung von Täterschaft und Teilnahme, Breslau/Neukirch, 1935, p. 1: unificação como "escapatória de um caos", para logo após enunciar um lema da ciência jurídica no nacional-socialismo: "simplificação equivale a melhoria" (Vereinfachung gleich Verbesserung); KIENAPFEL, *Der Einheitstäter im Strafrecht, Frankfurt am Main*, 1971, p. 11 e ss.; DETZER, *Die Problematik der Einheitstäterlösung*, p. 213 e ss., também sobre os aspectos político-criminais da solução unitária; SCHUMANN, *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, p. 9: "A finalidade da solução unitária (...) é facilitar a aplicação do direito"; SEIER, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, *JA* 1990, p. 342 e ss., p. 343; FRISCH, Täterschaft und Teilnahme, p. 94; BOCK, Beteiligungsystem und Einheitstätersystem, *Jura* 2005, p. 673 e ss., p. 679.; MILLER, *Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht*, 229 e ss. Cf. também as considerações nesse sentido de CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2006, Curitiba/Rio de Janeiro, p. 348 e s.: "se toda contribuição causal para o resultado típico significa autoria, então não existem lacunas de punibilidade; (...) enfim, se não existe diferença entre autores e partícipes, então a aplicação do Direito Penal no caso concreto é bastante simplificada". Herzberg, no entanto, denuncia que essa suposta vantagem pragmática é um engodo, e exemplifica com um sem número de problemas que o conceito unitário adotado na lei de infrações de polícia/contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) ocasionou: HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1984, p. 108 e s. Entre nós, PEREIRA DOS SANTOS, *Inovações do Código Penal*, p. 55 e ss. indica que a propagada simplificação é enganosa.

26. Por ex. KUHN, Objectivity, Value Jugdement, and Theory Choice, in: *The Essential Tension*, Chicago/London, 1977, p. 322 e ss.; E. NAGEL, *The Structure of Science*, Indianapolis/Cambridge, 1979, p. 262 e ss.; cf. também POPPER, *Logik der Forschung*, 10. ed., Tübingen, 1994, p. 100 e ss., que porém iguala simplicidade à falsificabilidade.

27. Já Zimmerl era crítico a essa indevida extensão de responsabilidade: ZIMMERL, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, *ZStW* 49 (1929), p. 39 e ss., p. 41. Ver as considerações de BUSATO, *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, 2013, p. 703.

que tornaria dispensável um inabarcável número de monografias em todos círculos culturais".[28] Essa influente convicção de v. Liszt,[29] repisada com veemência na Itália por Manzini,[30] guiou o nosso legislador de 1940 em seu "repúdio à diferenciação apriorística entre os partícipes",[31] que optou por repassar ao juiz a determinação do merecimento de pena de cada interveniente no delito. Afinal, também o legislador tem o seu trabalho facilitado, na medida em que a distinção *generalizadora* no plano da lei é repassada ao plano *individualizador* da determinação judicial da pena.[32]

c) O preço dessas vantagens

Se essa concepção também corresponde aos anseios da justiça, já não parece tão induvidoso.[33] Muito ao revés: o preço da simplificação é uma série de conhecidos problemas materiais. São várias as pechas atribuídas à concepção unitária, e cabe aqui apenas enunciá-las:[34] a) a unificação a fórceps de contribuições material e qualitativamente distintas, rechaçada mesmo na linguagem cotidiana, o que é problemático tanto segundo o *princípio da igualdade, como da culpabilidade*;[35]

28. v. LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, vol. 2, p. 87 e s. (ver também p. 112 e s. e p. 392).

29. O Tratado de v. Liszt foi traduzido diretamente do alemão entre nós por José Hygino, ainda no século XIX, em 1899. A influência de v. Liszt se revela em Hungria, mas por via oblíqua, por meio da "União Internacional de Direito Penal": HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 409.

30. Ver MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4. ed., Torino, 1961, vol. II, p. 506 e ss.

31. Assim as fortes palavras de Hungria: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 405. A influência italiana confessada na exposição de motivos do Código Penal de 1940, no item 22.

32. Aníbal Bruno indicava, precisamente, que essa concepção triunfou, dentre outras razões, por responder "à tendência atual de atribuir ao juiz maior arbítrio na distribuição da Justiça penal" (BRUNO, *Direito Penal, Parte Geral*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1967, t. 2, p. 260). Os defensores dessa concepção consideram esse repasse da diferenciação ao plano concreto da decisão judicial, no entanto, uma grande vantagem: LONY, *Extensiver oder restriktiver Täerbegriff*, Breslau/Neukirch, 1934, p. 28 e ss., que considerava essa concepção perfeita para o nacional-socialismo que se consolidava na época do escrito do autor.

33. Já LEIRIA, A autoria e a participação criminal, p. 235 indicava que essa concepção se choca com princípios de justiça; assim também se manifesta Fragoso: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 625.

34. Essas pechas são especialmente direcionadas ao sistema unitário herdeiro da teoria da equivalência das condições, no plano da causalidade. Em maiores detalhes ver o livro coletivo ainda no prelo GRECO/LEITE/TEIXEIRA/ASSIS, *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, São Paulo, 2014.

35. ZIMMERL, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, *ZStW* 49 (1929), p. 39, p. 45, sobre o argumento do "uso cotidiano da linguagem"; assim também BOCK, Beteiligungsystem und Einheitstätersystem, *Jura* 2005, p. 673 e ss., p. 680.

b) a proximidade com o direito penal de autor, decorrente sobretudo de uma aposta, cínica ou ingênua,[36] na pouco desenvolvida teoria da determinação judicial da pena;[37] c) a sufocadora *impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa* punível, já que todas as contribuições causais (entregar a arma ao autor, cf. acima) são consideradas, de maneira equivalente, como "típicas";[38] d) e, principalmente, a redução a pó dos tipos penais, em desprezo ao *princípio da legalidade*, já que emprestar a arma seria ação típica de "matar alguém" (art. 121, CP) tanto quanto efetuar com as próprias mãos disparos mortais.[39] Não por outro motivo consta no item n. 18 da exposição de motivos do projeto de Código Penal de 1969, apesar da manutenção do conceito unitário, a intrigante frase: "é possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria seja, a rigor, incompatível com um Direito Penal da Culpa".[40]

O que se observa, assim, é que a simplificação obtida pelo sistema unitário tem um preço que um direito penal respeitador de princípios indisponíveis não estaria

36. Ao menos enquanto a teoria da determinação judicial da pena não gozar de um verdadeiro estatuto científico. Há um esforço recente em inaugurar uma verdadeira dogmática da determinação judicial da pena no direito penal brasileiro, especialmente vivo nos trabalhos de CARVALHO, *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, São Paulo, 2013 e TEIXEIRA, *Fundamentos de uma aplicação da pena proporcional ao fato*, 2014, no prelo.

37. Sobre esse problema ver BÄHR, *Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff*, p. 37 e ss.; DETZER, *Die Problematik der Einheitstäterlösung*, p. 221 e ss.; OTTO, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, *Jura* 1987, p. 246; BOCK, Beteiligungsystem und Einheitstätersystem, *Jura* 2005, p. 673 e ss., p. 679. Entre nós, LEIRIA, *A autoria e a participação criminal*, p. 235, afirma que a concepção unitária "representa algo divorciado da realidade palpitante da vida". Que a estipulação de um sistema unitário não apaga do mundo da vida a diversidade das contribuições admitia o próprio Hungria: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 411. Fragoso dizia que essa diversidade estava na "natureza das coisas": HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 624.

38. Sobre essa crítica BÄHR, *Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff*, p. 63 e ss.; SCHUMANN, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, p. 12 e s; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, p. 14 e ss. Gomes Bezerra busca, em intenso esforço argumentativo, responder a todas essas objeções em GOMES BEZERRA, *O conceito de autor e a comunicabilidade de circunstâncias*, Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013, p. 126 e ss.

39. ZIMMERL, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, *ZStW* 49 (1929), p. 39 e ss., p. 41; BÄHR, *Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff*, p. 13 e ss., p. 37 e ss., p. 53 e ss.; na doutrina brasileira ver já PIERANGELLI, O concurso de pessoas e o novo Código Penal, *RT* 680 (1992), p. 292 e ss.; GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, p. 12; BUSATO, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 703. Daí a necessidade, acima apontada, de um dispositivo como o do art. 31.

40. Batista indica o caráter inquietante dessa frase, devida a Fragoso: BATISTA, *Concurso de Agentes*, p. 19.

disposto a pagar.[41] Daí deriva um duplo imperativo, dirigido tanto ao legislador, como ao doutrinador, que só poderá ser cumprido, obviamente, se se estiver disposto a sacrificar, ao menos em alguma medida, a sedutora simplificação do modelo unitário. O legislador deveria, idealmente, refletir a respeito de alternativas ao modelo ainda vigente e reformar o CP de modo a resolver os problemas apontados. O doutrinador tem, nesse meio tempo, de desenvolver esforços no sentido de interpretar o direito positivo vigente segundo um modelo diverso, que não padeça desses defeitos.[42] Como foi dito, o presente estudo cuidará apenas da primeira tarefa, que incumbe ao legislador.

3. A ATUAL PROPOSTA LEGISLATIVA

Contudo, a *atual proposta legislativa* revela-se altamente problemática. Ela não apenas permanece alheia a esses que são os conhecidos problemas do modelo vigente. Num afã de modernização, o que o PLS 236/2012 e o recente Substitutivo conseguem é acrescentar uma série de dispositivos que complicam sobremaneira a aplicação do direito, e isso como que por mero deleite, porque tampouco resolvem quaisquer dos conhecidos problemas do sistema unitário. Com isso, realizam a proeza de, de um lado, *sacrificar a única real vantagem do modelo unitário*, que é a sua *simplicidade, sem, contudo, resolver qualquer dos problemas materiais que ele acarreta,* principalmente, sem aproximar o direito vigente das exigências do princípio da legalidade.

Tanto na *primeira versão do PLS 236/2012* (abaixo III.), como no *Substitutivo ao PLS 236/2012* (abaixo IV.) constam alterações profundas e surpreendentes nos dispositivos de autoria e participação. Ambas as novidades legislativas anseiam alguma proximidade com a chamada *teoria do domínio do fato*,[43] e o Substitutivo

41. CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 348; ver também a eloquente exposição de RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, p. 13 e ss.

42. Como fez, pioneiramente, BATISTA, *Concurso de Agentes*, p. 62 e ss., e como fazem CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 353; BUSATO, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 711. Nossa tentativa de reinterpretação dos arts. 29-31 CP será oferecida no livro acima mencionado, GRECO/LEITE/TEIXEIRA/ASSIS, Autoria como domínio do fato, no prelo.

43. Ver a obra magna a esse respeito: ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. ed., Berlin/New York, 2006; ver também GRECO/LEITE, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss.; de forma bem concisa em GRECO/LEITE, Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato, in: Tendências/Debates, *Jornal Folha de São Paulo*, 13.10.2013, acessível em: [www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/10/1358310-luis-greco-e-alaor-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml]; sobre o desenvolvimento específico da concepção de Roxin em GRECO/LEITE, Claus Roxin, 80 anos, *Revista Liberdades* 7 (2011), p. 97 e ss., p. 101 e ss.

ao PLS 236/2012 fala na adoção de um *conceito unitário funcional de autor*.[44] Essas alterações não vinham sendo reclamadas em coro sonoro pelas doutrina e prática pátrias e parecem padecer de algo que, de resto, caracteriza o atual movimento reformador: o afã pela invencionice, o fetiche por conceitualismos desgarrados tanto da realidade, quanto das discussões científicas.[45] Como se verá, o aparato

44. Esse termo diz muito pouco ao direito penal brasileiro, como logo esclareceremos.

45. Sobre o atual movimento reformador já se manifestaram vários autores, entre outros: BUSATO, Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Projeto do novo Código Penal brasileiro, *Revista Liberdades – Edição Especial – Reforma do Código Penal*, 2012, p. 98 e ss.; QUANDT, A aplicação da Lei Penal no projeto de Código Penal, *Revista Liberdades – Edição Especial – Reforma do Código Penal*, 2012, p. 8 e ss.; TAVARES, Projeto de Código Penal. A reforma da parte geral, *Revista da EMERJ* vol. 15 n. 60 (2012), p. 161 e ss.; CIRINO DOS SANTOS, A reforma penal: crítica da disciplina legal do crime, in: *Tribuna Virtual IBCCrim* 1 (2013), p. 27 e ss.; REALE JR., Novo Código Penal é obscenidade, não tem conserto, in: [www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp]; DOTTI, Reforma penal: codificação ou consolidação?, in: *Tribuna Virtual IBCCrim* 1 (2013), p. 23 e ss.; DOTTI, O Projeto Sarney de Código Penal, *Revista Jurídica* 44 (2013), p. 41 e ss.; CARVALHO, Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal: o caso do Anteprojeto de Código Penal, *Revista da EMERJ* vol. 15 n. 60 (2012), p. 156 e ss.; MIRANDA COUTINHO/ROCHA DE CARVALHO, Há vícios de origem, in: [www.ihu.unisinos.br/entrevistas/512777-reforma-do-codigo-penal-ha-vicios-de-origem-entrevista-especial-com-jacinto-coutinho-e-edward-rocha-de-carvalho]; PRADO, A relação entre Direito Penal e Processo Penal no Projeto do novo Código Penal. Considerações gerais, *Revista da EMERJ* vol. 15 n. 60 (2012), p. 251 e ss.; WUNDERLICH/D'ÁVILA/DE OLIVEIRA/GARCIA, *Breves notas críticas sobre a reforma do Código Penal: Projeto n. 236 do Senado Federal*, in: [www.oabrs.org.br/arquivos/file_527289f649365.pdf]; MOURA, A legítima defesa e o seu excesso não punível no novo projeto de Código Penal, Revista Liberdades 12 (2013), p. 145 e ss. Mais recentemente foram publicado os comentário do IBCCrim a respeito do substitutivo ao PLS 236/2012: [www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf]. A conclusão dos comentários: "Com tais colocações, o IBCCrim, altamente preocupado com os destinos próximos futuros da legislação penal brasileira, denuncia e acusa o Relatório por suas próprias falhas, repudiando-o e requerendo sua absoluta rejeição". Nós também nos manifestamos em várias oportunidades: GRECO, Princípios fundamentais e tipo no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal), *Revista Liberdades – Edição Especial – Reforma do Código Penal*, 2012, p. 35 e ss.; GRECO, O projeto de lei do Código Penal e sua retórica, 2012, in: [www.conjur.com.br/2012-set-14/luis-greco-projeto-lei-codigo-penal-retorica]; GRECO, Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal, Boletim do IBCCrim 236 (2012), p. 3 e ss.; LEITE, 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*, 2012, p. 59 e ss., p. 62 e ss.; LEITE, Formalismo, democracia e cinismo na reforma penal, 2012, in: [www.conjur.com.br/2012-out-18/alaor-leite-formalismo-democracia-cinismo-reforma-codigo-penal]; LEITE, Deixem a parte geral do Código Penal como está, 2013, in: [www.conjur.com.br/2013-abr-19/alaor-leite-deixem-parte-geral-codigo-penal].

conceitual oferecido por nosso reformador não encontra par na discussão científica contemporânea e tampouco parece atender às necessidades da prática judiciária. Mesmo os problemas do atual direito positivo foram ignorados.[46] Nosso legislador está em busca da originalidade por ela mesma, algo que pode ser louvável para um artista, compreensível para um adolescente, mas temerário quando se trata de fixar regras que determinam o encarceramento de pessoas por anos a fio. Sobre esses dois movimentos legislativos é que queremos nos debruçar, sem qualquer pretensão mais audaciosa de desenvolver um sistema próprio de autoria e participação.

III. Autoria e participação na primeira versão do PLS 236/2012[47]

1. Teor dos dispositivos do PLS 236/2012

Concurso de pessoas "Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º Concorrem para o crime:

I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

a) executam o fato realizando os elementos do tipo;

b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;

c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou

d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

II – partícipes, assim considerados:

a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Concorrência dolosamente distinta

§ 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

---

46. Sobre alguns deles ver abaixo, a sequência do texto.

47. O trecho que segue (III.) é uma versão aperfeiçoada de passagens constantes do estudo Greco, *Princípios fundamentais e tipo*, p. 50 e ss.

Concorrência de menor importância

§ 3.º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço."

2. CARACTERIZAÇÃO GERAL

A primeira versão do PLS 236/2012 veio ao conhecimento geral com uma série de novidades em relação ao direito positivo atual. O reformador, querendo parecer moderno, definiu autores e partícipes (art. 38 § 1.º, I, II); mas como ele tem dificuldades com a dogmática do direito penal, cometeu vários erros; e, também por faltar-lhe domínio do tema, manteve dispositivos antigos de um lado problemáticos, de outro incompatíveis com as novidades.

No geral, foram mantidos em sua integralidade os dispositivos dos atuais arts. 29-31. As agravantes no concurso de pessoas, reguladas no art. 62, CP/1984, foram reposicionadas no § 4.º do art. 38, com poucas alterações. As novidades começam com a *definição de autoria*, no inc. I do § 1.º do art. 38. A sistemática que encontrou sua expressão mais acabada na obra "Autoria e domínio do fato", de Roxin, distingue três formas de autoria: a autoria direta ou imediata, que se refere ao caso daquele que, de mão própria, realiza o tipo; a autoria indireta ou mediata, que se refere àquele que realiza o tipo por meio de um chamado "instrumento"; e a coautoria, que se refere àquele que realiza o tipo atuando de modo coordenado com outras pessoas.[48] Coautoria, nessa sistemática, não é sinônimo de concurso de pessoas, e sim uma forma específica de realização do tipo, em que cada qual responde também pelo comportamento dos demais. O Projeto tenta seguir essa sistemática e inclusive mostrar um comprometimento com a ideia que a fundamenta, a saber, o domínio do fato.[49]

O problema fundamental, contudo, é a *simultânea manutenção da regra geral de que responde pelo crime toda pessoa que para ele concorre* (art. 38, *caput*, Projeto; art. 29, *caput*, CP/1984). Esse dispositivo, que está naturalmente vinculado a uma concepção de tipo reduzida à causação de um resultado, e que, como dito, faz tanto da conduta de disparar, como da de emprestar a arma, realizações do tipo do art. 121, deveria, a rigor, ser cortado, uma vez que o Projeto se deu o trabalho de definir expressamente os conceitos de autor e partícipe, e com isso impõe aos

48. ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, p. 127 e ss., 141 e ss., 277 e ss; uma acessível síntese do pensamento de Roxin em GRECO/LEITE, Claus Roxin, 80 anos, in: *Revista Liberdades* 7 (2011), p. 97 e ss. (101 e ss.).

49. Sobre essa ideia ver o nosso estudo introdutório: GRECO/LEITE, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss.

aplicadores do direito a tarefa de enquadrar o comportamento dos agentes sob essas definições legais.

Aqui se observa o problema mais geral inicialmente apontado. A regra de que todo aquele que concorre para o crime é autor é, como vimos, a causa tanto da simplificação, quanto dos problemas do sistema unitário. Essa regra não foi suprimida. A simplificação que ela trazia, contudo, sim. A bateria de outros dispositivos definindo autor e partícipe só faria sentido se a regra mais geral tivesse desaparecido. Não se entende o porquê do esforço de enquadrar a conduta dos agentes nas diversas alíneas dos incs. I e II do art. 38, se é sempre possível e mais fácil recorrer já ao *caput*.

3. A AUTORIA

Passemos, contudo, ao árduo e, em razão do *caput*, em si desnecessário trabalho de avaliar cada uma das várias definições de autor apresentadas pelo Projeto.

a) O Projeto define a *autoria direta* como o caso daqueles que "executam o fato realizando os elementos do tipo" (art. 38, § 1.°, I, a)). A formulação não é muito exata, uma vez que é bem provável que o autor mediato também possa ser subsumido sob a mesma definição. Melhor teria sido, assim, dizer algo como: "executam diretamente o fato", "executam o fato de mão própria".

b) O próximo dispositivo refere-se àqueles que "mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo" (art. 38, § 1.°., I, *b*)) – com o que, supomos, quis o Projeto definir a *coautoria*. O problema é que aqui, o Projeto optou por um conceito extremamente amplo de coautoria, que não mais se deixa reconduzir à ideia do domínio do fato. Considerar autor quem promove, organiza ou dirige o crime, ainda é algo defendido por vários dos que acolhem o domínio do fato, se bem que não pela maior autoridade no assunto.[50] Mas apenas partindo de um conceito subjetivista de autor e abandonando a ideia de que autor é só quem tem certo domínio, isto é, um controle objetivo sobre o fato, é que se pode considerar quem "manda" autor.[51]

---

50. Por ex. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 1991, § 21 nm. 48; STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht..., § 12 nm. 93 e s. Contra: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. II, § 25 nm. 210.

51. Não é incomum, porém, ler na literatura nacional que, segundo a teoria do domínio do fato, o "mandante" seria autor. Trata-se, contudo, de nada mais do que um erro (cf. por ex., JESCHECK /WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. ed., Berlin, 1996, p. 687, e ROXIN, em: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. ed., Berlin, 1993, § 26/58, que enumeram entre os meios da instigação: presentes, promessas, ameaças, abuso da reputação ou de autoridade, persuasão, provocação de erro, manifestação de um desejo, de uma pergunta, de uma sugestão ou de um pedido), cuja origem, segundo vemos, é o

Tampouco está claro por que se considera autor quem faz algo indispensável para realizar elementos do tipo, uma vez que muitas condutas de auxílio material, próprias de partícipes,[52] estarão aqui compreendidas. O Projeto não se limita a elevar aquilo que alguns ordenamentos chamam de cooperação necessária (art. 28, II, *b*, CP espanhol) à qualidade de autoria, mas também transforma, por ex., quem entrega da arma a alguém que comete um tipo qualificado como o constrangimento ilegal (art. 145, § 1.º, do Projeto) em coautor da qualificação, sem que esse alguém tenha sido coautor do tipo básico (art. 145, *caput*). Esse paradoxo decorre de que o Projeto não tenha entendido que o autor, e por conseguinte também o coautor, é quem domina a realização do tipo como um todo, e não apenas de alguns de seus elementos. O autor não apenas faz algo necessário para a realização do tipo (isso o faz também a mãe do autor); autor é quem realiza o tipo.

c) Nos próximos dois dispositivos, o Projeto tenta regular a *autoria mediata*. No primeiro deles, declara autores aqueles que "dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime", no segundo "aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder" (art. 38, § 1.º, I, *c*, *d*). Aqui, mais uma vez tentando parecer moderno, o Projeto disse mais do que deveria e mencionou expressamente o "domínio da vontade" e o "domínio do fato". Cremos acertadas as ideias de domínio do fato e domínio da vontade.[53] O que nos parece de todo inadequado, contudo, é que um dispositivo legal faça uma confusão entre o que é pressuposto de uma regra de incidência, de um lado, e entre o que pertence à *ratio legis*, de outro. Explicitando-o com base em um exemplo claro: a *ratio legis* por trás do art. 121, CP é a proteção do bem jurídico vida. Os pressupostos de incidência do art. 121, contudo, são apenas "matar alguém". Se o legislador seguisse, na Parte Especial, o mesmo método que seguiu ao definir a autoria mediata, ele teria de redigir o homicídio simples como "lesionar o bem jurídico vida de outrem, matando alguém". Seria mais adequado, assim, que os dispositivos se abstivessem de mencionar a *ratio legis* do domínio. Eles poderiam ter a seguinte redação: "utilizam como instrumento para a execução do crime pessoa que age (...)" ou "utilizam aparatos organizados de poder". De resto, a enumeração da letra c) não está, em si, incorreta; ela é, contudo, de natureza em boa parte fenomenológica. Não é o fato de o instrumento agir atipicamente ou

---

escrito de Jesus, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 27.

52. Que preferimos chamar de cumplicidade, GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6; assim também CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal...*, p. 379 e ss. e antes de nós principalmente BATISTA, *Concurso...*, p. 186 e ss.

53. Como já afirmamos em GRECO/LEITE, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss.

justificadamente o que fundamenta o domínio do homem de trás, e sim encontrar-se aquele em um erro ou coagido. Se não fosse assim, emprestar uma arma a quem age em legítima defesa fundamentaria autoria mediata pelas lesões ou pelo homicídio praticado por quem se defende.

É de questionar-se, além disso, a conveniência da adoção da figura do *domínio da organização*.[54] Em primeiro lugar, a figura não é incontroversa.[55] Ainda que ela nos pareça correta, a lei não é o lugar de inserir opiniões que consideramos corretas, mas que continuam a ser objeto de respeitável crítica. Mais grave, ainda, é que o reformador tenha adotado a figura sem enunciar os pressupostos diante dos quais ela deve ser afirmada, mas recorrendo, mais uma vez, apenas a uma *ratio*: "dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder".

Como o reformador não indica nenhuma limitação à aplicação dessa figura (como por exemplo a limitação a aparatos dissociados da ordem jurídica, como máfias ou organizações criminosas; ou a fungibilidade dos executores),[56] é provável que a figura encontre aplicação também na criminalidade de empresa, de modo que, a prosperar esse disparate legislativo, todo diretor de empresas correrá o risco de ser considerado autor de qualquer delito cometido no interior da estrutura empresarial.[57] Isso talvez sacie os anseios pela facilitação da imputação nesses delitos, mas é problemático de uma perspectiva que leve a sério os princípios da legalidade e da culpabilidade.[58]

---

54. Cuja primeira formulação ocorreu em ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, *GA* 1963, p. 193 e ss.

55. Em detalhes RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 73 e ss., p. 87 e ss.; ROTSCH, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, *ZStW* 112 (2000), S. 518 ff., p. 545.; SCHÜNEMANN, Die Rechtsfigur des "Täters hinter dem Täter" und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, *FS-Schroeder* 2007, p. 401 e ss., p. 411 e s.; PUPPE, Die Architektur der Beteiligungsformen, *GA* 2013, p. 514 e ss., p. 516 e s. No Brasil, ver BUSATO, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 714 e ss.

56. Essa é a opinião daquele que cunhou tal figura: ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, *GA* 1963, p. 193 e ss.

57. Sobre os problemas de responsabilidade pela posição ver LEITE, Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal, *RBCC* 106 (2013), p. 47 e ss.

58. Ver ROTSCH, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, *ZStW* 112 (2000), p. 518 e ss., p. 556.; sobre a complexidade do problema das formas de imputação de responsabilidade na criminalidade de empresa ver *Schubarth*, Zur strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn, *SchwZSt* 92 (1976), p. 370 e ss., p. 387 e ss.; LAMPE, Tätersysteme: Spuren und Strukturen, *ZStW* 119 (2007), p. 471 e ss., p. 505 e ss. Busato admite a extensão da figura para a criminalidade de empresa, mas não prescinde, tal como faz equivocadamente o reformador, da exigências dos outros pressupostos da figura do domínio da organização: BUSATO, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 717.

Diferentemente das outras inovações conceituais, que permanecem sem muitos efeitos práticos diante da manutenção da redação do atual art. 29, essa alínea pode ocasionar uma ampliação de responsabilidade penal em relação ao direito positivo atual. Afinal, pode-se interpretar essa adoção mal-acabada da figura do domínio da organização, sem a referência aos pressupostos dessa figura, como a *fundamentação de uma responsabilidade pela mera posição* que se ocupa, algo que estaria excluído mesmo pela redação amplíssima do atual art. 29: ocupar uma posição qualquer não significa, em princípio, "concorrer" para um delito qualquer. A chamada "responsabilidade objetiva", expulsa pela porta, pode, por essa via, entrar pela janela.

4. A PARTICIPAÇÃO

Em seguida, o Projeto definiu, no inc. II, a *participação*, por ação e por omissão. O primeiro dos dispositivos (letra a), que define como partícipes "aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime", é duvidoso e, principalmente, redundante. Ele repete que quem concorre, responde, o que já constava do *caput*. A verdade é que, em razão do amplíssimo conceito de coautoria do qual o Projeto partiu (cf. acima 2.b), pouco restará para esse dispositivo.

Na letra *b)*, determina o Projeto que todo omitente será partícipe. Essa posição, por vezes defendida na doutrina,[59] não nos parece acertada, mas discutir esses problemas nos levaria longe demais.[60]

O que se pergunta é qual o sentido desse dispositivo, diante do *caput* do art. 38. Definir formas de participação, partindo de um conceito unitário fundado na equivalência de toda contribuição causal, teria sentido apenas caso se quisesse punir *contribuições não causais*, ou seja, ampliar ainda mais as formas de contribuição consideradas típicas: poder-se-ia determinar a punição, por exemplo, de ajudas materiais que não foram causais para o resultado nos termos da *conditio sine qua non*.[61] O que esse inciso faz, no entanto, não é nada disso. Ele apenas reafirma o *caput* do art. 38,

59. Principalmente GALLAS, Comentário à decisão BGH, 1 StR 59/50, de 12.2.1952, in: *JZ* 1952, p. 371 e ss. (p. 372); crítica em ROXIN, *Strafrecht II* ..., § 31 nm. 151 e ss., com ulteriores referências.

60. Sobre esse problema, de forma didática, BOCK, Beteilligungsystem und Einheitstätersystem, *Jura* 2005, p. 673 e ss., p. 677 e ss. Recentemente manifestaram-se HAAS, Die Beteiligung durch Unterlassen, *ZIS* 2011, p. 392 e ss.; ROBLES PLANAS, Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen, *GA* 2012, p. 276 e ss. Ver o estudo específico de ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007.

61. Partindo de um conceito diferenciador, autores há que defendem a existência de "cumplicidade não causal". Sobre a discussão ver BATISTA, *Concurso de Agentes*, p. 50 e s.; ROXIN, Was ist Beihilfe?, FS-Miyazawa 1995, p. 501 e ss.; VOGEL, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, *ZStW* 114 (2002), p. 403 e ss., p. 406 e ss.

lembrando ao aplicador da lei que toda contribuição causal será castigada. O mais interessante é que, a rigor, seria desnecessário para um "conceito unitário funcional"[62] determinar positivamente a punição dos partícipes – já que toda contribuição causal é considerada típica, a teor do art. 38, *caput* –, um empreendimento obrigatório apenas para um conceito restritivo de autor, que compreende a punição da participação como causa de extensão da punibilidade.[63] Vale dizer, caso se parta de um conceito restritivo de autor e não constem dispositivos determinando a punição dos partícipes, estes devem ficar impunes.[64] Ou seja, como logo se dirá, mais sensato seria ou prever um art. 38, *caput*, que declara punível todo aquele que concorre, ou um dispositivo como o art. 38 II, que declara puníveis os partícipes. A previsão dos dois demonstra a insegurança de um legislador que quer ser moderno, sem saber bem por quê.

5. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

No art. 38 § 4.º, o projeto enuncia as *causas de aumento de pena no concurso de pessoas*, e simplesmente esquece a distinção entre autor e partícipe que ele próprio enunciara. O mais tardar aqui, torna-se irresistível a pergunta: para que distinguir autor e partícipe, formas de autoria e de participação, se isso sequer releva para a determinação da pena a ser imposta?

Ao menos nesse momento, um reformador mais ilustrado poderia utilizar as distinções introduzidas e avaliar o conteúdo de injusto de cada forma de intervenção do delito. Ainda que elas fossem todas típicas e abarcadas pelo *caput* do art. 38 do Projeto (atual art. 29, *caput*, CP), seria possível hierarquizá-las, distinguir formas mais e menos graves, o que reverteria na medida da pena de cada interveniente. Esse fato merece destaque, pois, a partir do momento em que várias formas de intervenção no delito são distinguidas umas das outras, o natural seria prever *causas de diminuição de pena* para determinadas contribuições, como a mera cumplicidade. Nosso reformador considerou, no entanto, mais relevante dar destaque ao aumento de pena de contribuições por ele consideradas mais graves, reservando a diminuição

62. Ver acima nota de rodapé n. 45.

63. Construiu um conceito restritivo de autor entre nós, entendendo a punição das formas de participação como decorrentes de uma norma de extensão da punibilidade, LEIRIA, *A autoria e a participação criminal*, p. 246, em 1974. Ver também a tentativa de Fragoso, em crítica a Hungria: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Arts. 11 a 27, p. 624: "A responsabilidade neste último caso [Fragoso se refere aos partícipes] deflui da regra sobre concurso de agentes prevista na Parte Geral, que funciona como causa extensiva da punibilidade". Sobre o conceito restritivo de autor no direito brasileiro ver GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, p. 11 e ss.

64. ZIMMERL, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, *ZStW* 49 (1929), p. 39, p. 45; BÄHR, *Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff*, p. 15 e ss.

(facultativa) de pena para os casos de "concorrência de menor importância" (§ 3.º do art. 38), tal como faz o Código atual. A distinção entre autores e partícipes simplesmente desaparece nesse ponto, demonstrando, uma vez mais, o fato de que o nosso reformador não faz a menor ideia a respeito do que está fazendo.

6. OUTROS DISPOSITIVOS

Os principais problemas do Projeto se referem menos aos novos dispositivos e mais a certos *dispositivos antigos* que foram mantidos, sem que se entenda por quê. O primeiro deles, como dito acima, é a norma geral do art. 38, *caput*, PLS 236 (art. 29, *caput*, CP vigente), o princípio fundamental de que todo aquele que concorre, é autor.

a) Outro dispositivo que há muito deveria ter sido extirpado é o da chamada *concorrência dolosamente distinta* (art. 38 § 2.º, Projeto; art. 29 § 2.º, CP/1984). Esse dispositivo, já estranho no sistema anterior, fica ainda pior em um sistema que define autor e partícipe. A única razão de ser desse dispositivo é deixar claro que o excesso de outro concorrente pode fundamentar culpa. Se é assim, dever-se-ia aplicar as regras do crime culposo, e só. O problema é que a norma da concorrência dolosamente distinta transforma condutas culposas que, a rigor, não seriam puníveis, em condutas puníveis por via indireta, violando a ideia de que o delito culposo só é punível excepcionalmente. Concretamente: A foi demitido por seu chefe Y e quer vingar-se. Ele pede a B, notoriamente violento, que entre na casa de Y e furte um caro relógio. Ele diz a B, contudo: "por favor, não encoste um dedo em Y". Y, contudo, oferece resistência, o que faz com que B o nocauteie com um cruzado. B responde pelo roubo (CP vigente, art. 157), provavelmente em concurso formal com a lesão corporal dolosa.[65] A, por sua vez, responde pela participação (ou coautoria, cf. acima 2.b) no furto, com pena aumentada até a metade, uma vez que o crime mais grave (roubo, em razão das lesões corporais, que fundamentam "violência contra a pessoa") era previsível. Se inexistisse esse dispositivo da participação dolosamente distinta, A teria de responder por participação no furto e por autoria culposa das lesões corporais, em concurso formal.

Suponha-se, contudo, que B não soque Y, mas se limite a ameaçá-lo ("grave ameaça"). B ainda terá praticado crime mais grave, roubo. Já a ameaça e o constrangimento ilegal não foram objeto do dolo de A; foram um excesso de B, ainda que previsível, uma vez que B era uma pessoa notoriamente instável. Segundo as regras gerais, A não responderia por nada, porque inexiste ameaça ou constrangimento ilegal em forma culposa. Mas a regra da concorrência dolosamente distinta

65. Seria defensável considerar a lesão absorvida pela elementar do roubo "violência à pessoa"; como existe, contudo, violência à pessoa sem lesão corporal (a vítima é amarrada), o concurso formal parece a solução mais correta.

transforma essa ameaça ou constrangimento ilegal culposos em algo indiretamente punível: a pena pela participação no roubo é aumentada. E aqui está o problema: não se compreende por que razão uma ameaça culposa torna a participação no furto – porque é por furto que A será condenado – algo mais grave.

Essa regra não só não pode ser consertada; ela não tem sentido. Os princípios de atribuição de responsabilidade do crime culposo e as regras do concurso de crimes dão conta de todas as dificuldades. No máximo, pode-se cogitar de uma pena maior, nos termos do art. 59, CP/1984, art. 75 do Projeto. Lacunas de punibilidade que eventualmente possam surgir são adequadas, porque decorrem da decisão de punir a culpa só nos casos expressamente previstos em lei.

c) O dispositivo do art. 40, que condiciona a punibilidade das condutas de *ajuste, mandado* (*sic.*) – em claro erro de português, já que o reformador queria, provavelmente, dizer mandato –, *induzimento, determinação, instigação e auxílio,* ao *início da execução* do crime, não difere substancialmente do art. 31, CP/1984. Talvez fosse possível, contudo, suprimi-lo, se se suprimisse o *caput* do art. 38. O estranho é que aqui não se usem termos idênticos aos que foram usados no art. 38, § 1.°, I, II, com o que o Projeto se mostra, mais uma vez, diletante.

d) O dispositivo da *comunicabilidade de circunstâncias* (art. 39, Projeto; art. 30 CP/1984) já há muito requer um reexame mais detido.[66] A nossa doutrina ocupou-se especialmente do problema da participação no crime de infanticídio,[67] problema esse que o Projeto optou por solucionar na Parte Especial (art. 124, parágrafo único), deixando de lado questão muito mais fundamental, que um futuro Código deveria resolver, qual seja: a de como justificar que uma pessoa responda por um crime mais grave, apenas pelo fato de ela atuar ao lado de outra pessoa que apresenta a elementar pessoal constitutiva do crime mais grave. Concretamente: se A e B praticam juntos ato de violência contra C, responderão os dois pelo crime de lesões corporais, com pena de três meses a um ano (ou, segundo a nova cominação do Projeto, de seis meses a um ano). Se B, contudo, for funcionário público e praticar o ato de violência no exercício dessa função, incidirá também o art. 322 do CP vigente, cuja pena é de seis meses a três anos. O que não fica bem explicado é por que, pela mera existência da regra sobre a comunicabilidade de circunstâncias, a conduta de A, que não é funcionário público, passa a ter a mesma gravidade da conduta de B, que o é.[68] Seria como chamar de

66. Ver o já referido trabalho de GOMES BEZERRA, *O conceito de autor e a comunicabilidade de circunstâncias*, Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013.

67. Cf. as referências em NUCCI, *Código comentado...*, art. 30 nota 18-A.

68. Vide ademais a justificada má vontade que confere BATISTA, *Concurso...*, p. 170 e s. ao dispositivo, por ele reinterpretado de maneira a que autor de delito especial só possa ser quem apresente, na própria pessoa, a qualidade especial.

adúltero aquele que acompanha o amigo casado à casa de tolerância e declarar a sua conduta igualmente grave.

De qualquer maneira, esse problema já o temos há muitas décadas. É de louvar-se que o Projeto não tenha tentado resolvê-lo, porque o mais provável é que tivesse tornado as coisas ainda piores. Consignamos apenas que aqui temos um problema sério e pouco discutido, a merecer mais atenção.

e) Por fim, há dispositivos sobre autoria e participação dispersos noutros setores.

aa) Em primeiro lugar, foi mantido o dispositivo sobre o *erro determinado por terceiro*, art. 27 § 1.º, do Projeto, que corresponde ao atual art. 20, § 2.º, CP/1984. Esse dispositivo é redundante em face do art. 38, § 1.º, I, *c*, do Projeto e deveria ter sido suprimido.

bb) O Projeto, contudo, deu um passo adiante e acrescentou ao dispositivo que regula a *inimputabilidade em razão de idade* um parágrafo único de conteúdo análogo (art. 34). Esse dispositivo é, no que se refere a seus pressupostos de incidência, duplamente problemático. Ele é, primeiramente, redundante em face do art. 38, § 1.º, I, *c*, que se refere de modo expresso ao caso de instrumento não culpável. Em segundo lugar, o dispositivo dá ensejo à pergunta quanto ao porquê de só se acrescentar tal dispositivo ao artigo que regula a maioridade penal, e não, por exemplo, ao dispositivo que regula a inimputabilidade em razão de doença mental (art. 32, I). Está claro que, em razão do art. 38, § 1.º, I, *c*, não há espaço para qualquer argumento *a contrario sensu*; não será surpreendente, entretanto, que alguém avance esse tipo de argumento. A única relevância prática do dispositivo está no aumento de pena nele previsto.

III. Autoria e participação no Substitutivo ao PLS 236/2012

1. Teor dos dispositivos do Substitutivo ao PLS 236/2012

"*Concurso de pessoas*

Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º Consideram-se:

I – coautores aqueles que:

a) ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas;

b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;

c) usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou

d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico.

II – partícipes aqueles que:

a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Concorrência de menor importância

§ 2.º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Causas de aumento

§ 3.º A pena será aumentada de um sexto a dois terços, sem prejuízo do parágrafo único do art. 31 deste Código, em relação ao agente que:

I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – coage outrem à execução material do crime;

III – instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou

IV – executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa.

Circunstâncias incomunicáveis

Art. 36. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo se elementares do crime e forem do conhecimento dos concorrentes.

Execução não iniciada

Art. 37. O ajuste, o mandado, o induzimento, a determinação, a instigação ou o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se a execução do crime não é iniciada."

2. OBSERVAÇÕES INICIAIS

O Substitutivo ao PLS 236/2012 inovou em vários pontos em relação à primeira versão do PLS 236/2012, que já se apresentava, como vimos, tão prenhe de inovações quanto de deslizes. A nós cabe cuidar, agora, dessas novidades, sem repetir o que já foi dito acima. Fundamental é notar que essas mudanças não são correções de equívocos reclamadas pela crítica científica, mas um renovado afã pelo novo. Ao reformador conviria recordar que não está pintando um quadro ou escrevendo um poema, e sim redigindo uma lei que quer viger diante de todo o povo brasileiro. Trata-se, enfim, de palavras que encarceram.

A redação ampla de nosso atual art. 29, *caput*, é integralmente mantida, tal como ocorrera na primeira versão, sem maiores explicações. O problema fundamental permanece: não faz sentido manter um sistema unitário, declarar que todo aquele que concorre, é punido, e segundo o mesmo marco penal, ao mesmo tempo em que se diferenciam autor, coautor (em várias subformas) e partícipe. Com isso, tem-se um *incremento de complexidade sem qualquer ganho de legalidade.*

Houve apenas *acréscimos* de novos dispositivos e uma *supressão* de artigo atualmente vigente e também presente na primeira proposta legislativa acima analisada. A supressão, adiantamos, parece-nos correta: foi cortada a previsão da participação (ou "concorrência") dolosamente distinta (acima III. 4. b). Cuidemos dos acréscimos.

3. OFENSA, TIPO, CRIME: CONFUSÃO ENTRE RATIO E PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA

O reformador esforça-se por não perder oportunidade de professar a sua fé na concepção de delito como "ofensa a bem jurídico". Essa difusa ideia de ofensa deve ser entendida como compreensiva da lesão e do risco (concreto?) de lesão.[69] Assim, o dispositivo do art. 35, § 1.º, I, *a)* diz coautores aqueles que "ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas"; a alínea chama de coautores aqueles que "usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico". A redação de outros dispositivos, como o próprio *caput* do art. 35, menciona apenas o "crime".

Há uma série de objeções a esse modo de proceder. Em primeiro lugar, ainda que a ideia de ofensividade fosse correta, o mínimo que se deveria esperar de um código é uniformidade e consistência terminológica. Um código que não sabe que palavras usar provavelmente tampouco sabe o que está dizendo. Segundo, se ofensa é lesão ou exposição a risco, não se entende porque o Código, às vezes, usa a formulação "ofendem ou expõem a risco". Em terceiro lugar, o substitutivo ignora que autoria é, antes do que a lesão de um bem jurídico, realização do tipo. Aqui persiste a confusão entre *ratio* e pressuposto de incidência, já apontada acima.

4. O "COAUTOR INDIVIDUAL": CONFUSÃO ENTRE COAUTORIA E CONCURSO DE PESSOAS

a) O reformador brada os seus anseios modernistas, mas não faz mais do que repristinar, provavelmente sem o saber, equívoco presente na vetusta parte geral de 1940, qual seja o de considerar como expressões sinônimas "coautoria" e reunião de vários intervenientes no delito (art. 25, CP/1940). Essa confusão é compreensí-

69. Cf. art. 14 do PLS 236/2012.

vel na versão mais formal do sistema unitário, segundo a qual aquele que oferecer uma contribuição causal ao delito é autor em sentido amplo, de forma que inexiste, salvo um único caso,[70] problema de distinção entre, por exemplo, coautor e cúmplice, ou entre autor mediato e instigador. Todos são autores, e caso haja mais de um concorrente para o delito, todos são "coautores em sentido amplo".[71] Daí o título "Da coautoria" que epigrafava o antigo art. 25.[72] O legislador de 1984 percebeu que, com isso, nivelavam-se realidades distintas, e alterou o título do capítulo para "Do concurso de pessoas", o que é correto, já que coautoria é um conceito técnico e mais estrito, a que logo nos referiremos. Se bem compreendemos, o art. 35 do Substitutivo indica que o conceito mais geral é o de "concurso de pessoas" ou "concorrência", do qual são subespécies a "coautoria" (art. 35, § 1.º, I) e a "participação" (art. 35, § 2.º, II). Porém, as subespécies estampadas no Substitutivo não guardam qualquer referência com o significado que esses termos possuem na ciência. Em verdade, "coautoria", tal como consta do art. 35, § 1.º, I, significa qualquer forma de intervir no delito, abarcando tanto a "coautoria em sentido estrito" (alínea a), como a "instigação" e a "cumplicidade" (alínea *b*), a "autoria mediata" (alínea *c*) e a forma específica de autoria mediata, o chamado "domínio da organização" (alínea *d*). Para o Substitutivo, mesmo o autor individual – como é o caso do autor mediato – é "coautor", e o instigador é, também, "coautor", uma confusão terminológica difícil de ser explicada mesmo nos termos da linguagem cotidiana. Afinal, como pode o único autor de um delito ser considerado, de repente, "coautor"? Caso A envenene o *latte machiatto* da vítima V, que dele sorve sem imaginar a natureza letal do ato, teremos um instrumento que age de forma atípica, uma vez que autolesões não são compreendidas pelos tipos. Só A, evidentemente, é autor do delito. Nesse ponto surge a figura fantasmagórica da "coautoria individual", inaugurada pelo Substitutivo ao PLS 236/2012. Algo como uma dupla sertaneja de uma pessoa só.

5. AS DIFERENTES FORMAS DE "COAUTORIA" NO SUBSTITUTIVO

Analisemos cada manifestação do estranho conceito de "coautoria" presente no Substitutivo.

a) Na primeira alínea, consta o conceito de "coautores em sentido estrito", definidos como aqueles que "ofendem o bem jurídico mediante acordo de condutas". Mais uma vez, observa-se que o reformador não compreendeu bem os problemas

70. O da chamada coautoria aditiva (pense-se em um pelotão de fuzilamento).

71. BOCK, Beteiligungsystem und Einheitstätersystem, *Jura* 2005, p. 673 e ss., p. 676: "Segundo o sistema unitário de autor, a categoria da coautoria seria desnecessária". O autor se refere, evidentemente, ao conceito estrito de coautoria.

72. Sobre esse título ver BATISTA, *Concurso de Agentes*, p. 14 e ss.

da coautoria no direito penal.[73] Na coautoria em sentido estrito ou técnico, ocorre a chamada *imputação recíproca*, um fenômeno que necessita de legitimação, já que significa, dito claramente, imputar a um sujeito fatos de terceiros como se seus fossem.[74] A realiza a subtração enquanto B imobiliza violentamente a vítima; ambos serão coautores do roubo (art. 157, CP), muito embora A tenha, de mão própria, realizado apenas um furto (art. 155, CP) e B apenas um constrangimento ilegal (art. 146, CP). A imputação recíproca faz nascer um fato conjunto, cometido por todos os coautores. Imputar ações típicas a um sujeito que não as praticou está longe de ser uma obviedade. Em razão disso é que se estabelecem requisitos para a coautoria no direito penal, sem os quais cada autor responde apenas pelo delito que cometeu por si só, inocorrendo uma imputação recíproca.[75] Em geral, diz-se que é necessário um *plano comum* e a *realização conjunta* desse plano comum, sendo controvertido se a contribuição de cada coautor deve se dar no plano da execução do delito ou se bastam contribuições relevantes prestadas ainda em estágio de preparação.[76]

O Substitutivo simplesmente ignora todos esses problemas e, banalizando o fenômeno da imputação de fatos de terceiros como se fossem próprios, crê ser suficiente para a coautoria a "ofensa ao bem jurídico mediante acordo de condutas". É estranho que o Substitutivo se valha da bizarra e, segundo vemos, inédita expressão "acordo de condutas" – uma vez que parece natural falar em um acordo de vontades, mas não é nada claro o que seria um acordo de condutas. Aquele que deveria ser um mero partícipe, por exemplo, aquele que empresta a arma, caso se exija apenas um "acordo de condutas" e nada mais, também pode "ofender o bem jurídico vida" mediante um acordo com o futuro homicida. Ele será, segundo o Substitutivo, "coautor em sentido estrito" do homicídio: o disparo mortal será, de repente, também um fato seu. Do ponto de vista prático, essa inovação permanecerá sem muitos efeitos, na medida em que permanece a redação atual do art. 29, *caput*, renumerado no Substitutivo como art. 35.

b) A alínea *b)* traz as condutas que, em regra, atribuem-se aos *instigadores* ("mandam, promovem, organizam, dirigem o crime") ou aos *cúmplices* ("ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico"). Todas essas con-

---

73. Para uma introdução ver CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 358 e ss.

74. PUPPE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed., Baden-Baden, 2011, § 22, p. 282: "Que ao coautor seja imputado um comportamento de um coparticipante no fato como se ação própria fosse, não é fácil de fundamentar". Por último, cf. também PUPPE, Die Architektur der Beteiligungsformen, *GA* 2013, p. 514 e ss.

75. Referências em FRISCH, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 972 e ss., p. 979 e ss.; PUPPE, Die Architektur der Beteiligungsformen, *GA* 2013, p. 514 e ss., p. 521 e ss.

76. Sobre essa discussão ROXIN, *Strafrecht II*, München, 2003, nm. 198 e ss.

dutas são, segundo o Substitutivo, condutas de "coautores". Outra vez, mesmo na linguagem cotidiana é difícil compreender que aquele que empresta a arma – e que pratica, suponha-se, "conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico" – seja "coautor" ao lado daquele que realiza o disparo.[77] Também a equiparação entre a conduta sensivelmente mais grave do instigador – que, dito de forma abreviada, faz surgir em terceiro a vontade de praticar o delito – e a do cúmplice – que contribui em decisão já tomada – é reprovável,[78] mas não surpreende diante da constatação do ecletismo irreverente em matéria de autoria e participação.

c) Também são "coautores" aqueles que "usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável". Em linguagem técnica, o "autor mediato" é, no Substitutivo, "coautor". Como vimos, o substitutivo acaba de inventar a figura do "coautor individual", em lance único de malversação linguística e conceitual.

d) A alínea *d)* representa o auge da irreverência do reformador, pois indica que são "coautores" aqueles que "usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico", reformulando as já errantes palavras com que aceitara a controvertida figura do "domínio da organização" na primeira versão do PLS 236/2012,[79] tema já discutido acima.[80] O reformador, ao invés de dar ao aplicador do direito elementos de uma hipótese de incidência, oferece-lhe outra vez uma *ratio*, ainda que não mais o domínio do fato, e sim a ofensa ao bem jurídico.

6. A PARTICIPAÇÃO NO SUBSTITUTIVO

No art. 35, § 1.º, II, aparecem as formas de "participação" em sentido estrito no delito tal como constavam da primeira versão, de modo que podemos remeter o

77. ZIMMERL, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, *ZStW* 49 (1929), p. 39, p. 45.

78. Sobre essas distinções ver BRUNO, *Direito Penal, Parte Geral*, t. 2, p. 271 e ss.; CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 367 e ss. e GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, p. 6.

79. A figura do domínio da organização não é aceita por renomados autores, entre eles WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin: DeGruyter, 1969, p 98 e ss., p. 100, a quem se atribui larga contribuição no desenvolvimento da chamada teoria do domínio do fato, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, § 62 II 8 (p. 670).

80. Sobre essa figura cf. ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, *GA* 1963, S. 193 ff.; F. C. SCHROEDER, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, *JR* 1995, p. 177 e ss.; AMBOS, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, *GA* 1998, S. 226 ff.; ROTSCH, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, *ZStW* 112 (2000), S. 518 ff.

leitor ao comentários acima tecidos. A única alteração foi a substituição da palavra "autores" por "coautores", o que torna o dispositivo ainda mais confuso.

7. COMUNICABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS

A redação do atual art. 30, que regula o controvertido tema da *comunicabilidade das circunstâncias*, é mantida, e a ela é apenas acrescido um adendo: "e se forem de conhecimento dos concorrentes" (art. 36 do Substitutivo). Com esse adendo, o reformador indicou algo já consolidado na doutrina há tempos. Ao invés, o reformador poderia ter dado maior atenção aos problemas reais da figura da comunicabilidade das circunstâncias, que tantas dificuldades práticas causa (ver acima III. 4. d). Pense-se, por exemplo, nas infindáveis controvérsias em torno da participação de sujeito não qualificado em delitos especiais.

8. O DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO DO SUBSTITUTIVO: "CONCEITO UNITÁRIO FUNCIONAL"

Depois de analisados os dispositivos debutantes no Substitutivo ao PLS 236/2012, numa tentativa laboriosa de dar-lhes algum sentido, é preciso analisar o *discurso de justificativa* oferecido pelo Substitutivo ao PLS 236/2012. Nada mais natural do que buscar as razões das mudanças no próprio discurso do reformador.

a) A redação prolixa dos dispositivos, que retira a relativa simplicidade do conceito unitário de autor, não encontra, todavia, justificativa plausível nem sequer na explicação oferecida pelo reformador, que permaneceu presa a veleidades de pouca ou nenhuma relevância prática. O leitor curioso não encontrará no discurso de justificativa do Substitutivo sequer referências bibliográficas, de modo que fica desde logo claro que as inovações são produto exclusivo da imaginação e do capricho de reformadores.

Os dispositivos de autoria e de participação, diz-nos o reformador, seriam uma opção por um "conceito unitário funcional de autor" (p. 107). A base científica seria a teoria do domínio do fato,[81] mas com interpretação peculiar: "A ideia de domínio do fato deve se orientar pela categorização de domínio do resultado, domínio operacional e domínio social, as quais foram desenvolvidas (*sic.*) à luz da ordem jurídica brasileira. A necessidade de seguir essa tripartição decorre da ideia de crime como risco ou ofensa ao bem jurídico, a qual (*sic.*), aliás, é adotada no Projeto em seu art. 14" (p. 107 e s.). Os dispositivos de autoria e participação seriam decorrência da opção pela "teoria da imputação objetiva" (art. 14 do Substitutivo): "Os arts. 14, 18 e 38 (*sic.*) precisam estar em uma sintonia fina, pois são a base

81. Lembramos que a teoria do domínio do fato surge e se desenvolve com a missão oferecer as bases de um sistema diferenciador de autoria e participação.

filosófica do novo sistema penal" (p. 100). O conceito unitário funcional decorreria do modelo de crime como "ofensa ao bem jurídico" adotado legislativamente: "Não basta apenas realizar os elementos do tipo, o que é um pressuposto óbvio para a imputabilidade (*sic.*).[82] É preciso, o que é mais importante, que a conduta ofenda o bem jurídico. Portanto, fizemos os ajustes redacionais adequados (alíneas *a* e *b*), no mesmo espírito dos ajustes feitos nos arts. 14 e 18. Além disso, do autor já cuida o art. 14. O art. 38 (*sic.*) deve tratar dos coautores e dos partícipes. Revisitar o autor aqui apenas abre espaço para problemas de interpretação no futuro". O art. 14, que trata da imputação do crime, seria, assim, o dispositivo da autoria individual do Substitutivo.

b) A opção pelo "conceito unitário funcional" está longe de ser óbvia e nunca foi, ao que saibamos, reclamada pela doutrina brasileira. De outro lado, tampouco há nessa afirmação ares de novidade ou de teoria desenvolvida "à luz da ordem jurídica brasileira", já que, embora o reformador omita qualquer referência às suas fontes bibliográficas, a expressão conceito unitário *funcional* se deve ao penalista austríaco Kienapfel, que a cunhou na década de 70 do século passado[83] – também esse detalhe nos omite o reformador. Kienapfel distinguia entre conceito unitário *formal* e conceito unitário *funcional*, indicando que o segundo, ao contrário do primeiro, diferencia várias formas de intervenção no delito, mas, nesse ponto em harmonia com o primeiro, mantém o mesmo marco penal para todas as formas de intervenção.[84] Chega a assustar o ar de obviedade com que o reformador se refere ao "conceito unitário funcional", como se fosse de todos conhecido em nossa doutrina – não o encontramos, por exemplo, em Aníbal Bruno ou Nélson Hungria, ou, mais recentemente, em Juarez Cirino dos Santos. Se essa opção vingar, ela será o produto mais bem acabado de um legislador que ignora a prática e a ciência, e que exibe com deleite o seu poder originário de escolher ou inventar a teoria que lhe aprouver.

Se nos esforçarmos por enxergar o que está por trás do termo conceito unitário funcional, se não nos deixarmos seduzir pelas vanguardistas associações que o *slogan* "funcional" sugere, nele encontraremos nada mais do que uma confissão do reforma-

82. Iremos nos abster de comentar essa frase, cuja imperfeição salta aos olhos de qualquer estudante de direito.

83. KIENAPFEL, "Beteiligung" und "Teilnahme", *NJW* 1970, p. 1826 e ss.; KIENAPFEL, *Der Einheitstäter im Strafrecht, Frankfurt am Main*, 1971, p. 9 e ss.; ver também SCHUMANN, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, p. 10 e ss.; BLOY, *Das Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 149 e ss.; MILLER, *Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht*, p. 234 e ss.

84. Entre nós, o infelizmente pouco lembrado PEREIRA DOS SANTOS, Inovações do Código Penal, p. 53 referiu-se de passagem a Kienapfel. Atualmente, refere-se a esse conceito GOMES BEZERRA, O *conceito de autor e a comunicabilidade de circunstâncias*, Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013, p. 21 e ss.

dor de que estava disposto a sacrificar a única vantagem real do modelo unitário, a sua simplicidade, em troca não se entende absolutamente de quê. O mais correto seria, assim, o termo *conceito unitário disfuncional*: exigir de gerações de estudantes que decorem os pressupostos das diversas formas de autoria e participação, de já sobrecarregados juízes e promotores que apliquem corretamente os longos e intermináveis incisos do futuro CP, é tudo, menos funcional. Talvez isso seja funcional apenas para quem pretende vender livros comentando o novo Código.

c) Já a completa *dependência entre os arts. 14 e 35* (não 38, como anuncia o Substitutivo em manifesto desleixo), é tese semelhante à sustentada pelos autores defensores do conceito unitário clássico de autor, que o compreendiam como decorrente da fórmula da *conditio sine qua non* plano da causalidade.[85] No fundo, a alteração é meramente terminológica, como a manutenção da redação do atual art. 29 o comprova. Introduziram-se novos *slogans* de boa aceitação contemporânea, como "ofensa ao bem jurídico", mas não há nenhuma alteração de conteúdo material. Afinal, o ato de emprestar a arma também é tão "causa" do resultado morte quanto "conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico" – sem aquela arma o resultado não teria ocorrido em sua conformação concreta –, como quer o Substitutivo. Nada se altera, a não ser o pedantismo, que antes inexistia.

d) Por fim, a afirmação de que "o art. 14 regula a ação do autor individual" não passa de uma inverdade, pois também na autoria mediata, regulada no art. 35, § 1.º, *c)*, trata-se de autoria individual, pela obviedade de que o instrumento, em muitos casos, não será punível. Inversamente, também o partícipe "concorre para o fato", isto é, também a ele o fato tem de ser objetivamente imputável, de modo que o art. 14 se aplica também a seu comportamento.

9. O PECADO ORIGINAL DOS DISPOSITIVOS DO SUBSTITUTIVO

O afã de originalidade do reformador, que só consegue ser superado pelo seu pedantismo e diletantismo, tem, como tudo que é deste mundo, uma origem. Ocorre que essa origem é curiosa, para não dizer vergonhosa, e é urgente alertar ao público quanto ao estilo de legislar que o Substitutivo inaugura em nosso país.

Como já foi dito, o atual reformador simplesmente ignora as reformas passadas e os reclames da prática e da ciência contemporâneas.[86] O PLS 236/2012, expressado por último no Substitutivo, quer-se original. Ocorre que a originalidade do atual

85. Essa dependência entre conceito material de crime e regulação da autoria parece ter sido elaborada de forma bastante clara já por LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, Berlin/Leipzig, 1935, p. 7: "O problema da autoria se transforma, em primeira linha, na seguinte questão de interpretação: o que é realização do tipo?".

86. Ver nota de rodapé 45.

movimento reformador não se revela apenas nas teses equivocadas que defende, mas também no modo de confecção dos dispositivos do Código do futuro. Os dispositivos da autoria e participação presentes no Substitutivo ao PLS 236/2012, bem como a justificativa das alterações, são cópias integrais *ipsis literis*, de e-mail que os reformadores receberam em fevereiro de 2013, e que permaneceu desconhecido por todos, perdido que estava no emaranhado de "sugestões" enviadas aos reformadores. Foram realizadas audiências públicas para o debate da primeira versão do PLS 236/2012;[87] publicaram-se inúmeros estudos críticos em revistas científicas e de grande circulação.[88] O legislador deu ouvidos, contudo, apenas a um e-mail.

O e-mail com as sugestões, enviado por Pablo Alflen, professor da UFRGS, foi registrado em 27.02.2013.[89] Todos os documentos constam do site oficial do Senado Federal, e podem ser encontrados, após largo garimpo. Eis os trechos relevantes do e-mail de Pablo Alflen: "(...) O Projeto de novo Código Penal, pelo que se verifica claramente no art. 38, *caput*, mantém a opção por um conceito unitário funcional de autor. (...) Dessa forma, ressaltamos que a ideia de domínio do fato deve se orientar pela categorização de domínio do resultado, domínio operacional e domínio social, as quais foram desenvolvidas à luz da ordem jurídica brasileira. A necessidade de seguir estar (*sic.*) tripartição por nós apresentada decorre, sobretudo, do fato de que a concepção é desenvolvida à luz da ideia de crime como ofensa ao bem jurídico, a qual, aliás, é adotada no Projeto de novo Código Penal, no art. 14 (...)". Compare o leitor esse trecho do e-mail com o (já mencionado) trecho do Substitutivo, na p. 112: "A ideia de domínio do fato deve se orientar pela categorização de *domínio do resultado*, *domínio operacional* e *domínio social*, as quais foram desenvolvidas à luz da ordem jurídica brasileira. A necessidade de seguir essa tripartição decorre da ideia de *crime como risco ou ofensa ao bem jurídico*, a qual, aliás, é adotada no Projeto em seu art. 14".

O fato mais grave não é, evidentemente, o envio do e-mail, mas a aceitação *eo ipso* e *ipsis literis* de um sugestionamento particular que decorre de um estudo sequer publicado, isto é, que não foi submetido ao crivo da crítica científica. Preocupa-nos

87. Estiveram presentes nas audiências, entre outros, Juarez Cirino dos Santos e Miguel Reale Jr, como se pode conferir no site do Senado Federal: [www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissao.asp?origem=SF&com=1603] (acessado em: 09.02.2014).

88. Cf. as referências acima, nota 45.

89. [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=123220&tp=1] (acessado em: 14.02.2014). Infelizmente, sequer é possível proceder a uma avaliação crítica as teses de Alflen, uma vez que a monografia em que ele as desenvolve ainda não foi publicada. Tem-se, assim, a lamentável, mas inevitável impressão de que o autor está menos preocupado em apresentar as suas ideias à comunidade científica do que em gravá-las o quanto antes no mármore legislativo e assegurar-lhes a relativa e ilusória invulnerabilidade que daí resulta. A publicação do trabalho oferecerá aos cientistas brasileiros a oportunidade de resenhá-lo.

a vigência *erga omnes* de teses privadas jamais submetidas ao embate público. Prova de que o próprio legislador se envergonha disso é que a fonte dos dispositivos e da redação da justificativa – o e-mail – simplesmente não é em momento algum citada.

Sim, leitor, a lei futura de nosso país seria, caso sejamos brindados com a infelicidade da consumação desse movimento reformador, será fruto de uma troca de e-mails, e não de uma discussão pública que reunisse prática judiciária e ciência jurídica. De nossa parte, desconhecemos completamente a origem de tais reflexões pouco claras, de modo que não espanta que o resultado tenha sido a confecção de dispositivos incompreensíveis e prolixos. De fato, o reformador atual é original em sua forma privada de fazer lei pública.

IV. CONCLUSÃO: O NOVO CONCEITO UNITÁRIO DISFUNCIONAL

As malsinadas novidades na regulação da autoria e da participação oferecidas pelo PLS 236/2012 devem ser rechaçadas. Em suma, a redação proposta, ao distinguir formas de intervenção no delito sem determinar distintos marcos penais, anula a vantagem pragmática do conceito unitário de autor (acima II. 2.), e, escondendo-se por trás de uma autodeclarada "funcionalidade" cuja origem é um e-mail, perde-se em imprecisas e inseguras distinções conceituais que, ao final, não significam absolutamente nada, na medida em que permanece o dispositivo segundo o qual "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" (art. 38, *caput*, PLS 236/2012; art. 35, *caput*, do Substitutivo). Não se entende por que o esforço de enunciar formas diversas de intervir no delito, já que, além de serem ignoradas no dispositivo que prevê causas de aumento (art. 38, § 4.º, PLS 236/2012; art. 35, § 3.º, Substitutivo), não significam a extensão da punibilidade a contribuições não causais e nem revertem na previsão de diversos marcos penais. A única implicação prática que encontramos, ao contrário, pode advir da atrapalhada redação por meio da qual se acolheu a figura do "domínio da organização", o que poderá servir de base a que se defenda uma forma camuflada de uma inaceitável responsabilidade pela mera posição.

Concretamente: a) ou se mantém a redação do atual art. 29 e a distinção entre o merecimento de pena de cada interveniente é deslocada para a determinação judicial da pena, mantendo-se, assim, a coerência da concepção unitária; ou b) distinguem-se formas de intervenção no delito (autoria e participação) e se preveem legislativamente diferentes marcos penais para as diversas formas de contribuição. O ecletismo da atual proposta legislativa não possui nenhum sentido, a não ser o de confirmar a já diagnosticada inaptidão do atual reformador e o de dificultar a vida de todos os que trabalham com o direito penal.

Há muito o que discutir em termos de autoria e participação no direito penal brasileiro. É preciso, de forma geral, entender por que precisamos de uma distinção entre

autor e partícipe, e quais são as consequências concretas de uma distinção entre várias formas de intervir no delito. *De lege lata*, necessitamos urgentemente de uma exegese do art. 29, § 1.º, especialmente quanto ao real significado da expressão "participação de menor importância", e do art. 30, especialmente quanto ao real significado das expressões "elementares do crime" e "circunstâncias e as condições de caráter pessoal".[90] A única certeza é a de que uma intervenção atabalhoada de um legislador que ignora toda a discussão científica brasileira e mundial, desdenha da prática judiciária, mas que é todo ouvidos para sugestionamentos privados quaisquer, seria um desastre inédito na história do direito brasileiro.[91] Enquanto não identificarmos os verdadeiros problemas de nossa regulação, um papel que cabe a nossa doutrina e a nossa jurisprudência, soa tenebroso e precipitado pensar em inovações no plano legislativo.

A redação equívoca e prolixa presente tanto na primeira versão do PLS 236/2012, como no Substitutivo ao PLS 236/2012, deve ser objeto de intensa preocupação de todos, na medida em que documenta o traço mais débil de um puro diletantismo completamente alheio ao sentido prático dos conceitos jurídicos.[92] Concretamente, o PLS 236/2012, em matéria de autoria e participação, além de não acrescentar nada em favor da resolução dos problemas já existentes, cria ulteriores e numerosos problemas. Numa combinação ímpar de desconhecimento, arrogância e veleidade, *o Projeto sacrificou a simplicidade, a única real vantagem do sistema unitário, sem remediar quaisquer dos graves e conhecidos defeitos desse sistema.* Em nenhum

90. Esforçam-se nesse sentido, de maneira louvável, ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 212 e GOMES BEZERRA, *O conceito de autor e a comunicabilidade de circunstâncias*, Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013, p. 113 e s. Os problemas da participação do *extraneus* em delitos especiais continuam a nos perseguir, sem que tenhamos chegado a uma solução satisfatória.

91. A produção nacional monográfica a respeito da autoria e da participação é relativamente grande – especialmente ao se ter em vista a pena firme de Hungria e a opção legislativa pelo sistema unitário e pelo conceito extensivo de autor –, mas o reformador não tomou dela qualquer conhecimento. Citemos algumas delas, sem pretensão de completude: PEREIRA DOS SANTOS, *O problema penal da participação do extraneus no adultério e na bigamia*, Salvador, 1972; LEIRIA, *A autoria e a participação criminal*, São Paulo, 1974 (recentemente reeditado pela Nuria Fabris, Porto Alegre, em 2010); FIGUEIREDO FERRAZ, *A co-deliqüência no Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 1976; N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004; GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004; SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, São Paulo, 2004; LAUFER, *Artigo 25 da Lei n. 7.492/86. Problemas de autoria no âmbito jurídico-penal*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2008; ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011; há ulteriores referências sobre a discussão nacional em BATISTA, *Concurso de Agentes*, p. 26; ao invés, o reformador prefere confiar em um único e-mail de Pablo Alflen.

92. A respeito PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2. ed., Göttingen, 2011, p. 22.

outro momento as palavras de José Paulo Paes parecem fazer tanto sentido como agora: "Prolixo? Pro lixo!".[93]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "mensalão" (APN 470/MG DO STF), de Gustavo de Oliveira Quandt - *RBCCrim* 106/181 (DTR\2014\297); e
- O Projeto Sarney de Código Penal Senator Sarney Criminal Code Bill, de René Ariel Dotti - *RBCCrim* 99/53 (DTR\2012\451015).

93. Trecho da poesia intitulada "Poética", de José Paulo Paes, que pode ser encontrada em JOSÉ PAULO PAES, *Melhores Poemas*, 5. ed., São Paulo, 2003, p. 162.

65541

Aspectos jurídico-penais da guarda e condução de cães perigosos: o caso de Minas Gerais

Criminal-legal aspects for owning and walking dangerous dogs: The case of the state of Minas Gerais

Rodrigo Iennaco de Moraes

Mestre em Ciências Penais e Doutorando em Direito Penal pela UFMG. Promotor de Justiça-MG.

Área do Direito: Penal

Resumo: Este ensaio aborda a legislação do Estado de Minas Gerais sobre as medidas administrativas aplicáveis à criação, guarda e condução de cães potencialmente perigosos em via pública, com ênfase para os da raça *pit bull*, analisando a repercussão criminal das condutas contrárias à regulamentação estadual.

Palavras-chave: Cães perigosos - *Pit bull* - Responsabilidade penal - Omissão de cautela e culpa - Imputação do resultado.

Abstract: This article addresses the laws of the State of Minas Gerais, Brazil, regarding administrative measures for raising, owning or walking potentially dangerous dogs in public roads, with an emphasis on the pit bull breed. One also analyzes the eventual criminal repercussion of the actions that are contrary to state regulation.

Keywords: Dangerous dogs - The pit bull - Criminal liability - Objective fault and recklessness - Causality.

Sumário: 1. Introdução - 2. Abordagem legislativa: 2.1 Ausência de disciplina legal específica no plano federal; 2.2 A legislação do Estado de Minas Gerais - 3. Contravenção subsidiária e crime culposo de resultado: conduta omissiva, omissão de cautela ou negligência?: 3.1 Tipificação contravencional da omissão de cautela; 3.2 O problema da regulamentação frente a inobservância da norma de cuidado: 3.2.1 Complementação da norma contravencional por legislação estadual - 4. Omissão de cautela, culpa e resultado: 4.1 O problema da imputação; 4.2 Inobservância da norma de cuidado e ocorrência de resultado lesivo - 5. Conclusão - 6. Referências.

"Versos a um cão

Que força pôde, adstrita a embriões informes,
Tua garganta estúpida arrancar
Do segredo da célula ovular

Para latir nas solidões enormes?!
Esta obnóxia inconsciência, em que tu dormes,
Suficientíssima é, para provar

A incógnita alma, avoenga e elementar
Dos teus antepassados vermiformes.
Cão! – Alma de inferior rapsodo errante!
Resigna-a, ampara-a, arrima-a, afaga-a, acode-a
A escala dos latidos ancestrais...
E irá assim, pelos séculos, adiante,
Latindo a esquisitíssima prosódia
Da angústia hereditária dos teus pais!"
(AUGUSTO DOS ANJOS)

1. INTRODUÇÃO

Diz um ditado popular, representativo de um processo milenar de domesticação, que "o cão é o melhor amigo do homem"...

Porém, de longa data também, a agressividade desses animais tem gerado no imaginário popular uma aversão, por vezes supersticiosa (como na idade média), aos caninos. Nesse aspecto, nenhuma figura é tão emblemática quanto a de Cérbero ("comedor de carne"), o cão tricéfalo que guarda a porta do submundo dos mortos na mitologia grega, permitindo que as almas entrem no Tártaro, mas cuidando para que de lá não saiam. Um cão mítico, porteiro do inferno, serve bem para ilustrar a metafórica visão negativa em torno de certos tipos de cães, cujo destaque pode ser conferido à mestiçagem de cães ferozes que resultou na (pseudo) raça designada *Pit Bull*. Sua origem remonta a antigo esporte bretão, hoje proibido, em que cães *Staffordshire bull terriers* eram utilizados para o ataque a touros, numa arena. Do Reino Unido para os Estados Unidos da América, esses cães foram mesclados para ser utilizados como cães de briga:

"In the United States, the dogs acquired the denomination of pit bull dogs because they were trained by some owners to fight in a 'pit' for gambling purposes. Most so-called pit bull dogs in the United States are actually mixed breeds. Over the years, the dogs have been interbred with the Mastiff, Boxer, and Boarhound breeds."[1]

Desde que a tal raça se disseminou em solo pátrio, inadvertidamente transposta do submundo das rinhas para as casas e ruas, alastram-se notícias trágicas, com ataques mutiladores ou mesmo fatais, com ou sem a conivência do proprietário/criador. Estatística oficiosa do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais noticia mais de uma centena de ocorrências envolvendo ataques de cães no Estado no ano de 2011, bastando uma simples pesquisa em site de busca na rede mundial de computadores para se constatar a coincidente proliferação de ataques com consequências graves com a (e a partir da) difusão dessa raça no Brasil.

1. HALE, Diane K. Man bites dog with Ohio's vicious dog statute. HeinOnline, 37 *Clev. St. L. Rev.* 119, 1989. p. 121.

O problema ganhou contornos nacionais,[2] variando a intensidade do debate na medida em que casos específicos repercutem na mídia, porém, invariavelmente, diluindo-se a discussão com o passar do tempo – ou, ainda, estancando-se irresponsavelmente diante de polêmica resistência oferecida por setores de movimentos de defesa dos direitos dos animais. A despeito da inegável tragédia noticiada, esse artigo parte do pressuposto de que o cão, independente da raça, terá seu caráter definido pelo relacionamento com o criador e pelas experiências com o meio, de acordo com os reforços, condicionamentos e castigos administrados como recompensa ou punição por seu comportamento.[3] Como escreve Diane Hale:

2. O problema, na verdade, é mundial. No final dos anos oitenta, quando o Estado de Ohio aprovou um novo Estatuto, mais restritivo sobre o assunto, os cães *pit bull* representavam 1% da população de cães nos EUA, sendo responsáveis por 67% das mortes causadas por cães. Cf. HALE, Diane K. Man bites dog with Ohio's vicious dog statute. HeinOnline, 37 *Clev. St. L. Rev.* 119, 1989, p. 119. Na Espanha, editou-se o Real Dec. 287/2002, sobre *la tenencia de animales peligrosos*, em que se regula meticulosamente "o regime de propriedade e posse de animais considerados potencialmente perigosos, com a adoção de "medidas tendentes a melhorar as práticas de adestramento, evitando (...) o fomento de sua agressividade. (...) O citado real decreto estabelece as características dos animais que merecem a consideração de potencialmente perigosos (...)" remetendo a "posterior desenvolvimento de regramentos com relação concreta de raças, tipologias raciais ou cruzamentos inter-raciais, em particular aos cães, em razão de suas características morfológicas, sua agressividade, desde que possam ameaçar a integridade física e os bens das pessoas. (...) esta (...) legislação, além da exigência de licenças administrativas bastante rigorosas, requer critérios mínimos de seus donos para obtenção de licença: ser maior de idade, não haver sido condenado por delitos contra a vida (homicídio doloso ou culposo), contra a saúde, contra a integridade moral, contra a liberdade sexual e contra a saúde pública, ademais de não haver sido condenado por pertencer a grupos ou bandos armados ou envolvimento com o narcotráfico; (...) necessitando dispor de capacidade física e aptidão psicológica acompanhada de detalhado laudo de não padecer de transtornos mentais ou de conduta capaz de influenciar no comportamento de seu animal de estimação". A lei espanhola, ainda, define uma série de medidas de segurança para condução do cão em via pública, exige seguro de responsabilidade por danos causados a terceiros e comina multas impostas pela municipalidade. Cf. TADEU, Silney Alves. *Cães da moda: responsabilidade pelos danos causados*. p. 38.

3. O avanço da psicologia animal tem suas origens nos estudos de E. L. Thorndike e Ivan P. Pavlov, que apresentam formulações semelhantes, partindo-se de uma teoria objetiva e mecanística da aprendizagem, centrada unicamente no comportamento manifesto e mínima referência à consciência ou processos mentais. A aprendizagem deve refletir o estudo do comportamento considerado objetivamente, em termos de ligações concretas entre estímulos e respostas, desconsiderando-se elementos mentais ou a experiência consciente. Mais tarde, J. B. Watson usou as descobertas e os métodos da Psicologia Animal como base para o desenvolvimento de uma ciência do comportamento (aplicável tanto ao homem quanto aos animais), inaugurando (1913) uma revolução behaviorista na Psicologia. Cf. SCHULTZ, Duane. *História da psicologia moderna*. São Paulo: Cultrix, 1990. p. 198 e ss.

"Many would argue that the reputation is ill-deserved. The pit bull dog is not the first breed to cause such a reaction. Similar public outrage was expressed in the media in the past over German shepherds, Doberman pinschers, Chow Chows and Rottweilers. In addition, not all pit bull dogs are vicious. Advocates of pit bull dogs claim the dogs are obediente an loyal pets, if properly trained. Many are, in fact, friendly family pets, not killers. They have even been used successfuly to work with children in television shows. Most experts consider dogs to be a product of their environment and training. Pit bull dogs are the same as any other dog in the respect that if they are trained to be aggressive, they will became aggressive."[4]

Porém, determinadas raças, não adestradas, adestradas incorretamente ou criadas com desvios comportamentais, oferecem mais perigo que outras.[5]

---

4. HALE, Diane K. Man bites dog with Ohio's vicious dog statute. HeinOnline, 37 *Clev. St. L. Rev.* 119, 1989, p. 122-123.

5. O Dogue Brasileiro, por exemplo, raça não reconhecida pela FCI e incluída no grupo 11 da CBKC no Brasil, somente poderá obter o título de campeão se aprovado na "apreciação do caráter", em que deverá, obrigatoriamente, demonstrar coragem e, principalmente, controle. Os cães considerados atípicos, por falta de iniciativa, ou considerados perigosos, não poderão obter tal distinção: "Apreciação de caráter para os cães Dogues Brasileiros (Para tornar apto o cão ao título de campeão) I – Para que se obtenha o Título de Campeão torna-se necessário que o cão passe pela apreciação de caráter, em que se averiguará: 1.º – Possuir o animal condições temperamentais de caráter para que possa ser conduzido normalmente, em qualquer meio alheio a seu território, sem jamais, na ausência de ameaça, representar qualquer perigo a pessoas, não revelando desequilíbrio que demonstre agressividade gratuita; 2.º – Possuir o animal condições temperamentais de caráter para que possa defender seu condutor, quando exigido. A apreciação do caráter deverá ser simples e objetiva com o fito de avaliar as características temperamentais. Sua maior razão será conservar o temperamento firme e confiável da raça, preservando de forma constante, rotineira e compulsória o equilíbrio de seu sistema nervoso. Quando se testa o temperamento de um cão, se testa sua efetiva capacidade de exercer sua função de defesa e, também, seu equilíbrio emocional. Os ataques indesejáveis que ocorreram com cães, nos últimos tempos, se devem quase que exclusivamente a total, ou quase total, ausência de comprovação do controle emocional em muitas raças. Isso cria uma situação em que os cães, no sentido psicológico, procriam aleatoriamente, não havendo, nesse sentido, nenhum controle de seu temperamento tanto do ponto de vista de eficiência funcional como de se evitar que se tornem excessivamente agressivos. Só uma situação simulada de defesa poderá expor, para a entidade controladora, o real temperamento dos cães em todos os sentidos. Os animais aprovados *neste teste terão muito melhor chance de gerarem descendentes de bom caráter, de manterem a coragem e a docilidade da raça e muito menor probabilidade de se envolverem em acidentes lamentáveis.* (...) Só será considerado apto o canino que for aprovado por dois árbitros diferentes em momentos diferentes, distando um do outro no mínimo sessenta dias." (G.N). Disponível em: [www.cbck.org/padroes/pdf/grupo11/DogueBrasileiro.pdf]. Para maiores informações sobre comportamento canino agressivo e avaliação do risco de lesões por cães agressivos, v. SILVA, Marco Aurélio Souza da. *Controle legislativo de cães da raça* pit bull*: uma nova solução para um velho problema*. p. 136-140.

Sem pretender discutir a conveniência de medidas mais ou menos drásticas em relação ao extermínio gradativo (esterilização e proibição de procriação e sacrifício de cães da raça *pit bull*, v.g.), procuramos apresentar as consequências jurídico-penais advindas do comportamento (ação ou omissão) do proprietário ou possuidor do cão, sem perder de vista uma constatação real: algumas raças têm preponderância em ocorrências com vítimas, de acordo com popularização em determinada época ("cães da moda").

Na justificativa apresentada ao PL 300/2008, do Senado Federal,[6] o Senador Valter Pereira consignou:

"Não se trata, apenas, de números expressivos – as milhares de vítimas – dos danos causados pelos animais. Trata-se também do drama humano provocado pelas ações desses animais, cujo prejuízo social é maior ainda diante da impunidade dos responsáveis.

Para que se argumente no sentido de que a responsabilidade dos proprietários ou possuidores desses animais alcance a esfera penal, recordamos o que define o Código Penal, em sua Parte Geral, quando trata da relação de causalidade: 'Art. 13. O resultado, de que decorreu a existência de crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.'

(...) o proprietário ou o possuidor do animal que causou o dano – ou até a morte – a outrem, quando menos, tem a responsabilidade omissiva no evento, o que deve implicar a respectiva responsabilidade penal.

Volta-se esta proposição, assim, a disciplinar a criação de determinadas raças de cães, especialmente perigosas. Sabemos que os chamados cães de guerra ou cães de briga são especialmente perigosos. O projeto se destina, ainda, a proibir a procriação de cães da raça *Pit Bull* mediante a esterilização dos machos.

Em diversos países, o Brasil inclusive, esses cães são usados como cães de guarda e, não raro, submetidos a condições ambientais e tratamentos que acentuam o comportamento agressivo. Assim, criados por pessoas despreparadas e utilizados em funções para as quais não estão aptos, esses animais se transformam em verdadeiras armas, cujo potencial de periculosidade não pode ser subestimado.

A imprensa brasileira tem noticiado a ocorrência não apenas de acidentes como também a utilização desses cães como verdadeiras armas por gangues de rua. Esses fatos impõem reflexão e exigem uma pronta resposta dos poderes públicos. Até o momento, as vítimas têm recebido, quando muito, ínfimas indenizações. Criou-se, também quanto a esse assunto, um ambiente de impunidade que os poderes públicos têm a responsabilidade de debelar. (...)."

6. Disponível em: [www6.senado.gov.br/mate-pdf/13764.pdf].

Por um lado, ressalta evidente, da justificativa para um projeto de lei que discipline o tema, a repercussão social do problema, que afeta um número considerável de vítimas e seus familiares e lança reflexos em interesses cinófilos paradoxais. Por outro lado, nota-se, no aspecto jurídico da fundamentação, como se tornou comum, mesmo após o paradigma finalista, trabalhar a questão da imputação do resultado numa perspectiva causal-objetiva, sem se atentar para o necessário aprofundamento do debate em torno da essência dos critérios teóricos para compreensão do crime culposo. A propósito, leciona Juarez Tavares:

"A limitação da questão da essência à justificativa da imputação jurídica do fato ao seu autor refoge ao âmbito da metafísica ou da dialética, para se transformar em objeto de uma filosofia pragmática.

Mesmo para a teoria da imputação, essa filosofia pragmática não serve como critério seguro, pois, na ordem jurídica, não basta um critério único de determinação de responsabilidade, mas, sim, o complexo de elementos interligados com base no conceito de conduta e subordinados a muitos outros princípios, notadamente, aos postulados de garantia inseridos no conteúdo do injusto penal."[7]

Então, estamos diante de situação problemática do ponto de vista social. De um lado, a omissão ou déficit legislativo sobre a matéria, do ponto de vista da especificidade que o tema reclamaria. De outro, a apresentação de alternativas tem se limitado à proposição de medidas restritivas à procriação de cães *pit bull*, estendendo seus efeitos a outras raças tradicionais, com artificial comparação que conta com vigorosa oposição de médicos veterinários e criadores de uma maneira geral. Ainda nesse prisma, mesmo as medidas de restrição à procriação com métodos alternativos ao sacrifício, não contam com a necessária estrutura de fiscalização por parte do organismo estatal competente. Por último, e o que mais de perto nos interessa, nota-se uma certa defasagem na discussão doutrinária e jurisprudencial, acerca da responsabilidade criminal advinda de condutas intencionais ou descuidadas de criadores/possuidores de cães, cujo comportamento se revela perigoso (ainda que em potência) ou lesivo para bens jurídicos alheios, de acordo com a legislação penal em vigor.

2. ABORDAGEM LEGISLATIVA

2.1 Ausência de disciplina legal específica no plano federal

De lege ferenda, o PL 300/2008 do Senado[8] dispunha sobre a responsabilidade civil e penal dos proprietários, possuidores e criadores de cães de guarda perigosos, e proibia a reprodução de cães da raça *pit bull* no Brasil.

---

7. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. p. 25.

8. O PL 300 de 12.08.2008, tramitou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo recebido, em junho de 2009, relatório do Senador Gim Argello, com voto pela

O art. 2.º do projeto classificava os cães de guarda de determinadas raças como perigosos.[9] Nesses casos, o proprietário, o possuidor, o criador ou a pessoa que detivesse a guarda do animal responderia, civil e penalmente, pelos danos que o cão de guarda perigoso causasse a outrem (art. 3.º).

A par de algumas medidas administrativas relacionadas ao registro em órgão municipal e à necessidade de controle físico do animal,[10] especialmente quanto à condução controlada por coleira e focinheira, previam os arts. 7.º e 8.º:

"Art. 7.º A criação, a guarda e a circulação de cães de guarda em desrespeito ao que dispõe esta Lei constituem o crime de exposição da vida de outrem a perigo direto ou iminente, nos termos do art. 132 do Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo se o fato constituir elemento de crime mais grave.

§ 1.º O uso do animal como meio para a prática de crimes dolosos contra pessoa implica, conforme o resultado, o aumento de um terço das penas previstas nos arts. 121 ou 129 do Código Penal.

§ 2.º Nas hipóteses do *caput* e do § 1.º deste artigo, o proprietário fica obrigado a recolher o animal ao canil público.

§ 3.º Após a produção das provas, a Administração Pública sacrificará o animal."

"Art. 8.º Se, em razão da inobserva ncia ao que dispõe esta Lei, o cão atacar e disso resultar morte ou lesão corporal de alguém, o proprietário responderá pelo crime nos termos do art. 121, § 3.º e 129, § 6.º do Código Penal."

Previa, finalmente, o art. 10 do Projeto 300/2008:

---

sua aprovação, com Emendas. Porém, em junho de 2010 a tramitação foi interrompida na Subseção de Coordenação Legislativa do Senado, tendo em vista requerimentos de informações aprovados na Mesa do Senado Federal, nos termos do inc. IV do art. 216 do Regimento Interno. Ainda em 2010, foi juntada cópia do Aviso 1.091/GM, de 16.07.2010, do Ministério da Saúde, encaminhando resposta ao Requerimento de Informações 190/2010, do Senador Eduardo Suplicy, informando que o assunto abordado seria da competência do Ministério da Agricultura. Em 04.08.2010, a matéria permanecia na Secretária-Geral da Mesa aguardando as informações solicitadas. Porém, em 19.01.2011, a proposta foi arquivada ao final da legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno.

9. *Pit Bull, Rotweiller, Doberman*, Fila, Pastor Alemão, *Mastim, Schnauzer* Gigante, *Akita, Boxer, Bullmastif, Cane Corso*, Dogue Argentino, Dogue de Bordeuax, Grande Pirineus, *Komador, Kuracz* e *Mastiff*. A emenda apresentada pelo Senador Gim Argello, relator na CCJ, acrescentava que seriam, além destes, "cães de guarda perigosos ou potencialmente perigosos (...), outros indicados pelo Poder Público".

10. O art. 6.º do projeto vedava a circulação dos cães das raças a que se refere esta Lei em locais públicos, a menos que estivessem subjugados por coleira e corrente e portassem focinheira. A inobserva ncia dos aparatos de contenção do animal ensejaria sua apreensão município e a aplicação da pena de multa ao seu condutor, revertida em favor do órgão fiscalizador. Caso não resgatado com o pagamento da multa, o animal seria sacrificado.

"Art. 10. Fica proibida, a partir de 1.º de janeiro do ano seguinte ao da publicação desta Lei, a reprodução de cães da raça *pit bull*.

§ 1.º A medida do *caput* realizar-se-á mediante a esterilização dos machos desta raça.

§ 2.º A inobservância do previsto no *caput* e no § 1.º deste artigo sujeitará o proprietário do animal à pena de detenção de três meses a um ano."[11]

Então, do ponto de vista penal, a técnica legislativa proposta no *caput* do art. 7.º era similar ao que ocorre, no Código de Trânsito, quanto ao homicídio culposo, em que o legislador, em vez de descrever a conduta proibida, remete determinado comportamento a um tipo de delito já existente, no caso, o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP). Estabelecia-se uma espécie de perigo presumido, decorrente da simples violação a qualquer regra administrativa prevista para a criação, guarda e circulação de cães, o que, além de não primar pela melhor técnica, violava flagrantemente o princípio da legalidade, apreciado materialmente na perspectiva de seus corolários garantistas. A emenda proposta pelo Senador Gim Argello, relator na CCJ do Senado, era mais eloquente e preconizava o acréscimo do art. 259-A ao CP:

Criação de cão perigoso

"Art. 259-A. Criar, guardar ou circular com cão de guarda perigoso ou potencialmente perigoso, em desrespeito às normas legais:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) (*sic*), e multa."

O § 1.º do projeto previa, na versão original, uma causa especial de aumento de pena para o caso de crime de homicídio ou de lesões corporais praticados com a utilização do cão como instrumento de ataque. Previa o projeto, ademais, que a inobservância das regras de cuidado dispostas no art. 1.º da lei repercutiam, em caso de ataque canino não determinado dolosamente por seu possuidor, que o agente responderia, por crime de lesão corporal ou homicídio culposos, conforme o caso. Finalmente, o § 2.º do art. 10 criminalizava a inobservância da proibição de procriação e da determinação de esterilização de cães *pit bull*. Porém, ao cabo da legislatura em que foi apresentado, o projeto acabou sendo arquivado, não havendo, pois, lei federal que discipline a matéria.[12]

---

11. Na emenda apresentada pelo Senador Gim Argello, o parágrafo Segundo do art. 10 previa que "a inobservância do previsto no *caput* e no § 1.º deste artigo sujeitará o proprietário do animal à pena de detenção, de um a quatro anos".

12. A comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de n. 1.034, de 2011, do Senador José Sarney, com aprovação pelos Senadores da República em 10.08.2011, não tratou do tema, embora propondo a revogação da Lei de Contravenções Penais.

2.2 *A legislação do Estado de Minas Gerais*

Em Minas Gerais,[13] a Lei 16.301, de 07.08.2006, disciplina a criação de cães das raças *pit bull*, *dobermann*, *rottweiler*, respectivos mestiços e outras raças de porte físico e força semelhantes, segundo classificação da Federação Cinológica Internacional – FCI.[14]

O art. 4.º da lei proíbe, expressa e taxativamente, "a adoção, a procriação e a entrada de cães da raça pit bull no Estado" de Minas Gerais. Nos termos do art. 2.º, o proprietário do cão *pit bull* já existente nos limites territoriais do Estado, ou das outras raças cuja criação é permitida, é obrigado a registrar o animal com mais de cento e vinte dias de idade, mediante apresentação de documentação específica,[15] perante o Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, que é o órgão competente para a operacionalização do disposto na referida lei, nos termos do art. 12 da Lei Estadual Delegada 117, de 25.01.2007.

Os arts. 5.º e 6.º da Lei preveem:

"Art. 5.º O proprietário de cão das raças a que se refere o art. 1.º desta Lei fica obrigado a adotar as seguintes medidas de segurança:

I – colocar, no animal, coleira com o número do seu registro;

---

13. Temos, no Brasil, leis estaduais similares, por exemplo: (a) Lei 4.597, de 16.09.2005, do Rio de Janeiro; (b) Lei 14.204, de 26.11.2007, de Santa Catarina.

14. A Confederação Brasileira de Cinofilia (CBKC), com sede no Rio de Janeiro, é membro federado da *Fédération Cynologique Internationale* (FCI), com sede em Thuin, na Bélgica. A Federação Cinológica Internacional cataloga as raças em 10 grupos. O *American Pit Bull Terrier* não é reconhecido pela entidade internacional, razão pela qual a CBKC o incluiu num oficioso 11.º grupo, juntamente com outras raças criadas ou desenvolvidas no Brasil. Já o *Dobermann* e o *Rottweiler* compõem o 2.º grupo (Cães do Tipo *Pinscher, Schnauzer, Molossos* e Boiadeiros Suíços), juntamente com *Bernese Moutain Dog, Boxer*, Buldogue Inglês, *Bullmastif*, Cão da Serra da Estrela, Dogo Argentino, Dogue Alemão, Cão dos Pirineus, Dogue de Bordeaux, Fila Brasileiro, *Mastiff* Inglês, Mastim Napoletano, *Pinsher, Pinsher* Miniatura, São Bernardo Pelo Longo e Curto, *Schnauzer* Anão, *Schnauzer* Gigante, *Sharpei* e Terra-nova. Cf. [http://www.cbkc.org].

15. a) comprovante de vacinação do animal; (b) qualificação do vendedor e do proprietário do animal; (c) declaração da finalidade da criação do animal. Nos termos do art. 3.º, o descumprimento das normas de registro acarretará: I – a apreensão do animal; II – o pagamento, pelo proprietário, de multa de 500 Ufemgs (quinhentas Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais), que será cobrada em dobro na hipótese de reincidência. Diz ainda o § 1.º que será concedido ao proprietário de cão apreendido o prazo de 15 dias para adequar-se ao disposto no art. 2.º, após o qual o animal não procurado será encaminhado a entidade de ensino e pesquisa, para fins de estudo. As despesas decorrentes do cumprimento do disposto no art. 3.º, incluídas as decorrentes da apreensão, da guarda e da manutenção do cão, correrão à conta do proprietário do animal (§ 2.º).

II – manter o animal em área delimitada, com dimensões suficientes para o seu manejo seguro, guarnecida com cercas, muros ou grades que impeçam a fuga do animal e resguardem a circulação de transeuntes nas proximidades;

III – afixar, de forma visível, à entrada do imóvel onde é mantido o cão, placa de advertência que informe a raça, a periculosidade e o número do registro do animal;

IV – impedir o acesso do cão a caixas de correio, hidrômetros, caixas de leitura de consumo de energia elétrica e equipamentos congêneres."

"Art. 6.º Na condução em via pública e no transporte de cão das raças a que se refere o art. 1.º desta Lei, é obrigatória a utilização de equipamentos de contenção do animal."

No mais, o cão que agredir alguém será recolhido e examinado por médico veterinário, que emitirá parecer sobre a possibilidade de sua permanência no convívio social, podendo, eventualmente, ser eliminado por médico veterinário após sedação. Na hipótese do cão ferir alguém, fica o proprietário sujeito ao pagamento de multa de 1.000 (mil) Ufemgs, multa que se aplica em dobro caso a vítima comprove, por meio de laudo médico acompanhado de boletim de ocorrência ou representação, que houve lesão leve decorrente do ataque do cão; e no triplo em caso de lesão corporal grave.

Em observância ao art. 10 da lei, a matéria foi regulamentada pelo Dec.[16] 44.417, de 06.12.2006, publicado no Minas Gerais/Diário do Executivo de 07.12.2006, cujos arts. 9.º e 10 dispõem:

16. Nos termos do art. 1.º do Decreto, o proprietário do cão deve: (...) "II – colocar no animal coleira com o número do seu registro; III – manter o animal em área delimitada, com dimensões suficientes para o seu manejo seguro, guarnecida com cercas, muros ou grades que impeçam a fuga e resguardem a circulação de transeuntes nas proximidades; IV – afixar, de forma visível, à entrada do imóvel onde é mantido o cão, placa de advertência que informe a raça, a periculosidade e o número de registro do animal; V – impedir o acesso do cão aos locais destinados a caixas de correspondência, hidrômetros, caixas de leitura de consumo de energia elétrica e equipamentos congêneres; e VI – utilizar equipamentos de contenção, na condução em via pública e no transporte do animal, sobretudo aqueles que os impeçam de efetuar ataques e desferir mordidas". E, na sequência: "Art. 2.º O descumprimento de qualquer das disposições previstas no art. 1.º acarretará, nos termos do art. 3.º da Lei n. 16.301, de 7 de agosto de 2006, na apreensão do animal e na aplicação de multa de quinhentas Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais – 500 UFEMGs, duplicada em caso de reincidência.
§ 1.º A liberação do cão apreendido será efetuada somente após a quitação da multa e das despesas decorrentes da apreensão, guarda e manutenção do animal.
§ 2.º O animal não procurado no prazo de quinze dias, contados da data de sua apreensão, será encaminhado: I – às unidades penitenciárias estaduais caso exista disponibilidade em canil por elas administrado e haja conveniência e possibilidade de aproveitamento do cão para as funções por elas desempenhadas; II – a entidades de ensino e pesquisa, para fins de

estudo; e III – a instituição que providencie a eliminação do cão, caso seja inviável alguma das destinações anteriores, observado o disposto na legislação sanitária federal e estadual.
"Art. 3º O cão das raças de que trata este Decreto será imediatamente apreendido se atacar alguém, sendo encaminhado a médico veterinário que, às expensas do proprietário, emitirá laudo acerca da possibilidade de permanência do animal no convívio social, tendo em vista seu grau de agressividade.
§ 1.º Caso o parecer do médico veterinário conclua pela impossibilidade de manutenção do cão no convívio social, este efetuará, após sedação e às expensas do proprietário, a eliminação do animal, comunicando o fato à entidade responsável pelo seu registro.
§ 2.º Caso o animal não tenha registro, a comunicação será feita à Secretaria de Estado de Defesa Social – Seds, ou a entidade por ela indicada.
§ 3.º Na hipótese do proprietário do animal apresentar resistência ao procedimento previsto neste artigo, este será realizado por médico veterinário de entidade conveniada para esse fim."
"Art. 4.º Ocorrendo ataque a pessoa por cão de que trata o presente Decreto, ficará o seu proprietário sujeito ao pagamento de multa de mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais – 1.000 UFEMGs, dobrada em caso de comprovada lesão corporal e triplicada em caso de lesão corporal de natureza grave.
Parágrafo único. A multa cominada no caput será imposta sem prejuízo das sanções civis e criminais a que se sujeita o proprietário."
"Art. 5.º É proibida a adoção, procriação e entrada de cães pit bull no Estado, sujeitando-se os estabelecimentos infratores à cassação de alvará de funcionamento, nos termos da legislação aplicável.
Parágrafo único. A Seds e as entidades com ela conveniadas, para os fins deste Decreto, informarão imediatamente às autoridades competentes acerca de estabelecimentos que violem ou contribuam para a violação do disposto no *caput*."
"Art. 6.º A quitação das multas e despesas impostas aos proprietários de cães, nos termos da Lei n. 16.301, de 2006, e deste Decreto será efetuada exclusivamente mediante Documento de Arrecadação Estadual – DAE.
§ 1.º As multas impostas nos termos da Lei n. 16.301, de 2006, constituem dívida ativa não tributária do responsável perante o Estado de Minas Gerais, para todos os fins legais.
§ 2.º Na hipótese de ser firmado convênio para a execução do disposto neste Decreto, os recursos auferidos com a aplicação e cobrança das multas poderão ser repassados a entidade conveniada."
"Art. 7.º Para operacionalização do disposto no presente Decreto a Seds fica autorizada a firmar convênios com municípios, associações de criadores de cães constituídas há pelo menos cinco anos, e outras instituições cujas atividades sejam compatíveis com o objeto regulamentado, atendendo às peculiaridades locais.
Parágrafo único. A Seds buscará também firmar convênios com o Conselho Regional de Medicina Veterinária, no intuito de obter subsídios técnicos para o cumprimento das disposições legais."
"Art. 8.º Compete à entidade conveniada a atuação, em conjunto com a Seds, no sentido de dar efetivo cumprimento às disposições legais, competindo-lhes, em especial: I – efetuar o registro dos cães das raças previstas no *caput* do art. 1.º deste Decreto, observados o disposto no art. 2.º da Lei n. 16.301, de 2006; II – fiscalizar o registro e apreender os animais que estiverem em situação irregular, bem como aplicar as penalidades cabíveis,

"Art. 9.º Qualquer pessoa poderá solicitar concurso policial, quando verificada a condução de cães em desacordo com as regras estabelecidas na Lei n. 16.301, de 2006, neste Decreto ou, ainda, quando verificada a ocorrência de omissão de cautela na guarda ou condução de animais, nos termos do art. 31 da Lei de Contravenções Penais – Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.

Parágrafo único. A autoridade policial deverá, verificada a conduta do agente, comunicar o fato ao órgão responsável pela vigilância sanitária para lavratura de auto de infração, se for o caso, providenciando, ainda, a condução do infrator à Delegacia de Polícia para lavratura de termo circunstanciado noticiando a omissão de cautela na guarda ou condução de animais, dando início ao procedimento respectivo, de acordo com a Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, além de outros delitos que eventualmente se configurem."

"Art. 10. O Corpo de Bombeiros Militar, a Polícia Militar e a Polícia Civil atuarão subsidiariamente, em parceria com a SEDS, para a operacionalização do disposto na Lei n. 16.301, de 2006, e neste Decreto."

Na visão do legislador mineiro, está claro que a simples guarda negligente ou a condução do animal, na via pública, sem os utensílios de contenção (especialmente

---

conforme dispuser o convênio; III – auxiliar as autoridades em ações preventivas e repressivas para impedir a adoção, procriação e entrada de cães da raça pit bull no Estado de Minas Gerais; IV – encaminhar para as entidades constantes do § 2.º do art. 2.º deste Decreto os animais apreendidos, cuja situação não tenha sido regularizada no prazo de quinze dias; V – recolher e encaminhar para médico veterinário os cães das raças de que trata este Decreto, caso ataquem alguém ou coloquem um risco a incolumidade de pessoa; VI – requerer, no prazo de dez dias, parecer do veterinário responsável informando sobre a possibilidade de permanência do cão no convívio social; VII – determinar que o veterinário responsável proceda à eliminação do cão, quando o parecer apontar a impossibilidade da permanência do animal no convívio social.

Parágrafo único. A Seds manterá cadastro centralizado das informações colhidas pelos entes conveniados, o qual poderá ser acessado por quaisquer autoridades administrativas competentes, no sentido de verificar os antecedentes e a reincidência da conduta. (...)"

"Art. 11. A Seds instituirá o 'Disque Cão', serviço de discagem direta gratuita destinado a receber denúncias de infração ao disposto na Lei n. 16.301, de 2006, e neste Decreto.

Parágrafo único. O 'Disque Cão' também poderá ser instituído por meio de convênios com municípios, órgãos e entidades, se assim ditar a conveniência administrativa."

"Art. 12. A Seds conduzirá, em parceria com os municípios e entidades conveniadas, campanha publicitária educativa tendente a informar os proprietários de cães acerca das medidas necessárias à regularização dos animais e das sanções cabíveis em caso de descumprimento ao disposto na Lei n. 16.301, de 2006, e neste Decreto."

"Art. 13. Fica o Secretário de Estado de Defesa Social autorizado a editar normas complementares necessárias à execução deste Decreto."

"Art. 14. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 6 de dezembro de 2006; 218.º da Inconfidência Mineira e 185.º da Independência do Brasil. Aécio Neves. Governador do Estado."

coleira e focinheira), configura a contravenção do art. 31 da LCP, razão por que a atribuição para providência em situação de flagrante é da Polícia Militar que, acionada, pode solicitar o concurso (atribuição subsidiária) do Corpo de Bombeiros, para eventual auxílio na apreensão do animal, evitando seu abate pela Polícia em caso de resistência do criador.

Não obstante a proibição de procriação, simples consulta na internet autoriza concluir que não há fiscalização efetiva para cumprimento da lei, sendo relativamente fácil encontrar e negociar a compra de filhotes.

3. CONTRAVENÇÃO SUBSIDIÁRIA E CRIME CULPOSO DE RESULTADO: CONDUTA OMISSIVA, OMISSÃO DE CAUTELA OU NEGLIGÊNCIA?

A teoria geral do crime é desenvolvida, tradicionalmente, na perspectiva dos crimes dolosos de resultado, de ação positiva, ocupando, tanto a teoria da omissão quanto a do crime culposo, espaços paralelos, normalmente a partir da adaptação dos enunciados gerais às suas peculiaridades. A par das divergências doutrinárias sobre o tema, coincide a constatação de que os crimes podem ser praticados também por ação negativa e por ação comissiva-omissiva. De uma forma geral, a conduta humana pode ser vista no plano positivo (ação) ou negativo (omissão).[17] Assim, teremos crimes: (a) *comissivos* – praticados mediante um "fazer", um atuar positivo; (b) *omissivos* – praticados mediante um "não fazer"; (c) conduta mista – praticados mediante uma ação inicial e uma omissão final (exemplo: apropriação de coisa achada – art. 169, II, CP). No magistério de Muñoz Conde,

"a conduta humana, base de toda a relação jurídico-penal, manifesta-se no mundo exterior tanto em atos positivos como em omissões. (...) Sobre ambas realidades ontológicas constrói-se o conceito de delito, com a adição dos elementos fundamentais que o caracterizam. Por isso, antes de estudar estes elementos, convém analisar previamente o conceito de ação ou omissão, cada um de por si. A ação e a omissão cumprem, portanto, a função de elementos básicos da teoria do delito. Algumas vezes emprega-se o termo 'ação', incluindo aí também a 'omissão' (ação criminal, ação punível), mas esta não é mais do que forma imprecisa de linguagem, sem maior transcendência científica."[18]

---

17. Os crimes omissivos próprios, que se consumam com a própria conduta omissiva, não admitem a tentativa. Os omissivos impróprios (comissivos por omissão) admitem, em tese, a modalidade tentada, em que pese a dificuldade pragmática de estabelecer a efetivação completa dos atos executórios para ensejo do reconhecimento do arrependimento eficaz e da desistência voluntária.

18. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. p. 11.

Em referência à questão, Juarez Tavarez registra que é comum, na doutrina penal, incluir-se teoricamente na ação a omissão, o que somente procede como forma sintética de expressão.[19]

Quanto aos resultados oriundos de conduta negligente, convém apontar, desde já, que o critério da *previsibilidade* não é autossuficiente, mas "apenas um meio de delimitação da responsabilidade, não tem existência autônoma e só vale na medida em que seja incorporado ao injusto e à culpabilidade do fato culposo".[20]

Nos delitos de infração de dever,[21] é comum existir dúvida sobre a natureza da conduta, se positiva ou negativa, isto é, se se trata de crime comissivo ou omissivo. Como se estrutura o dolo na omissão? Como definir se um crime culposo é comissivo ou omissivo? Qual o critério definidor?

Dentre os delitos omissivos, temos aqueles que se consumam com a simples omissão (*omissivos próprios*, exemplo: art. 269 do CP); e aqueles que, para a consumação, exigem um resultado, mas sendo praticados por omissão (*omissivos impróprios* ou *impuros*). São os que derivam de um dever jurídico especial de agir (art. 13, § 2.º, *a*, *b* e *c*, do CP). São também chamados *comissivos por omissão*. A identificação de determinada conduta como omissiva ou comissiva nem sempre é questão de fácil solução, como aparentemente se apresenta. Para tanto, alguns critérios são apresentados, em sede doutrinária.[22] O primeiro e decorrência natural da apreensão lógica do comportamento, é o da *energia*, segundo o qual um crime é comissivo quando o sujeito desprende energia corporal para realizá-lo; é omissivo quando não há desprendimento de energia. Já pelo critério da *causalidade*, um crime é comissivo quando o sujeito, para cometê-lo, desenvolve um processo causal; é omissivo quando a pessoa não o desenvolve. Enfim, pelo critério do *ponto de gravidade da conduta*, para verificar se o crime é comissivo ou omissivo, é preciso compreender o sentido que a ordem social imprime à conduta. Quando a ordem social exige do autor um *fazer*, se ele não atua, omite-se. O parâmetro para definição não é o legal, mas valorativo. O possuidor de um cão, por exemplo, que solta o cão da coleira em via pública pratica conduta omissiva, não obstante aparente atuação positiva, pois, nesse caso, a ordem social imprime-lhe a obrigação de manter o cão preso à guia de seu condutor: se ele *não faz* o que é exigido, o comportamento é omissivo, embora derivado de um atuar positivo, dando lugar, em caso de resultado lesivo, a um crime *omissivo por comissão*. Esse é um critério axiológico, enquanto os dois anteriores são, sob um certo ponto de vista, objetivos.

---

19. TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. p. 12.

20. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. p. 25.

21. Delitos de infração de dever são os omissivos (próprios ou impróprios) e os culposos (em que se descumpre um dever genérico de cuidado objetivo).

22. TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. p. 43-49.

A simples notícia desses critérios e a divergência de tratamento que podem gerar evidenciam a dificuldade teórica e metodológica que a dicotomia crimes omissivos próprios *versus* crimes omissivos impróprios encerra, ocupando a "relevância da omissão" espaço tão problemático quanto relevante, na sequência do que ocorre, também, com a "teoria do crime culposo" – e na conexão que esta (culpa) guarda com aquela (omissão).

O art. 13, § 2.°, do CP, estabelece que "a omissão é penalmente relevante quando o omitente *devia* e *podia* agir para evitar o resultado". A possibilidade de atuação deve ser analisada pelo juiz em cada caso concreto. O dever de agir é atribuído, pela própria lei, a quem: (a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*;[23] (b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*; refere-se ao dever daquele que, por contrato ou declaração unilateral de vontade, coloca-se na posição de garantidor, por qualquer instrumento que não seja a própria lei;[24] (c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*;[25] visando a lei, neste caso, a situação daquele que cria um risco juridicamente desaprovado.

A questão que ressai fundamental da interpretação da contravenção do art. 31, projetando-se seu confronto com a hipótese em que, para além do perigo, decorre lesão concreta da saúde corporal ou vida de outrem, é que os critérios de definição da conduta

23. É o caso do dever de cuidado, proteção e vigilância, dos pais em relação aos filhos de tenra idade; do policial em relação aos transeuntes que circulam próximos ao cão de guarda empregado no policiamento; dos bombeiros em relação aos cidadãos vítimas (potenciais ou reais) de ataque de cães.

24. É o caso do adestrador contratado para o treinamento do cão; do guarda-costas etc. O médico, contratado pelo hospital, ao deixar de evitar o resultado morte, se estiver enquadrado no dever legal (art. 13, § 2.°, a), deixando de socorrer pessoa em perigo, fora do serviço, responderia pelo resultado morte; se se entender, ao contrário, que possui dever contratual (art. 13, § 2.°, b), deixando se prestar socorro, fora do serviço, responderia por omissão de socorro qualificada pelo resultado morte.

25. A intenção do legislador, ao inserir tal dispositivo na reforma penal de 1984, foi enquadrar aquele que se põe na posição de garantidor, sem que o faça pelo contrato ou declaração unilateral de vontade. Ocorre que a redação não foi das melhores. Verifiquemos a situação do condutor de um cão que, alcoolizado, resolve passear com o animal, no trajeto de volta do bar onde bebia, sem a guia de contenção, vindo o cachorro a atacar uma criança, com mordidas no pescoço. O condutor não percebe que a vítima não morreu e deixa de prestar socorro. Se a vítima morre em virtude dos ferimentos, responde o condutor do cão por homicídio culposo qualificado pela omissão de socorro (art. 121, §§ 3.° e 4.°, do CP). Poder-se-ia, numa primeira leitura do art. 13, § 2 .°, c, dizer que o motorista responderia por homicídio doloso (comissivo por omissão) por criar, com seu comportamento anterior, o risco do resultado morte. Acontece que, quando a conduta anterior já se enquadra na lei penal, não se aplica a letra c. A leitura que se faz, portanto, é a relevância da omissão em relação "ao comportamento anterior atípico que cria o risco da ocorrência do resultado". Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal.

comissiva ou omissiva cedem lugar à análise da previsibilidade e do dever de cuidado. Isso porque, no caso da contravenção, o que está tipificado é a própria omissão de cautela, numa técnica de antecipação da "incriminação" com inegável viés preventivo e, como tal, implicitamente subsidiário em relação à hipótese do crime culposo de dano.

Aqui, a questão da omissão, nos modelos típicos omissivos descritos na previsão da contravenção, terá lugar quando se tratar de ocorrência do resultado, em que se pode falar, com maior propriedade, na relevância da omissão para fins de responsabilização do destinatário do dever de impedi-lo (por dever de cautela), em função da obrigação que decorre da deliberada criação e guarda do animal. Isso, como se disse, é próprio do crime culposo de resultado e indiferente na contravenção que tipifica a mera infração de dever, porque aqui (na contravenção) o resultado jurídico (não naturalístico) coincide com a própria ação ou omissão descuidada, que se legitima se (e na medida que) não interferir na esfera dos direitos fundamentais diretamente, em proteção de direitos fundamentais das demais pessoas que compartilham, especialmente, o meio ambiente urbano. Logo, na contravenção, a questão da causalidade e da identificação do comportamento como positivo ou negativo (ação ou omissão) ficam relegados a segundo plano.

3.1 Tipificação contravencional da omissão de cautela

Com efeito, muitos são os termos utilizados para a designação do fato relevante para o Direito Penal: *infração*, *delito*, *contravenção*, *crime*. O termo "infração" é o mais genérico, indicando a violação do comando jurídico-penal, abrangendo o "crime" (ou "delito") e a "contravenção". Entre nós, não há razão para distinção entre *delito* e *crime*, tomados como sinônimos e reservando-se *contravenção* para infrações de menor gravidade previstas em lei especial, de acordo com o critério legislativo de valoração.[26] Crime e contravenção não são, pois, institutos que se possam distinguir ontológica,[27] senão axiologicamente, de acordo com a menção do legislador quanto ao grau de reprovação da conduta, realizado *ex ante*.

---

26. Sobre as contravenções penais, Ariel Dotti diz que, "além de uma *lei fundamental* dispondo sobre as contravenções penais, i.e., o Dec.-lei 3.688, de 03.10.1941, o sistema contém variados diplomas especiais regulando essa modalidade de infração penal", sendo "diversificados os interesses protegidos: fé pública, símbolos nacionais, igualdade racial etc. A legislação atinente às contravenções penais é também fragmentária e comprometedora de uma eficaz aplicação do sistema penal. Diante da impossibilidade em se promover uma descriminalização radical nesse domínio, mesmo porque se advoga muito atualmente a necessidade de uma *direito administrativo penal* como meio de prevenção dos ilícitos mais graves, é fundamental reduzir o elenco dessas infrações ao mínimo razoável" (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal. Parte geral*. p. 14).

27. Ariel Dotti também frisa que "o pensamento clássico em matéria penal não admite diferença ontológica entre crime (ou delito) e contravenção. Reconhecendo as

Sabido que crime e contravenção, em essência, não se distinguem. Porém, o elemento característico de ambas categorias, em contraposição às infrações de natureza administrativa, é a pena cominada em abstrato no preceito secundário da norma incriminadora ou contravencional.

Mesmo a reforma penal de 1984 não alterou esse paradigma. O item 40 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do CP salienta que o projeto levado a cabo com a Lei 7.209/1984 adota as penas restritivas de direito como *substitutivas* da pena privativa de liberdade, como se vê no caput do art. 44 do CP. Essa situação não foi alterada com a edição da Lei 9.714/1998, que apenas ampliou o elenco das penas substitutivas e as hipóteses de sua aplicação na sentença, sempre após a fixação da pena privativa de liberdade *in concreto*.[28]

No que interessa ao tema em estudo, a lei de contravenções penais, em seu art. 31, dispõe:

"Omissão de cautela na guarda ou condução de animais

Art. 31. Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardar com a devida cautela animal perigoso:

Pena – prisão simples, de 10 (dez) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

a) (...);

b) excita ou irrita animal, expondo a perigo a segurança alheia;

c) conduz animal, na via pública, pondo em perigo a segurança alheia."

Damásio de Jesus, com apoio na Jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, aponta que o dispositivo tutela a incolumidade pública. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo: o proprietário do animal, alguém

---

insuperáveis dificuldades para demarcar as fronteiras entre tais terrenos de ilicitude, o legislador brasileiro foi pragmático (...). A distinção entre crime e contravenção, portanto, é puramente convencional, vale dizer, resulta da natureza da sanção aplicável a uma e a outra dessas infrações, como declara a LICP" (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal. Parte geral*. p. 297-298).

28. Enquanto a multa é prevista como pena substitutiva para o crime, o art. 5.º da LCP (Dec.-lei 3.688/1941) a reconhece como pena principal, sendo a sanção principal cominada às contravenções dos arts. 20, 22, *caput* e § 1.º, 29, 30, 32 (revogado), 37, 38, 43, 44, 46, 49, 50 § 2.º, 57, 61, 66 e 68 *caput* do referido diploma normativo. Evidente que a conversão da pena de multa em prisão simples em caso de inadimplemento, outrora admitida pelo art. 9.º da LCP, resta impossibilitada diante da redação conferida ao art. 51 do CP pela Lei 9.268/1996. Não obstante a clareza do dispositivo da lei de introdução ao Código Penal, o STF, em recente julgado, entendeu que a infração penal prevista no art. 28 da Lei de Drogas configura crime, não obstante a cominação, em abstrato, de pena diversa das modalidades de privação de liberdade previstas para os crimes (reclusão e detenção).

a quem ele é confiado ou terceiro que possua a incumbência de evitar que cause dano a outrem. Sujeito passivo é a coletividade; secundariamente, as pessoas vítimas de perigo de dano (parágrafo único, *b*). A conduta típica consiste em deixar o animal em liberdade, abandonando-o, ou soltá-lo sem a devida cautela, permitindo a ocorrência de risco pessoal a terceiro. "Deixar em liberdade" significa permitir que o animal esteja livre em lugar público. Na figura descrita no *caput*, cuida-se de infração de perigo abstrato, não sendo necessário que o animal venha a causar dano a terceiro, bastando sua potencialidade lesiva. Animal perigoso é o que pode causar dano a terceiro, seja ou não feroz. O "cão de guarda", ainda que adestrado, é educado para a agressão. Note-se, na hipótese da alínea *c*, que a periculosidade é aferida pela forma da condução do animal na via pública, pouco importando o seu caráter ou temperamento particular, no ambiente doméstico em que está inserido.[29]

A rubrica do delito não indica, necessariamente, a previsão de uma infração omissiva ("omissão de cautela"). Ora, "omissão de cautela" nos parece o mesmo que "descumprimento do dever de cuidado", elemento característico da culpa; ou seja, a nomenclatura da rubrica seria indiciária da admissibilidade da responsabilidade penal por culpa em qualquer das hipóteses. O *caput* do art. 31 pode ser desdobrado em três figuras típicas, cumulativas: (a) "Deixar em liberdade" animal perigoso; (b) confiar animal perigoso à guarda de pessoa inexperiente; (c) não guardar com a devida cautela animal perigoso. As figuras das letras "a" e "b" supra (todas do *caput*), se interpretadas sem referência com o *nomen juris*, parecem indicar condutas dolosas, ao contrário da letra "c", que prevê expressamente a "cautela" na guarda do animal.

Já no parágrafo único, temos: (a) excitar ou irritar animal, expondo a perigo a segurança alheia; (b) conduzir animal, na via pública, pondo em perigo a segurança alheia. Em ambas figuras típicas a lei exige a exposição a perigo, o que indicaria, a princípio, que se trata de condutas dolosas,[30] salvo se se invocar a complementação da norma com a rubrica marginal, a teor do art. 3.º da LCP, como se verá adiante.

Apresentam-se, pois, dificuldades dogmáticas de duas ordens. A primeira se refere à identificação do dolo ou da culpa. A segunda evidencia a dificuldade em estabelecer-se ou identificar-se a conduta como omissiva ou comissiva. A primeira se resolve pelo art. 3.º da lei de contravenções, segundo o qual "para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico". Na lição precisa de Damásio de Jesus:

"A disposição foi elaborada ao tempo em que nossa legislação penal adotava a teoria psicológico-normativa, em que o dolo e a culpa consistiam em formas de

29. JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das Contravenções Penais anotada*. p. 98-100.

30. Idem, p. 100.

culpabilidade (...). Por isso, fazia distinção entre *vontade* ou *voluntariedade* e *dolo* e *culpa*. Voluntariedade é a simples vontade, despida de qualquer finalidade ou direção. Corresponde ao querer, prescindindo de que o comportamento seja dirigido a certo efeito. Difere do dolo e da culpa, em que a vontade, denominada *conteúdo da vontade*, é direcionada a determinada finalidade. Nos termos do dispositivo, a contravenção não exige dolo ou culpa, contentando-se com o simples querer (voluntariedade). Como diz a Exposição de Motivos da LCP, 'o elemento moral da contravenção é a simples voluntariedade da ação ou omissão, i. e., para o reconhecimento do fato contravencional prescinde-se de dolo ou culpa' (n. 1) (...)

Hoje, entretanto, adotada a teoria finalista da ação e vedada a responsabilidade objetiva pela reforma penal de 1984, o disposto na última parte do art. 3.º, em que se diz prescindir a contravenção de dolo e culpa, salvo casos excepcionais, está superado: *a contravenção*, assim como o crime, *exige dolo ou culpa, conforme a descrição típica*. O dolo se apresenta como elemento subjetivo implícito no tipo; a culpa, como elemento normativo. Ausentes, o fato é atípico. Podem ser extraídos dois princípios da redação original do art. 3.º:

1.º as contravenções, em regra, prescindem de dolo e culpa;

2.º *a admissão da modalidade culposa, nas contravenções, é diferente do sistema do CP*. Neste, a culpa deve ser expressa (art. 18, parágrafo único). Nas hipóteses em que a infração é culposa, a LCP não emprega expressões usuais do CP, como "se o crime é culposo", "no caso de culpa" etc. A existência da modalidade culposa, nas contravenções, decorre da própria descrição legal do fato. Exemplos: (...); 'não guardar com a devida cautela animal perigoso' (art. 31, *caput*). (...) O tipo culposo decorre da própria natureza do fato definido na norma. É necessário, entretanto, que a lei contravencional contenha referência à modalidade culposa, empregando termos indicativos da ausência de cuidado na realização da conduta. Ausentes, significa que a contravenção só admite dolo, sendo atípico o fato culposo. (...)

Em suma: o primeiro princípio, como ficou consignado, está superado. Subsiste, entretanto, o segundo, uma vez que a LCP, ao contrário do CP (art. 18, parágrafo único), não exige que a culpa seja expressa com os termos usuais. Dispondo a LCP de forma diversa, prevalece sobre a regra do CP (CP, art. 12; LCP, art. 1.º)."[31] (G. N.).

A segunda se relaciona à discussão de ser, o crime culposo, uma espécie de crime omissivo. Com efeito, as infrações culposas tem essência omissiva, daí porque seria mais apropriado nominá-la "negligência", reservando-se o termo "culpa" para a censura (culpabilidade).[32]

---

31. JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das Contravenções Penais anotada*. p. 24-25, g. n..

32. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, nota prévia à terceira edição. p. xvii.

3.2 O problema da regulamentação frente a inobservância da norma de cuidado

O dever de cuidado tem características exclusivamente normativas e se impõe a todos os que vivem em sociedade e desenvolvem atividades que acarretem lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos alheios, ainda que realizadas com vistas a um objetivo lícito, vale dizer, sem direcionar-se a um tipo de delito. Conforme adverte Tavares:

"Apesar de a moderna teoria da imputação objetiva haver caracterizado o tipo dos delitos culposos em razão da violação do risco autorizado e não da norma de cuidado, nada obsta a que se estabeleçam (...) parâmetros relativos à infração do dever de cuidado, que servem de etapas necessárias aos fundamentos da própria imputação. Inclusive, esta separação entre a análise da infração à norma de cuidado e os critérios de imputação é absolutamente necessária em face dos delitos culposos de mera atividade, que se apresentam cada vez mais frequentes na legislação penal e nos quais seria inaplicável a limitação da causalidade, porquanto inexistiria a referência material (o resultado) para torná-la efetiva."[33]

Essa distinção se revela fundamental para compreensão das funções desempenhadas pela tipificação contravencional do art. 31, em cotejo com as normas administrativas analisadas no âmbito do Estado de Minas Gerais, que, indiretamente, acabam explicitando regras de cuidado extraídas da experiência, fornecendo ao julgador referência mais sólida e objetiva. Isso se dá porque o tipo de injusto se refere, normativamente, à "devida cautela" na guarda de animal perigoso, bem como à condução do animal na via pública que põe "em perigo a segurança alheia". Logo, é de se indagar: qual é a cautela devida na guarda do animal? Que circunstâncias da condução do animal na via pública põem em perigo a segurança alheia? Essas questões subjazem à norma penal propriamente dita, pois não são extraídas do comando normativo, senão se referem, especificamente, à norma de cuidado. Nesse sentido, não se pode negar validade às diretrizes da legislação estadual, que, além de oferecer um rol de cães potencialmente perigosos, estabelece para o seu proprietário o dever de adotar certas medidas de segurança, como colocar coleira, mantê-lo em área delimitada, com dimensões suficientes para o seu manejo seguro, guarnecida com cercas, muros ou grades que impeçam sua fuga e resguardem a circulação de transeuntes nas proximidades, afixando, de forma visível, à entrada do imóvel onde é mantido, placa de advertência que informe a raça e a periculosidade do animal, de forma, ainda, a impedir o acesso do cão a caixas de correio, hidrômetros, caixas de leitura de consumo de energia elétrica e equipamentos congêneres. E, por fim, na condução em via pública e no transporte de cão dessas raças, obriga o proprietário a utilizar equipamentos de contenção (coleira com guia e focinheira).

33. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. p. 298-299.

O dever de cuidado pode ser desdobrado em duas frentes: (a) dever de reconhecimento do perigo (cuidado interno); (b) dever de se abster da ação perigosa ou somente efetuá-la sob cautela (cuidado externo). Antes de apreciá-los, ainda que superficialmente, convém tecer alguma consideração sobre a função que os regulamentos desempenham em relação ao tipo de injusto, sobretudo quanto aos crimes culposos e, ainda de maneira mais específica, em função do *fim de proteção da norma*:

"Ao chegar-se à medida do cuidado e sua extensão, ressalta a questão da influência, na configuração do tipo de delito culposo, da infração às normas do trânsito ou técnicas de profissão e regulamentos de certas atividades.

(...) Pode-se, em princípio, afirmar que tais normas constituem, na verdade, preceitos diretivos, preliminares da norma penal. Devido à predestinação desses preceitos à norma penal, viável será inclui-los no chamado direito de ordem pública, parte do direito administrativo que engloba regras de conduta social, cujos destinatários são ou a coletividade em geral ou certas pessoas que se dedicam a uma atividade particular (...).

(...) Aqui, o que se pretende saber é se, infringindo um regulamento diretivo ou uma regra técnica de profissão, arte ou ofício, se pode automaticamente pressupor a lesão ao dever de cuidado e, portanto, conduzir ao preenchimento do tipo de injusto penal culposo. Do mesmo modo se, atendidas inteiramente essas normas, se tem como inadequado o processo causal e, por conseguinte, irrelevante para fins de realização desse tipo de injusto culposo, tendo em vista não se caracterizar qualquer lesão ao dever de cuidado.

(...) É perfeitamente possível que um motorista, por exemplo, conduza em excesso de velocidade e, ainda assim, não tenha infringido a norma de cuidado em face das circunstâncias concretas do caso. Uma vez que a norma de cuidado só tem relevância na medida em que se relacione à conduta concreta, porque só a partir daí é que se pode dizer que efetivamente essa conduta estará relacionada à norma proibitiva, a infração às regras de trânsito, por exemplo, não é suficiente por si mesma para configurar uma conduta descuidada (e, muito menos, dolosa). (...) A infração à norma regulamentar constitui apenas indício da lesão ao dever de cuidado, imposto pela norma penal."[34]

Tornando à questão correlata do dever de cuidado, como ensina Tavares, a primeira consequência do *reconhecimento do perigo* deve ser, como regra, a *abstenção da conduta perigosa*. Esse dever exige que o agente se abstenha da atividade se não possuir condições efetivas de evitar o perigo. A segunda consequência é a execução da ação, por quem tem aptidão, *tomando-se as devidas precauções para não ultrapassar os limites do risco autorizado* (atividades de risco permitido). Note-se que, nesse

34. Idem, p. 307-311.

aspecto, a cautela deve ser exigida de maneira irrestrita, pois a criação de certas raças, para além de constituírem atividade perigosa, apresentam-se com discutível utilidade social, o que confere, no julgamento de casos concretos, especial primazia ao *princípio da precaução*. A terceira consequência é o *dever de atenção, controle e guarda*, em que prevalece a orientação de Jescheck, no sentido de que quanto maior valor social significar a atividade perigosa, menor será o perigo que se deve esperar de sua execução. A quarta e última, é o *dever de prévia informação e preparação*, que, ao lado do dever de reconhecimento do perigo, indica que determinadas atividades só devem ser autorizadas a pessoas que demonstrem, previamente, estar informadas e habilitadas para seu exercício.[35]

Esses critérios, que iluminam a aferição sistematizada da culpa no processo de imputação, conferindo contornos materiais válidos, do ponto de vista normativo, às tradicionais categorias da negligência, imprudência e imperícia, sinalizam no sentido de que a atividade de criação, guarda e manejo de cães potencialmente perigosos, pelo reduzido valor social que representam, estão mais próximos da regulamentação do registro e porte de armas de fogo do que para as regras de circulação e tráfego de veículos automotores. Como consequência, no nível da Hermenêutica, devem ser mais rígidas as exigências para a (in)tolerância do risco que as respectivas atividades representam, para fins de responsabilização do ser humano que exerce a atividade de maneira voluntária, devendo manter-se em pleno controle do comportamento do animal que detém.

Deve-se observar, ainda, que a relação que as normas e regulamentos técnicos (estaduais, de *lege lata*; federais, de *lege ferenda*) guardam com a contravenção (em nível e em qualidade, pela sua essência transitória entre "direito administrativo/direito penal") é diferente da que mantêm com o crime culposo. A diferença se explica porque a contravenção materializa, para o campo penal, a própria regra de cuidado peculiar à norma técnica, utilizando-se os instrumentos de persecução (polícia e jurisdição) penal como estratégia de tutela preventiva mais eficiente, reconhecendo-se, no caso, a maior probabilidade de dano (pelo potencial perigo) e a insuficiência dos órgãos oficiais de fiscalização administrativa.

3.2.1 Complementação da norma contravencional por legislação estadual

Embora as figuras infracionais envolvidas na espécie sejam, essencialmente, tanto em elementares típicas da contravenção como na própria natureza do crime culposo correspondente, normativas, demandando complementação por elementos culturais, extraídos ou não de outras regras de direito positivo, não se pode afirmar, com isso, que a legislação estadual complemente o tipo de injusto,

35. Idem, p. 298-307.

ao menos no plano da tipicidade. A admissão do contrário esbarraria na competência legislativa constitucional em matéria penal, restrita à União. Pode-se até admitir que o legislador federal, desde que *expressamente* em determinada figura delitiva, sem prejuízo da determinação da incriminação (taxatividade), remeta sua complementação (norma penal em branco heterogênea), ou seja, remeta parcela secundária da figura típica, ao legislador estadual, quando se tratar de matéria administrativa essencialmente conferida pelo constituinte originário aos Estados-membros da Federação, como poderia acontecer, por exemplo, em crimes ambientais cuja violação de normas administrativas fossem sancionadas pelo Direito Penal, como razão de preservar a obediência a interesses regionais próprios do ente federado.

Nem por isso se pode negar valor, em termos hermenêuticos, às normas administrativas estabelecidas para a criação, guarda e condução de cães, não no sentido de complementação direta da figura típica,[36] mas do fornecimento de critérios objetivos para a complementação normativa que é dirigida pela lei ao julgador, como elementos iniciais de formação do convencimento e demonstração instrumental da culpa para transparência e legitimidade da decisão.

O sentido preponderante das regras administrativas do Estado não é positivar ou viabilizar a punição na esfera penal, mas externar a exegese dos comandos legais em matéria penal no nível estadual, com a precípua função de orientar a atuação das forças de defesa social e segurança pública, contribuindo para a operacionalização racional de suas atribuições.

Sendo assim, o rol de raças previstas na legislação estadual funciona como mera exemplificação de cães potencialmente perigosos, quer pelo temperamento genérico ou pelo caráter específico de alguns exemplares, quer pela conformação morfológica (tamanho, peso, característica e força da embocadura etc.). Esse critério, válido no plano hermenêutico, portanto, pode ser também extraído das próprias regras dos órgãos de certificação de raças, como, no Brasil, a CBKC, que estabelece como critério de desqualificação a excessiva agressividade para algumas raças.

Daí porque não se faz necessário um critério biológico para determinação da raça, por laudo de médico veterinário, por exemplo, sendo suficiente o saber empírico a ser empreendido caso a caso, dado o dever de informação prévia a todos imposto quando da escolha de seu animal de estimação, em especial cães. Supera-se, também, a oposição que se faz pela dificuldade de se estabelecer as características de pureza que autorizem enquadrar determinado cão como da raça *pit bull*,[37] bem

36. Sobre a opinião divergente de Tavares, para quem o tipo culposo é fechado, e não aberto, v. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. p. 279-281.

37. HALE, Diane. Man bites dog with Ohio's vicious dog statute, p. 132-133.

como quanto às divergências morfológicas e temperamentais em comparação com outras raças.[38]

O *American Pit Bull Terrier* é enquadrado no grupo 11, entre as raças não reconhecidas pela FCI, de acordo com o site da Confederação Brasileira de Cinofilia. A respeito, embora apresentando-o como amigável cão de companhia, a CBKC registra que pelo fato de a maioria dos cães dessa raça apresentar certo nível de agressividade contra outros cães, bem como pelo fato de seu físico ser poderoso, a raça necessita de proprietários que os sociabilizem cuidadosamente e que os treinem para a obediência. A natural agilidade da raça torna-o um dos mais capazes escaladores e com frequência usa seus dentes para escalar uma cerca. Para fins de criação reconhecida, o "comportamento agressivo" é "extremamente indesejável", pois segundo a entidade o "comportamento agressivo para com o ser humano não é característico da raça". Já o United Kennel Club (UKC), primeiro a reconhecer a raça, registra que "apesar de algum nível de agressividade ser característico da raça", a entidade espera que, em suas competições, os apresentadores "cumpram a política (...) que visa o controle do temperamento dos cães", ou seja, a agressividade excessiva gera desqualificação.[39]

4. OMISSÃO DE CAUTELA, CULPA E RESULTADO

O Código Penal diz que se considera o crime culposo quando o resultado é produzido sem que o agente o tenha desejado ou assumido o risco de sua produção por *imperícia*, *imprudência* ou *negligência*. Tradicionalmente, costuma-se afirmar que o crime culposo se caracteriza pelo descumprimento do dever objetivo de cuidado, que resulta na produção previsível de um resultado proibido, tomando-se a figura do homem médio para se aferir a (im)prudência, a partir de um prognóstico objetivo de previsibilidade.

A respeito do crime culposo, a lição de Juarez Tavares é esclarecedora:

"O crime culposo decorre de um processo de imputação que tem por fundamento a realização de uma conduta que exceda os limites do risco autorizado e

38. De acordo com Elisa M. M. V. Lopes de Castro, Diretora administrativa da Confederação Brasileira de Cinofilia, "não existem raças com força física semelhante ao *Pit Bull*. *Pit Bulls* são cães únicos e sem similares entre os cães". E ainda: "2 – *Dobermanns* e *Rottweilers* são cães completamente diferentes do *Pit Bull*, por esta mesma razão a raça *Pit Bull* sequer é reconhecida pela FCI. Se houvesse semelhança entre tais raças não haveria sentido em não reconhecer a primeira. 3 – *Dobermanns*, *Rottweilers*, Pastor Alemão e Fila Brasileiro são raças igualmente diferentes entre si e sem comparação com *Pit Bulls*. Observe-se que são mundialmente utilizados em atividades policiais e de salvamento, demonstrando enorme versatilidade".

39. Disponível em: [www.cbkc.org/padroes/pdf/grupo11/americanpitbull.pdf].

se veja assinalada como penalmente relevante em um tipo de delito. Diz-se que o crime culposo é inferido de um processo de imputação porque, ao identificar como penalmente relevante uma determinada conduta e criar sua configuração típica como fato culposo, a ordem jurídica deve encarregar-se de definir também seus pressupostos, como forma de delimitar a atribuição de responsabilidade pela realização daquela conduta e de seus efeitos. Mas diferentemente do que postulava a doutrina majoritária até a primeira metade do século XX, o processo de imputação que dá lugar ao crime culposo possui conteúdo próprio, que o caracteriza, ao lado do crime doloso e do crime omissivo, como modalidade especial de delito. Assim, poder-se-ia também dizer que o crime culposo compõe uma forma especial de imputação, que a ordem jurídica, por meio de uma argumentação analítica com base na violação de uma norma de cuidado, assinala como relevante para definir sua atuação em face de certas condutas que tenham ingressado na zona do ilícito. A violação da norma de cuidado e o risco permitido (*sic*) constituem, portanto, elementos essenciais para a caracterização do crime culposo."[40]

Desde a perspectiva finalista, prepondera o desvalor da ação no crime culposo. Isso confere preponderância à infração da norma de cuidado em relação à previsibilidade.[41] Como pondera Jescheck, citado por Juarez Tavares:

"deve-se considerar (...) que uma vez que a conclusão caracterizante do delito culposo, ou da ação negligente, não é mais a finalidade omitida ou potencial, mas sim, a *forma* ou o *modo de execução da ação*, tal modo de ver não esgota o complexo de situações que pode comportar a atividade descuidada. Algumas vezes, não é o modo ou a forma de execução da ação que lhe irá identificar a contrariedade normativa, mas o próprio exercício da atividade."[42]

No processo de superação das dificuldades da doutrina finalista para enquadramento do crime culposo, a metodologia seguida pelos partidários da teoria social da ação procura, como ensina Juarez Tavares, estabelecer as tarefas de um conceito de ação com vistas a determinar os fundamentos necessários pelos quais a conduta humana se caracteriza como uma conduta punível:

"Essa resposta – assim entendem – não poderia ser obtida com o conceito de ação, mas por meio da interpretação do tipo de delito. A tarefa do conceito de ação se esgotaria na caracterização e delimitação do conteúdo do comportamento humano como âmbito setorial de um juízo prévio de imputação, situando-se, por isso mesmo, em bases sociovalorativas, antecedentemente aos conceitos jurídicos. Dessa forma, tornar-se-ia possível um conceito de ação desvinculado das categorias sistemáticas da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, o que se contrapõe à

40. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. p. 3.

41. Idem, p. 41, 45-47.

42. Idem, p. 74-75.

tese dos normativistas, que deduzem o dado 'valor' exclusivamente da estrutura legal do delito."[43]

Fundamentalmente, na teoria social da ação, a que aderimos com a incorporação de algum conteúdo político-constitucional que a aproxima de teorias de corte funcionalista,[44] notamos uma "diferenciação entre a *não observância do cuidado* objetivamente exigido e o *cuidado possível* do autor"; aquela atrelada à ilicitude (tipo de injusto), este à culpabilidade. O fato negligente é forma especial de delito e não forma ou espécie de culpabilidade. Logo, ao aprofundar o estudo da estrutura do crime culposo no âmbito da culpabilidade, como aduz Tavares, comentando Jescheck, "a teoria social da ação supera o finalismo e repercute a principal vertente teórica para explicação da negligência",[45] em que a reprovabilidade da ação típica e ilícita se dá com base no ânimo adverso ao direito.[46]

Ao lado da previsibilidade do resultado, defende-se, desde K. Engish, a ideia de violação do dever objetivo de cuidado como critério de identificação da culpa, em qualquer de suas modalidades. Esse critério preponderou até a retomada da teoria da imputação, a cargo de Roxin, com o conceito de criação do risco proibido.

4.1 O problema da imputação

O crime culposo tem essência omissiva, caracterizando-se a ação típica culposa como uma conduta voluntária, dirigida pela vontade, e descuidada. A conduta culposa não é representada por outra coisa senão pela omissão de cuidado, não observância da exigência normativa de cautela. Vê-se, pois, que a omissão de cautela na guarda ou condução de animais, tipificada como contravenção penal, é a mera violação da norma de determinação. O crime culposo de resultado, por seu turno, exige a lesão a um bem jurídico, como decorrência dessa violação. Esse, segundo Juarez Tavares, o "fundamento característico da responsabilidade pelo crime culposo". Daí porque os crimes culposos derivam dos crimes dolosos.[47]

A causalidade parte, como condição primária, da causalidade natural, metodologicamente orientada pela eliminação hipotética do resultado, reconhecendo-se que há limitações que a realidade das coisas impõe à normação. Afirmada a causalidade natural, analisam-se as limitações normativas, baseadas em critérios normativos, autênticos critérios limitativos (obstáculos jurídico-axiológicos) à responsabilidade penal, reunidos por Juarez Tavares em quatro grupos, propostos por

43. Idem, p. 105-106.

44. Idem, p. 156.

45. Idem, p. 107, 114.

46. Idem, p. 118.

47. Idem, p. 323-329.

Lackner e Kühl: (a) critérios de delimitação da própria causalidade; (b) critérios de delimitação com base no fim de proteção da norma; (c) critérios de imputação objetiva; (d) critérios de delimitação com base na qualidade da ação. Adverte Tavares que o que se pretende com esse método:

"é equacionar a questão da relação, nos delitos culposos, entre a produção do resultado e a infração do dever de cuidado (conexão de dever de cuidado), que deve ser levada em conta em todas as condições em que se desenvolve o processo causal (...).

(...) Uma vez excluída validamente a imputação, no caso concreto, em virtude da incidência de um deles, não há necessidade, salvo como reforço de argumento, da invocação de outros. Poder-se-iam, é verdade, em face do sistema do Código Penal, tomar em conta apenas os critérios de delimitação da própria causalidade. Ocorre, porém, que nem sempre se poderá dar uma solução satisfatória ao perfeito equacionamento do caso concreto sem o socorro das demais proposições, muitas das quais ainda em desenvolvimento, mas válidas na medida em que podem limitar o sistema de imputação. Vê-se, então, que a imputação normativa não deve ser encarada como um fundamento para a responsabilidade, mas em função de seu desempenho para limitar a extensão do processo causal, que se desenvolve entre a ação descuidada e o resultado típico. Daí se dizer que todos os critérios da imputação normativa são, no fundo, critérios garantistas, que minimizam a intervenção estatal no âmbito da liberdade humana."[48]

Partindo dessas premissas, Juarez Tavares propõe um progressivo sistema de análise normativa da imputação, com base em variada gama de critérios valorativos que, de uma maneira ou de outra, interferem na positivação da infração da norma de cuidado ou na viabilidade jurídica de atribuição do resultado como obra do agente, capaz de tornar a imputação do resultado como derivação de sua responsabilidade penal um processo mais justo, através desse proposto apuramento técnico. Procedimento similar é formulado por Claus Roxin, para quem a imputação decorre da teoria do risco como método de configuração do crime culposo. Roxin trabalha com três níveis de imputação,[49] que principiam pela noção do risco desautorizado. Como leciona, a respeito, o próprio Tavares:

"Dogmaticamente, a teoria do risco assevera que o tipo do delito culposo só estará configurado quando a conduta ultrapassar os limites do risco autorizado e o resultado constituir a concretização desse comportamento desautorizado. Ao ultrapassar os limites do risco autorizado, a conduta implicou, por seu turno, um perigo relevante ao bem jurídico e, pois, um aumento do risco da ocorrência do resultado. Quer dizer, então, que haverá imputação quando a conduta implicou um aumento do risco da ocorrência do resultado e quando este resultado constituir, concreta-

48. Idem, p. 329-330.

49. Criação do risco, realização do risco e alcance do tipo.

mente, a realização material daquele risco não autorizado. (...) a questão básica reside, aqui, em determinar os casos em que a conduta perigosa, efetivamente, não constitui um aumento do risco desautorizado.

Isso se dá, normalmente, nas seguintes hipóteses: (a) quando a conduta, em vez de aumentar, diminuiu o risco do resultado; (b) quando a conduta não aumentou o risco para o resultado; (c) quando a conduta arriscada não se concretizou no resultado proibido; (d) quando a conduta arriscada não se inclui no âmbito do tipo do respectivo delito."[50]

Pode-se verificar que o fundamento do "risco não permitido" (Roxin) equivale, nos crimes culposos, ao critério da "infração à norma de cuidado" (ação descuidada). De maneira mais ou menos elaborada, o que se pode concluir é que, se para a caracterização da omissão de cautela na guarda ou condução do animal basta a violação da norma de cuidado, nos termos da tipificação contravencional do art. 31 da LCP, o conteúdo dessa norma, assim como as referências legislativas e regulamentares estaduais, de nítido caráter administrativo, funcionam como meros indicativos, autênticos pontos de partida para se aferir a responsabilidade diante de resultados lesivos decorrentes de ataques de cães submetidos à custódia humana. A responsabilidade penal não prescinde, nesses casos, da análise concreta do processo de imputação apto a conferir realidade substancial aos tradicionais modelos de culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Em suma, cada lesão concreta decorrente de ataque canino deve se submeter a um processo de imputação jurídico-normativa que revele se o resultado do comportamento do animal pode ser atribuído ao seu possuidor como obra (positiva ou negativa) sua, por intermédio de uma ordem valorativa que varia de acordo com os critérios que se adotar, todos, porém, derivados de um modelo de intervenção penal que não se satisfaz com a mera infração de dever.

É certo que, no terreno da previsibilidade, a guarda e a condução de cães *pit bull* estão influenciadas por uma carga preliminar que positiva o pressuposto elementar de responsabilidade pelo resultado culposo, projetando até mesmo, a depender do caso concreto, discussões em torno da caracterização do dolo eventual, especialmente em razão da tendência moderna de substituição, na imputação subjetiva, do critério da "consciência do agente" pelo da "produção do perigo".[51]

4.2 Inobservância da norma de cuidado e ocorrência de resultado lesivo

Um cão pode ser utilizado, dolosamente, para a prática de um crime. Mediante ordem de ataque, pode-se empregá-lo como instrumento para causar lesões corpo-

50. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. p. 361.

51. Idem, p. 298; *Teoria do injusto penal*, p. 339.

rais (art. 129 do CP) e até a morte (art. 121 do CP). Pode-se, ainda, valer-se de sua condução para impingir o temor ("grave ameaça") para o cometimento de crimes patrimoniais (art. 157 do CP). Essas questões, oriundas da intenção deliberada do agente que domina o animal, não oferecem maiores dificuldades, ao menos do ponto de vista do Direito Penal.

A questão que se coloca em maior realce, inclusive em confronto com a contravenção penal específica (art. 31 da LCP), diz respeito aos resultados derivados de culpa (ou da omissão de cautela). Ou seja, a repercussão penal do resultado derivado de negligência no trato com o cão. É certo que a doutrina sempre tratou do tema na perspectiva da omissão imprópria, no âmbito da posição de garante nos tipos de injusto impróprios de omissão. Com efeito, aplicando-se uma metodologia tipológica (não casuística), costuma-se tratar a ocorrência de resultado lesivo derivado do ataque de cães sob o prisma da responsabilidade pela omissão do garantidor, como decorrência do dever de vigilância e segurança face a uma fonte de perigo, mais especificamente por meio do critério do dever de controle e fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio.[52] O caso é de responsabilidade pela situação (*Zustandshaftung*).

Evidente que o tratamento da matéria, ao menos a princípio, prescinde da análise da raça do cão. Não obstante, como as consequências dos ataques de determinados cães, pelas características morfológicas da raça, são variáveis, focamos nossa atenção em situação específica disciplinada pela legislação do Estado de Minas Gerais.

5. CONCLUSÃO

A legislação do Estado de Minas Gerais sobre cães supre, em termos administrativos e nos limites territoriais em que vige, a omissão da União em disciplinar atividade potencialmente perigosa, o que devia ser empreendido, a nosso sentir, tomando-se por base a restrição atualmente determinada ao porte de armas.

A legislação mineira não tem como objetivo complementar as normas penais, notadamente a contravenção de omissão de cautela na guarda e condução de animais perigosos e os crimes de lesão corporal ou homicídio, mas estabelecer padrão de conduta a ser adotado por criadores e distribuir competências administrativas para atuação dos órgãos envolvidos na segurança pública, notadamente na fase pré-processual (Polícias Militar e Civil) bem como na seara da defesa social (Corpo de Bombeiros Militar). Registre-se, no que se refere à (in)efetividade da lei mineira, que o Ministério Público tem se mostrado "alheio" ao problema, não havendo Promotoria de Justiça com definição de atribuição para fiscalização da sua operaciona-

52. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. p. 711.

lização, cuja coordenação no plano governamental caberia à Secretaria de Estado da Defesa Social.

A contravenção do art. 31 da LCP configura hipótese de tutela penal preventiva mediante a tipificação de simples infração de dever, cujo resultado prático perseguido é reclamar a responsabilização do descumprimento das normas de cuidado perante órgãos de persecução criminal.

Como tal, a contravenção tem nítido caráter subsidiário em relação a eventual resultado lesivo (causalidade e resultado naturalístico) advindo de ataque de cão por omissão de cautela humana. Logo, para caracterização do crime de resultado (doloso ou culposo), necessário o cumprimento do percurso normativo de imputação, apto a garantir os postulados de "ofensividade" e "responsabilidade subjetiva".

A revogação da Lei de Contravenções, proclamada no recente anteprojeto de Código Penal apresentado por comissão instituída pelo Senado, demandaria uma inconveniente proposta de criminalização de mera conduta perigosa (não realizada pela comissão) ou, igualmente preocupante, deixaria importante problema social sem regulação legislativa, tendo-se revelado insuficiente, até aqui, o poder de polícia administrativo.

6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1.

BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis.* 28. ed. Trad. David Jardim Jr. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

COSTA JR., Heitor. *Teoria dos delitos culposos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime.* Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HALE, Diane K. Man bites dog with Ohio's vicious dog statute. HeinOnline, 37 *Clev. St. L. Rev.* 119. 1989. Disponível em: [http://heinonline.org]. Acesso em: 27.06.2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – Parte geral.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Lei das Contravenções Penais anotada. São Paulo: Saraiva, 1993.

KAUFMANN, Armin. Dogmatica de los delitos de omisión. Trad. Joaquín Cuello Contreras et al. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MEDLIN, Jamey. Pit bull bans and the human factors affeting canine behavior. HeinOnline, 56 DePaul L. Rev. 1.285. p. 1285-1320. 2006-2007. Disponível em: [http://heinonline.org]. Acesso em: 27.07.2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

PRATT, Heather K. Canine profiling: does breed-specific legislation take a bite out of canine crime? HeinOnline, 108 Penn St. L. Rev. 855. p. 855-879. 2003-2004. Disponível em: [http://heinonline.org]. Acesso em: 27.07.2012.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHULTZ, Duane. *História da psicologia moderna*. São Paulo: Cultrix, 1990.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Controle legislativo de cães da raça *pit bull*: uma nova solução para um velho problema. *Revista Jurídica do Ministério Público catarinense*. vol. 5. n. 13. p. 133-183. Florianópolis: Ministério Público de Santa Catarina, set.-dez. 2007.

TADEU, Silney Alves. Cães da moda: responsabilidade pelos danos causados. *Revista Jurídica Consulex*. ano VII. n. 148. Brasília, mar. 2003.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Indenização por dano moral. Ataque de cão. Violação do dever de guarda, de Paulo Roberto Sampaio Jangutta - *RDPriv* 16/374 (DTR\2011\2973).

65542

A AUTORIA NOS CRIMES ESPECÍFICOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 28.º DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS*

THE AUTHORSHIP OF SPECIFIC CRIMES: SOME CONSIDERATIONS ABOUT ARTICLE 28 OF THE PORTUGUESE CRIMINAL CODE

SUSANA AIRES DE SOUSA

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho tem como objecto de estudo o enquadramento jurídico-penal do concurso de agentes em crimes específicos nos casos em que a qualidade típica exigida pelo tipo legal não se verifica em todos os comparticipantes. Em particular, analisa-se em que termos responde criminalmente o agente *extraneus* a quem falta aquela qualidade típica. Na resolução deste problema assume especial relevância uma norma como a estabelecida no art. 28.º do Código Penal português ao permitir, em determinadas circunstâncias que se especificam e estudam, a comunicabilidade da especial qualidade verificada em um dos agente aos comparticipantes *extranei*.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria - Concurso de agentes - Crimes específicos.

ABSTRACT: The main purpose of this paper is to establish the criminal treatment given by Portuguese law to situations where several actors are involved in the practice of a specific crime (for cases where the law establishes a special quality to the agent of a crime). In particular, we intend to study under which conditions, can the actor that fails to present that special quality required by the crime (the *extraneus*), be criminally responsible. In this context, particular relevance is given to a norm, namely article 28 of the Portuguese Criminal Code, which allows, given specific requirements, the communicability of all participants of a crime.

KEYWORDS: Authorship - Concurrence of agents - Specific crimes (*extraneus*, *intraneus*).

Sumário: I. O problema - II. O critério de autoria e a teoria do domínio do facto - III. A autoria nos crimes específicos - IV. O art. 28.º do CP português: 1. A primeira parte do n. 1 do art. 28.º; 2. A parte final do n. 1 do art. 28.º; 3. O n. 2 do art. 28.º - V. Síntese conclusiva - VI. Bibliografia citada.

---

* Este artigo corresponde, com algumas modificações essencialmente formais, ao estudo publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 15 (2005), p. 343-368.

I. O PROBLEMA

O art. 28.º do CP português[1] estabelece que nas situações de pluralidade de agentes em factos cuja ilicitude ou grau da ilicitude do facto dependam de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta que estas qualidades ou relações se verifiquem em um dos agentes para que a pena aplicável se estenda a todos os outros.[2] Esta norma consagra aquilo que a doutrina tem vindo a designar por "comunicabilidade" das qualidades e relações especiais relativas ao ilícito.[3] Todavia, a conjugação da "comunicabilidade" daquelas qualidades e relações fundamentadoras da ilicitude com o critério de determinação da autoria do crime revela-se problemática, em especial, nos crimes específicos que, em boa verdade, constituem o âmbito de aplicação por excelência daquele artigo. Por vezes, na construção dos tipos incriminadores, o legislador quis restringir o círculo dos possíveis autores do crime, exigindo determinada qualidade (v. g., funcionário, médico, advogado) ou uma relação (v. g., relações familiares, de trabalho) de que resulta um especial dever.[4] Ora, o art. 28.º do CP vem precisamente permitir que, em situações de comparticipação, intervenientes que não

1. O art. 28.º (Ilicitude na comparticipação) tem o seguinte conteúdo:
"1 – Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.
2 – Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos comparticipantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não interviesse."

2. Entre os escassos estudos da doutrina portuguesa sobre este artigo deve salientar-se como obras de referência o texto de Teresa Pizarro Beleza, Ilicitamente comparticipando – O âmbito de aplicação do art. 28.º do Código Penal, *BFD*, volume especial de homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III, Coimbra, 1984, e o estudo de Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1999.

3. O regime do art. 28.º do CP está dependente da existência de certas qualidades ou relações essenciais à ilicitude do facto realizado em situações de comparticipação. Estas circunstâncias pessoais são exigidas pelo tipo incriminador seja para fundamentar a própria ilicitude do facto e limitar o potencial círculo de autores nos crimes específicos próprios, seja para agravar a ilicitude do facto nos crimes específicos impróprios. A determinação destas "qualidades e relações especiais" revela-se imediatamente importante como forma de distinguir o âmbito de aplicação dos arts. 28.º e 29.º uma vez que, de acordo com este último, qualquer qualidade pessoal fundamentadora de um juízo de culpa é "incomunicável". Para maiores desenvolvimentos *vide* Teresa Pizarro Beleza, Ilicitamente comparticipando... cit, p. 596 e Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação*... cit., p. 70 e ss.

4. Sobre os crimes específicos em geral veja-se Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, Coimbra: Coimbra Ed., 2004, t. I, p. 287.

possuam aquela qualidade ou relação típica possam ser punidos como autores. Haverá aqui um conflito entre as intenções do legislador, ao restringir, de um lado, o círculo de autores nos tipos específicos e, do outro lado, ao alargar por via do art. 28.º a punição àquele que não tem a titularidade do dever?

É este o problema que pretendemos tratar nas páginas seguintes. A resposta a esta questão pressupõe num primeiro momento algumas palavras relativas ao critério da autoria criminosa; em segundo lugar, deve averiguar-se se este critério vale para os crimes específicos. Em seguida cabe determinar como se compatibiliza o critério de autoria nos crimes específicos com o disposto no art. 28.º do CP.

II. O CRITÉRIO DE AUTORIA E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FACTO

Numa situação de pluralidade de agentes na realização de um facto criminoso torna-se necessário qualificar os intervenientes consoante o papel desempenhado por cada um na execução criminosa. Em concreto, nos casos de comparticipação, importa distinguir quem é autor da realização ilícita típica e quem dela apenas participa. O critério maioritariamente seguido pela doutrina[5] assenta hoje na teoria do domínio do facto,[6] em parte surgida como reacção perante as indesejáveis consequências quer de uma teoria puramente subjectiva, segundo a qual o autor do facto criminoso seria aquele que actua com *animus auctoris*, quer de uma teoria objectiva causal conducente a um conceito extensivo de autor, pois este seria todo aquele que oferecesse uma contribuição causal para o facto. De acordo com a teoria do domínio do facto, no seguimento da proposta de Roxin, autor é somente aquele que está no "centro do acontecimento", é o senhor do facto que domina a realização do delito.[7] Trata-se de um conceito restritivo de autor que coincide com o agente que toma a execução "nas suas próprias mãos" de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica.[8] Assim, o autor não só tem o domínio

5. Não é nosso objectivo analisar as diferentes teorias acerca do conceito de autoria cujo estudo sistemático e aprofundado pode encontrar-se em diversos tratados de direito penal.
6. Embora tenha sido Hegler o primeiro autor a empregar a expressão "domínio do facto" no âmbito da autoria não o fez com o sentido que hoje se atribui àquele conceito. Nas origens dogmáticas deste critério de autoria aparecem autores como Welzel, Maurach ou Gallas. Mas foi Roxin que realizou um estudo sistemático e aprofundado desta problemática na sua obra de referência *Täterschaft und Tatherrschaft*, cuja primeira edição data de 1963, tendo vindo a ser sucessivamente reeditada e acrescentada.
7. Claus Roxin, *Strafrecht*, II, München: Verlag C. H. Beck, 2003, p. 9 e ss., e, também do mesmo autor, *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 366.
8. Jorge de Figueiredo Dias, Formas especiais do crime, textos de apoio à disciplina de direito penal, 5.º ano, 2004, 36.º capítulo.

objectivo do facto como tem também a vontade em o dominar, numa unidade de sentido objectiva-subjectiva: o facto aparece "numa sua vertente como obra de uma *vontade* que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado".[9]

Sem prejuízo do seu conteúdo material unitário, o domínio do facto pode, segundo Roxin, exercer-se de diferentes formas e fundar, por conseguinte, diferentes modalidades de autoria: o domínio da acção está presente na autoria imediata na medida em que o agente realiza ele próprio a acção típica; o domínio da vontade do executante de quem o agente se serve para a realização típica firma a autoria mediata; o domínio funcional do facto constitui o sinal próprio da co-autoria em que o agente decide e executa o facto em conjunto com outros.[10]

Como esclarece o próprio Roxin, este critério do domínio do facto deve entender-se como um conceito aberto e limitado. Com efeito, não se trata de uma qualquer operação de subsunção que permita delimitar o âmbito da autoria, mas antes de um princípio normativo ligado à realização do ilícito típico que só na sua aplicação às variadíssimas situações concretas da vida alcança a sua máxima concretização.[11] Em segundo lugar, não é um critério universal no sentido de ser válido para todas as incriminações: a teoria do domínio do facto teria o seu âmbito de aplicação determinado aos chamados "delitos de domínio", ficando fora da sua alçada, desde logo e, para o que nos interessa, a categoria dos crimes de dever onde Roxin, justamente, enquadra os crimes específicos.

III. A AUTORIA NOS CRIMES ESPECÍFICOS

Para alguns autores, entre os quais se inclui Roxin, a teoria do domínio do facto não vale como critério de autoria dos crimes específicos. Na verdade, este autor defende que nos chamados *Pflichdelikte*, e consequentemente nos crimes específicos, o critério delimitador da autoria consiste na titularidade do dever, na violação do dever específico típico: é autor deste tipo de crimes somente aquele que viola

9. Jorge de Figueiredo Dias, Formas especiais do crime... cit., 36.º capítulo.

10. Claus Roxin, *Strafrecht*... cit., p. 19 e ss.

11. Para Figueiredo Dias com o domínio do facto ganhou-se um princípio normativo decisivo para a compreensão e a descoberta do sentido daquilo que está em causa na autoria e na sua distinção da participação. Esta teoria traduz-se, mais do que numa síntese entre elementos objectivos e subjectivos, numa "valoração que exprime uma síntese de elementos psicológicos e normativos; no sentido de que se é verdade que o conceito tem que ver com o desempenho pessoal do agente no acontecimento, não o é menos que a avaliação e o significado que deva ser atribuído àquele desempenho é comandado 'de fora', assume o carácter de uma valoração em função do significado *social* que o contributo do agente para o facto representa", Formas especiais do crime... cit., capítulo 36.º.

o dever que sobre ele recai; o dever transforma o seu titular em figura central do acontecimento. Assim, nos crimes específicos, só o *intraneus* pode ser autor porque só ele pode violar o dever especial a que está vinculado.[12] Deste modo, na teoria roxiniana, a "titularidade do dever extrapenal violado deve, enquanto critério de autoria, substituir totalmente a detenção do domínio do facto".[13]

Esta teoria apresenta algumas vantagens. Desde logo, como refere Teresa Beleza, "ela é, à partida, uma construção extraordinariamente sedutora: pelo menos aparentemente, todas as dificuldades mais ou menos insuperáveis sentidas pela dogmática ao lidar com estes crimes partindo de conceitos e critérios desenvolvidos com base nos crimes comuns seriam facilmente resolvidas".[14] Descartando completamente a teoria do domínio do facto, Roxin confere às diferentes modalidades de autoria uma estrutura radicalmente diferente, uma vez que o *intraneus* seria autor independentemente de através do seu comportamento ter ou não dominado o facto. No que concerne à co-autoria, prescinde de qualquer domínio funcional, admitindo esta figura somente quando várias pessoas se encontrem sujeitas ao mesmo e único dever, ocorrendo o resultado penalmente relevante pela violação conjunta daquele dever comum.[15] Por sua vez, autor mediato é não aquele que tenha o domínio da vontade, mas o indivíduo que, sujeito a uma relação de dever, deixe a execução da acção a uma pessoa que se encontra à margem da posição de dever que fundamenta a autoria.[16] Por outro lado, ao colocar o acento tónico na violação do dever, ficam colmatadas, segundo Roxin, lacunas de punibilidade, uma vez que estaria permitida a punição como autor mediato, em virtude da violação do dever especial que sobre ele recaía, do *intraneus* que, não tendo o domínio do facto, seria qualificado como mero participante ao abrigo da teoria do domínio do facto. Na verdade, da conjugação desta última teoria com o princípio da acessoriedade resultaria a não punição do *extraneus* dominador do facto por lhe faltar um elemento típico e a não punição do "participante" *intraneus* por lhe faltar o domínio do facto. Ao contrário, de acordo com a teoria da titularidade do dever, o *intraneus* não executor seria punido como autor; já o *extraneus* executor seria punido como mero participante, apesar de ter o domínio do facto.

Roxin pronuncia-se igualmente contra uma posição que faça coincidir o domínio do facto com a titularidade do dever como critério de autoria nos crimes específicos, avançando algumas críticas: desde logo, o facto de esta posição ter como

12. Claus Roxin, *Autoría e domínio del hecho en derecho penal* cit., p. 384.
13. Teresa Pizarro Beleza, A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever, *RPCC*, ano 2, p. 341, 1992.
14. Teresa Pizarro Beleza, A estrutura da autoria... cit., p. 342.
15. Claus Roxin, *Autoria e domínio del hecho*... cit., p. 389.
16. Claus Roxin, *Autoria e domínio del hecho*... cit., p. 392.

resultado a divisão heterogénea dos participantes em senhores do facto sem dever e em obrigados ao dever sem domínio do facto, "o que não só eliminaria o conceito unitário de participação nos delitos de violação de dever, como também imporia a consequência intolerável de que não haveria autoria se o executor não é titular do dever e o obrigado ao dever permanece em segundo plano".[17]

Convém no entanto referir que o contexto jurídico-legal alemão em matéria de comparticipação nos crimes específicos se distancia do regime legal português. Apesar de a doutrina alemã dominante considerar aplicável o § 28 da StGB[18] às situações de comparticipação em crimes especiais, as consequências jurídicas que dele decorrem em nada se aproximam do art. 28.º do CP português. A parte primeira daquele parágrafo estabelece uma atenuação da pena do participante a quem falte as características pessoais exigidas pelo tipo, numa clara quebra ao princípio da acessoriedade limitada.[19] A segunda parte daquele preceito, no que respeita aos crimes especiais impróprios, determina que as circunstâncias pessoais que agravem, atenuem ou excluam a pena valem apenas para o comparticipante que as detenha. Considera-se, assim, que seria injusta uma ideia de acessoriedade que estendesse sem mais a todos os intervenientes todo o elemento do ilícito que qualificasse ou atenuasse o facto principal, já que as circunstâncias que modificam a punição podem estar de tal modo ligados à pessoa que só possam prejudicar ou beneficiar aquele interveniente que reúna as referidas circunstâncias.[20] Torna-se assim evidente que as regras estabelecidas no § 28 da lei alemã, partem de uma ideia de "não comunicabilidade" das características pessoais especiais. Se, no que respeita aos crimes específicos próprios, este parágrafo torna claro, na sua primeira parte, a regra da não comunicabilidade das circunstâncias pessoais que fundamentam a qualidade de autor ao participante, todavia ele revela-se insuficiente na determinação de um critério de autoria neste tipo de crimes, o que tem alimentado a discussão doutrinal gerada à volta das situações de comparticipação em crimes específicos.

Seguindo um conceito restritivo de autor, alguma doutrina alemã defende, como critério de autoria nos crimes específicos, a vigência da teoria do domínio do facto

17. Claus Roxin, *Autoria e domínio del hecho*... cit., p. 387.

18. O conteúdo do § 28 do CP alemão é o seguinte: "Características pessoais especiais. (1) Se faltarem no participante (instigador ou cúmplice) características pessoais especiais (§ 14 I) fundamentadoras da punibilidade do autor, a pena deve ser atenuada nos termos do § 49 I. (2) Se a lei estabelecer características pessoais que agravem, atenuem ou excluam a pena, isso vale para o comparticipante (autor ou participante) no qual elas existam".

19. Sobre o § 28 do CP alemão e a acessoriedade nos crimes especiais veja-se Henrique Salinas Monteiro, A *comparticipação*.... cit., p. 122 e ss.

20. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, vol. II, p. 903.

cumulativamente com a qualidade ou dever especial exigido no tipo. Quer a ausência de um agente qualificado ou idóneo segundo o tipo legal, quer o não domínio do facto impediriam a afirmação da autoria. Partindo deste critério, há autores que rejeitam qualquer possibilidade de um *extraneus* poder ser autor destes crimes, seja sob a forma de autoria imediata, mediata ou de co-autoria.[21] É este o pensamento de Gössel, que considera de todo impossível situações de autoria mediata no âmbito dos crimes específicos, embora reconheça e admita como resultado a ocorrência de lacunas de punibilidade.[22]

De facto esta solução conduz à impunidade nos casos em que falte a cada um dos intervenientes a verificação cumulativa daquele dois requisitos. Será assim, por exemplo, se o *extraneus* utiliza dolosamente um *intraneus* para a realização do facto, ou se o *intraneus* convence o *extraneus* a executar o facto. Nesta segunda hipótese, a não aceitação da impunidade do instigador-participante *intraneus* e a afirmação de uma lacuna de punibilidade conduziu alguns autores alemães a construções teóricas que permitam justificar a sua punição, pois se assim não fosse bastaria que um *intraneus* convencesse um *extraneus* a realizar o facto em sua vez para não ser punido (v. g., tendo em mente o crime de prevaricação de advogado ou solicitador, previsto no art. 370.°, n. 1 do CP português, pense-se no advogado que convence a secretária a destruir um papel de modo a prejudicar a causa de um seu cliente).

Para responder aos problemas colocados pela actuação do "instrumento doloso não qualificado" surgiram várias construções dogmáticas. Para Gallas, o agente mediato *intraneus*, dada a sua posição dominante no acontecimento global, deve ser considerado autor mediato pois apesar de lhe faltar o domínio do facto ele tem ainda nas suas mãos o sucesso do delito. "O acto de indução converte-se no exercício do domínio do facto, e, como tal, em algo equivalente à execução pelas próprias mãos".[23] De acordo com a teoria do domínio social do facto defendida por Welzel, "a titularidade deste domínio social do facto justificaria a qualificação do *intra-*

21. MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Derecho penal*, 2, trad. Jorge Boffill Genzsch, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 325 e 326, também p. 394.

22. Gössel considera mesmo que não pode ignorar-se a possibilidade de estarmos perante algumas lacunas de punibilidade, uma vez que perante a actuação não dolosa do instrumento *intraneus*, o homem de trás tão pouco pode ser sancionado a título de participação. Todavia, considera que a extensão destas lacunas não é demasiado relevante pois as mais importantes estariam cobertas na Parte Especial através da criminalização de algumas dessas condutas, de que é exemplo a provocação a um testemunho falso (§ 160 do StGB), cf. MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Derecho penal* cit., p. 343.

23. GALLAS, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, p. 136, apud ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...* cit., p. 279; *Strafrecht* cit., p. 109. Também Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação...* cit., p. 169.

neus como autor mediato através de um 'instrumento doloso não qualificado'";[24] ou ainda, segundo a teoria do facto normativo-psicológico defendida por Jescheck, nestes casos, o domínio do facto há-de conceber-se normativamente, pois o facto não pode ser cometido pelo homem da frente sem a cooperação do homem de trás, e só com a intervenção deste se produz um facto jurídico penalmente relevante na medida em que ele detém a qualidade requerida pelo legislador. Assim, para Jescheck, o decisivo para a autoria é a influência juridicamente dominante do homem de trás, do *intraneus*.[25]

Estas teorias têm sido objecto de crítica por vários autores. Desde logo, Roxin considera que nas situações em que há um instrumento doloso não qualificado, o agente mediato *intraneus* deve ser considerado autor, mas não por deter o domínio do facto – que, na sua perspectiva, não detém uma vez que o homem da frente conserva o poder de decidir sobre a execução –, mas simplesmente por violar o dever que sobre ele recai. Como resultado da aplicação deste critério temos um *intraneus não executor* autor e um *extraneus* executor participante. Só este pode ser o critério, segundo Roxin, para fundamentar a autoria mediata do "não executor qualificado", "evitando deste modo, construções dogmáticas erróneas".[26]

Apesar da sua aparente clareza, parece-nos que também a doutrina da titularidade do dever de Roxin, enquanto critério da autoria nos crimes específicos, se confronta com algumas dificuldades.

Roxin apoia-se exclusivamente na titularidade do dever, que se encontra fundamentado numa ordem jurídica extra-penal, para encontrar o critério de autoria nos crimes específicos. Neste sentido, o dever está antes da violação. Todavia, a nosso ver ele só se concretiza penalmente aquando da violação típica, ou seja, quando o *intraneus* realiza aquela acção descrita no tipo e não qualquer outra. Se o tipo legal pressupõe um dever extra-penal (que legitima a incriminação), também parece pressupor que o titular do dever execute aquela acção, pois só através da execução ou do seu domínio se torna possível a violação daquele dever. Assim, se é certo que nos tipos específicos o legislador quis vincular a autoria à violação de um dever, a violação desse dever não deixa de pressupor a execução típica, *rectius*, o seu domínio.

A teoria de Roxin também não resolve todas as situações de lacuna de punibilidade, pois ficaria impune o *extraneus* que dolosamente se serve de um *intraneus* para "cometer" o crime, dominando a vontade do *intraneus* que actue, por exem-

---

24. Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação*... cit., p. 169.

25. JESCHECK, *Tratado de derecho penal* cit., p. 927.

26. Claus Roxin, *Autoria y dominio del hecho*... cit., p. 392 e s.; *Strafrecht* cit., p. 110 e s. Veja-se ainda, na doutrina portuguesa, Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação*...cit., p. 170.

plo, em erro ou coacção (v. g., no mesmo crime de prevaricação do art. 370.º, n. 1 do CP português, a secretária do advogado que dá uma informação errada ao advogado com intenção de prejudicar determinada causa, o que efectivamente vem a acontecer. Embora a secretária tenha o domínio do facto, sobre ela não recai o dever típico, logo não poderia ser punida). Também nas hipóteses em que duas pessoas executam o facto em conjunto, mas só uma delas é titular do dever se pode pressentir uma lacuna de punibilidade (A é depositário judicial de um quadro que se encontra na casa dele e de sua mulher B, à disposição de ambos. Decidem em conjunto vender aquele quadro. A é punido pelo crime de abuso de confiança previsto no art. 205.º, n. 5, enquanto B permanece impune ou, quanto muito, seria apenas punida como participante no crime de A).

Por outro lado, a teoria da titularidade do dever parece agravar de forma injusta a punibilidade em alguns casos. Pensamos nas situações em que o titular do dever presta um pequeno auxílio sendo a acção realizada integralmente por um *extraneus*.[27] Neste caso, segundo Roxin teríamos a punição do *intraneus* que auxilia como autor, enquanto que o *extraneus* que executa dolosamente seria meramente um participante. Por outro lado, será justo punir como co-autores do crime específico quer o funcionário que executa e realiza integralmente o tipo (v. g., no crime de peculato, previsto no art. 375.º do nosso CP, aquele que ilegitimamente se apropria da coisa) e o funcionário que se limita a prestar uma pequena colaboração moral ou material, sem que da sua actuação resulte o preenchimento integral do tipo (ainda no mesmo crime, aquele que se limita a informar o colega, ainda que dolosamente, sobre o valor da coisa de modo a que o outro tome uma decisão mais esclarecida e mais conveniente)?

Ao prescindir do domínio do facto Roxin admite nos crimes de dever a participação numa acção principal não dolosa, pois o critério de autoria assenta exclusivamente na infracção ao dever. Deste modo, o *extraneus* que induzisse em erro um *intraneus* e o levasse dessa forma a violar o seu dever seria punido como participante. A questão que pode levantar-se, a nosso ver, é se ao punir-se como participante este *extraneus* que se serve de uma actuação não dolosa de um *intraneus* para realizar um crime específico se não estará a ficcionar uma espécie de comunicação daquele dever como fundamento da punição da participação.

O critério para determinar quem pode ser autor de um crime específico próprio revela-se, deste modo, de difícil definição, sendo possível distinguir em abstracto

27. Crítica semelhante dirige Stratenwerth à teoria dos delitos de dever por dela decorrer, como consequência, que qualquer colaboração, ainda que distante, do titular do dever especial realizaria o facto criminoso específico dando lugar à autoria, o que tornaria vulnerável o princípio *nullum crimen sine lege*, cf. *Strafrecht*, I, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 307-308.

duas concepções básicas: a solução que faz depender a autoria nos crimes específicos dos critérios gerais de autoria, ou seja, além de possuir a qualidade de *intraneus* o autor tem que deter o domínio do facto enquanto critério geral e dominante na caracterização da autoria; uma outra proposta de solução reside em apontar como critério de autoria dos crimes específicos a violação de deveres especiais extrapenais. Como pensamos ter demonstrado, qualquer uma destas duas soluções se confronta com dificuldades de difícil ou impossível resolução. É neste quadro que, a nosso ver, o art. 28.º do CP português desempenha um papel importante.

IV. O ART. 28.º DO CP PORTUGUÊS

1. A primeira parte do n. 1 do art. 28.º

O CP português refere-se à figura da autoria no art. 26.º em contraponto com a figura da cumplicidade prevista no art. 27.º. A opção legal parece ter na sua base uma concepção de autoria baseada na teoria do domínio do facto, assim se compreendendo a distância deste artigos ante a redacção dada ao art. 27.º do ProjPG de Eduardo Correia, onde claramente se consagrava uma concepção de autoria material-objectiva assente numa ideia de causalidade.[28] Como refere Figueiredo Dias, a solução encontrada para os arts. 26.º e 27.º "representou, de alguma forma, o produto de uma *transacção* entre a concepção causalista de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto". Aquele autor acrescenta, no entanto, que "o acordo obtido nesta matéria terá derivado mais (...) da convicção de que o texto aprovado permitia soluções dos problemas concretos da comparticipação razoáveis e justas do que de qualquer unanimidade na compreensão dos fundamentos doutrinais sobre os quais a interpretação e aplicação deveria assentar no futuro".[29]

---

28. Dispunha o art. 27.º do ProjPG: "É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado causa à sua realização sob as formas seguintes: 1.º Executando-o singular e imediatamente; 2.º Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros; 3.º Determinando – quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros – directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação; 4.º Determinando directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito ou auxiliando-o dolosamente na sua execução, sempre que, tendo embora sem aquela determinação ou auxílio a execução sido levada a cabo, ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou em circunstâncias diferentes. Esta última forma de comparticipação constitui a cumplicidade".

29. Jorge de Figueiredo Dias, Formas especiais... cit., 37.º capítulo. Veja-se também, do mesmo autor, La instigación como autoría. Un *réquiem* por la "participación" como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, 2005, p. 347.

O art. 26.º do CP, ao aceitar um conceito restritivo de autor e ao materializar a autonomização da cumplicidade, parece delimitar a autoria a partir da teoria do domínio do facto nas suas diferentes formas. Aquela norma descreve, deste modo, quatro modalidades de autoria: a execução do facto por si mesmo na autoria imediata; a execução do facto por intermédio de outrem na autoria mediata, a execução conjunta do facto na co-autoria e a determinação dolosa de outra pessoa à prática do facto na instigação. Deste modo, o legislador português optou por inserir a instigação entre as formas de autoria, diferentemente, por exemplo, do legislador alemão que consagrou esta figura autonomamente ente a autoria e a cumplicidade. Na verdade, seguimos a argumentação de Figueiredo Dias ao considerar autor-instigador, no sentido do art. 26.º, aquele que produz, cria, fabrica de forma cabal no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico.[30] Para ser autor não basta que o homem de trás incentive ou meramente aconselhe outrem a cometer um facto ilícito-típico, sendo neste caso apenas participante. O instigador-autor surge "como verdadeiro senhor, dono, dominador se não do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da decisão do instigado de o cometer",[31] domínio que faz com que o ilícito, sendo obra pessoal do homem da frente, apareça também como obra do instigador. O instigador possui, segundo Figueiredo Dias, o domínio do facto sob a forma de domínio da decisão do instigado, a par do domínio da vontade do instrumento na autoria mediata ou do domínio funcional do facto na co-autoria. Assim, para Figueiredo Dias, entre os casos que usualmente se assinalam como instigação devem distinguir-se as situações de verdadeira determinação daquelas em que apenas há uma mera indução. Na primeira hipótese tratar-se-á de verdadeira instigação-autoria no sentido da quarta modalidade do art. 26.º; a segunda hipótese engloba os casos de mera indução em que o homem de trás influencia a motivação do homem da frente mas sem verdadeiramente o determinar, sendo, por conseguinte, à luz do art. 27.º, situações de mera cumplicidade ("auxílio moral").[32]

As situações de comparticipação ou da pluralidade de agentes na realização do facto criminoso foram delimitadas pelo legislador nos arts. 26.º e 27.º do CP. A interpretação do art. 28.º ("ilicitude na comparticipação") tem pois como pressuposto necessário o quadro legal estabelecido nestes artigos que lhe são imediatamente anteriores. Trata-se de uma norma que complementa aquele quadro legal nos casos especiais por ela previstos. Queremos com isto dizer que o art. 28.º não pretende substituir-se ao art. 26.º enquanto fundamento de um critério de autoria. Antes parte do critério de autoria pressuposto neste artigo para o complementar em situ-

30. Jorge de Figueiredo Dias, La instigación.... cit., p. 351-352 e ss.

31. Jorge de Figueiredo Dias, La instigación... cit., p. 352.

32. Jorge de Figueiredo Dias, La instigación... cit., p. 352-353.

ações específicas. A necessidade de criar um artigo deste tipo resulta dos problemas surgidos entre a articulação do critério comum de autoria previsto no art. 26.º e os tipos legais, previstos na Parte Especial do CP, que exigem a verificação de determinadas qualidades ou a titularidade de relações especiais na pessoa do autor para o preenchimento do tipo de ilícito.

Entendemos que, para se ser autor de um crime específico tem não só que se reunir a qualidade especial exigida pelo tipo como também o domínio do facto penalmente relevante. Além da titularidade do dever, o autor de um crime específico tem que dominar o acontecimento que leva a violação do seu dever e que constitui a razão de ser da incriminação. Isto mesmo resulta da conjugação das normas da Parte Geral relativas ao critério de autoria, concretamente do art. 26.º, com as normas da Parte Especial do CP onde se encontram descritos os crimes específicos.

Acontece porém que se este critério de autoria nos crimes específicos não coloca quaisquer problemas nas situações de autoria singular, o mesmo não é verdade para os casos em que há uma pluralidade de agentes na realização do facto criminoso. Como vimos, da estrita observância deste critério resultariam lacunas de punibilidade que alguma doutrina não hesita em qualificar como intoleráveis, pois o facto é o resultado do domínio exercido pela actuação quer do *intraneus* quer do *extraneus*.[33]

É neste contexto que, a nosso ver, o art. 28.º do CP assume especial importância. Através deste artigo, nos casos em que há comparticipação e só um dos agentes reúne as qualidades ou relações especiais relativas à ilicitude e pressupostas no tipo legal, o legislador deixa, em princípio, cair o requisito da titularidade daquela qualidade ou relação especial exigida pelo tipo, e basta-se, para punir como autor, com o domínio do facto por parte do agente, ou seja, com o critério geral estabelecido no art. 26.º.[34] Esta mesma interpretação é corroborada pela própria redacção do art. 28.º, na medida em que a consequência estabelecida pelo artigo – "tornar aplicável a todos os comparticipantes a *pena respectiva*" – pressupõe as normas antecedentes, ou seja, os arts. 26.º e 27.º: a pena respectiva será aquela que corresponderia ao comparticipante nos termos destes artigos e da norma incriminatória da Parte Especial.

---

33. Num sentido próximo, Manuel Cavaleiro de Ferreira considera que nos "crimes próprios", a que o art. 28.º se refere, a qualificação do agente é uma circunstância essencial do facto objectivamente ilícito. Ora "o facto objectivamente ilícito é obra comum dos agentes e, desde que se verifique a qualificação em qualquer dos agentes (comparticipantes), será imputado a todos". Assim se compreende que, segundo o autor, baste que "seja *intraneus* qualquer dos agentes para que todos sejam puníveis, se todos disso tomarem consciência", *Lições de direito penal*, Lisboa: Verbo, 1992, p. 460-461.

34. Naturalmente não terá sido esta a intenção do autor do Proj PG como facilmente se comprova da leitura das Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal na parte que se refere ao art. 28.º.

Assim, a aplicação do art. 28.º, tendo como pressuposto o critério de autoria estabelecido no art. 26.º (e por contraposição no art. 27.º), terá, em princípio, os seguintes resultados:

a) O *extraneus* que utiliza como instrumento de realização criminosa um *intraneus*, dado deter o domínio do facto sob a forma de domínio da vontade do homem da frente, pode ser punido como autor mediato nos termos dos arts. 26.º e 28.º, apesar de não ter as qualidades ou relações especiais de que depende a ilicitude do facto;

b) O *extraneus* ou os *extranei* que decidem e executam conjuntamente com o *intraneus* ou *intranei* a realização do facto ilícito, enquanto detentores do domínio funcional do facto, podem ser punidos, nos termos dos arts. 26.º e 28.º, como co-autores;

c) O *extraneus* que cria no instigado-*intraneus* a decisão de realizar o facto criminoso, enquanto detentor do domínio da decisão do homem da frente, pode ser punido como instigador-autor, nos termos dos arts. 26.º e 28.º;

d) O *extraneus* que foi determinado por um instigador-*intraneus*, na medida em que tem o domínio da acção, pode ser punido como autor imediato nos termos dos arts. 26.º e 28.º;

e) O *extraneus* executor auxiliado por um *intraneus* na realização do facto ilícito-típico pode ser punido como autor imediato na medida em que detém o domínio da acção. O *intraneus*, na medida em que não detém o domínio do facto (e este não se comunica), só pode ser punido como cúmplice. A mesma punição caberá, neste caso, a qualquer outro *extraneus* que se limite a auxiliar o executor, uma vez que não tem o domínio do facto mas lhe é comunicada a qualidade do cúmplice *intraneus*.

Assim, a grande consequência que decorre do art. 28.º, n. 1 é a possibilidade de um *extraneus* poder ser autor de um crime específico próprio ou impróprio. Da acção conjunta dos arts. 26.º e 28.º resulta a punição do comparticipante *extraneus* como autor de um crime específico. Já relativamente ao comparticipante *intraneus*, a sua autoria decorre do critério geral estabelecido no art. 26.º e dos tipos incriminadores específicos previstos na Parte Especial.

Afirmada a autoria do *extraneus* por via conjunta dos arts. 26.º e 28.º, também relativamente ao cúmplice *intraneus* a sua punição decorre, segundo o princípio da acessoriedade, do próprio art. 27.º, tal como a punição do cúmplice *extraneus* que auxilia o autor *intraneus* a realizar o facto ilícito-típico.

Em todas as hipóteses em que os *extranei* podem ser punidos como autores de um crime específico por via do art; 28.º (alíneas *a*, *b*, *c*, *d*) e primeira parte da alínea *e*, dá-se um alargamento do círculo da autoria, justificado por diversos argumentos de natureza diferente: em primeiro lugar, este alargamento põe termo a eventuais lacunas de punibilidade; em segundo lugar, não se trata de um alargamento des-

controlado, na medida em que a punição como autor de um *extraneus* por via do art. 28.º pressupõe ainda que este detenha o domínio do facto nos termos do art. 26.º do CP, por outras palavras, o facto é ainda e também obra sua.[35]

Como já se disse, *em princípio*, todas estas alíneas podem configurar hipóteses de autoria. Todavia, a afirmação da autoria depende, além do domínio do facto, de um segundo requisito previsto na parte final do n. 1 do art. 28.º: "é necessário que a intenção da norma incriminadora não se oponha à punição do *extraneus* como autor". Ao prever esta ressalva o legislador mais uma vez salienta que o critério de autoria nos crimes específicos deve relacionar o domínio do facto pelo agente com as qualidades pessoais típicas exigidas pela norma incriminadora.

2. *A parte final do n. 1 do art. 28.º*

Esta ressalva prevista na parte final do n. 1 do art. 28.º parece referir-se, na sua origem[36] e embora não exclusivamente, aos crimes de mão própria, ou seja, àqueles crimes cuja acção descrita no tipo só se realiza com a execução corporal do próprio agente-*intraneus*:[37] se o tipo exige não apenas a violação de um dever especial ou a

35. Concordamos com Henrique Salinas Monteiro quando defende que o art. 28.º, n. 1 do CP não é suficiente por si só para achar um critério de autoria nos crimes específicos, sendo necessário recorrer aos princípios estabelecidos nos arts. 26.º e 27.º do CP. Não podemos, no entanto, concordar com este autor quando a partir do regime do art. 28.º, n. 1 rejeita a qualidade de *intraneus* como critério de autoria dos crimes específicos nas situações de comparticipação ao defender que não se trata sequer de uma "condição necessária para o efeito", cf. *A comparticipação...* cit., p. 305. Desde logo, por um lado, o próprio funcionamento do art. 28.º exige uma qualquer intervenção de um *intraneus*. Por outro lado, se dois *intranei* realizam conjuntamente o facto são co-autores por terem o domínio do facto *e* por terem a qualidade exigida pelo tipo incriminador. Simplesmente, como forma de resolver os problemas que *supra* procurámos mostrar, o legislador, por via daquele artigo, permite apenas que o julgador prescinda da qualidade de *intraneus* para punir algum dos comparticipantes como autor.

36. De acordo com as *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, o Conselheiro José Osório fez três anotações ao art. 28.º do Proj. PG sendo a primeira referente a situações em que aquela regra não deveria funcionar, "v. g., para os casos dos chamados crimes de mão própria, em que certas qualidades têm de ser dadas no executor; por isso devem estes casos ressalvar-se através de uma cláusula geral do seguinte tipo: '...qualquer deles, salvo se outra coisa resultar da norma incriminadora'". Todavia, o autor do Projecto mostrou-se crítico relativamente à consagração desta ressalva por entender que ou estaria excluída a possibilidade de comparticipação, pela própria natureza dos crimes de mão própria, ou, a ser admitida, não haveria razão para excluir a aplicação do art. 28.º, cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, parte geral, Lisboa: Ministério da Justiça, vol. I, p. 203.

37. Categoria que tem vindo a ser questionada por alguns autores, cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal*, Coimbra, 1976, p. 54; Teresa Pizarro Beleza, Ilicitamente comparti-

detenção de uma qualidade específica, mas também que a violação seja corporalmente concretizada pelo *intraneus*, seria impossível aplicar o regime previsto no art. 28.º. Entendemos que esta conclusão não pode ser automática. Decerto nalguns casos assim será. Se da interpretação do tipo decorre que só o próprio agente pode realizar a acção, serão praticamente impossíveis os casos de autoria mediata e de instigação do *intraneus* (será difícil configurar uma situação em que aquele que conduza veículo em estado de embriaguez, nos termos do art. 292.º do CP, o faça por intermédio de outrem ou que a testemunha seja instigadora da falsidade do testemunho próprio, nos termos do art. 360.º do CP). Contudo, não pode excluir-se sem mais a autoria do *extraneus* nestas situações de comparticipação.[38] Na verdade, temos para nós que a parte final do n. 1 do art. 28.º não só não se encontra limitada a crimes de mão própria, como não exclui liminarmente estes crimes do âmbito de aplicação do regime previsto no n. 1.[39]

---

pando... cit., p. 642 e ss.; Henrique Salinas Monteiro, A comparticipação... cit., p. 247-248. A crise que domina actualmente os delitos de mão própria pode entender-se melhor se tivermos presente que com eles o legislador tipificou no passado determinadas formas de imoralidade que pareciam especialmente reprováveis (v. g., o adultério ou a homossexualidade) muitas das quais entretanto despenalizadas pelo seu carácter longínquo em face da tutela de bens jurídico-penais. Para maiores desenvolvimentos, Claus Roxin, *Autoria y domínio del hecho*... cit., p. 432 e ss. e p. 711. Este autor distingue entre delitos de mão própria autênticos e delitos de mão própria inautênticos, submetendo os segundos à categoria de delitos de dever e admitindo, contrariamente ao que acontece nos primeiros, formas de participação de um *extraneus* na sua realização.

38. Paula Ribeiro de Faria, em anotação ao art. 291.º, e embora qualifique este crime como um crime de mão própria, não deixa de colocar a hipótese de punir como autor mediato aquele que deliberadamente utiliza o agente como instrumento para a prática do crime, encontrando-se este em estado de inimputabilidade devido à ingestão em excesso de bebidas alcoólicas; ou de punir como instigador aquele que dolosamente determina o condutor à prática do facto havendo começo de execução, cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1999, t. II, p. 1090. Também Alberto Medina de Seiça, salientando que a "consideração do falso testemunho como crime de mão própria não é isenta de dúvidas", não deixa de fazer referência à "insuportável contradição normativa" que a impunidade das situações de autoria mediata acarretaria. Daí que este autor admita, para evitar um vazio legislativo, que estas situações sejam punidas nos quadros previstos para a instigação, cf. Artigo 360.º *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra, 2001. t. III, p. 488-489. Parece-nos, no entanto, que este problema se resolve se admitirmos o funcionamento do art. 28.º, por se tratar, justamente, de um caso em que não é intenção da norma incriminadora opor-se à punição do autor mediato *extraneus*. O mesmo não vale para a instigação do *extraneus* a um testemunho falso, uma vez que o legislador, como refere Alberto Medina de Seiça, expressamente previu a punição desse comportamento no art. 363.º do CP em termos mais alargados relativamente ao disposto no art. 26.º, parte final, pois para preencher o tipo legal não se exige o início da execução dos factos previstos nos arts. 359.º e 360.º.

39. No mesmo sentido Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação*... cit., p. 248.

Em primeiro lugar, parece ser possível pensar em situações de comparticipação relativamente a crimes tradicionalmente considerados de mão própria sem que a norma incriminadora se oponha à aplicação do regime do art. 28.º. Pensamos em casos de instigação de um *extraneus* e consequente execução e determinação do *intraneus*; ou ainda em situações, embora mais complexas, em que um *extraneus* se serve de um *intraneus* que, actuando em erro ou coagido, executa corporalmente a acção pretendida pelo homem de trás.[40] Em qualquer uma destas hipóteses o *intraneus* executa corporalmente a acção, podendo, em princípio, admitir-se teoricamente o funcionamento do art. 28.º. Em última instância, a aplicação desta norma dependerá naturalmente da análise concreta do tipo legal considerado como delito de mão própria,[41] designadamente de saber se o legislador quis referir a autoria apenas ao domínio de acção, excluindo as outras modalidades de domínio do facto.[42]

Em segundo lugar, o âmbito da ressalva depende do tratamento concreto do tipo incriminador, podendo inclusivamente rejeitar-se a aplicação do regime previsto no art. 28.º em crimes específicos em sentido amplo, se a intenção da norma incriminadora for nesse sentido. Será assim, desde logo, se o legislador incrimina na Parte Especial o comportamento do *extraneus* comparticipante (v. g., se o médico-*intraneus* auxilia um terceiro a passar um atestado falso no termos do art. 260.º do CP, o *extraneus* deve ser punido não por via do regime do art. 28.º, mas pela norma incriminadora prevista no n. 3 do art. 260.º, pois é essa claramente a intenção desta norma incriminadora, pese embora neste caso a pena aplicável ser a mesma).

---

40. Neste mesmo sentido, também Henrique Salinas Monteiro considera que, nos casos de crimes de mão própria, nada parece impedir a punição como autor do *extraneus*, "uma vez que se certifica a exigência específica destes tipos – a execução corporal do *intraneus*. Só não será assim (...) se o tipo exigir, para além da execução corporal do qualificado, uma actuação dolosa ou culpável do mesmo e não de qualquer outra pessoa", cf. *A comparticipação...* cit., p. 247.

41. Em sentido semelhante José de Faria Costa, Formas do crime, *Jornadas de direito criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 172.

42. A restrição do conceito de autor ao domínio da acção terá algum sentido num contexto em que através dos crimes de mão própria se reprovavam determinadas formas de imoralidade, dirigindo-se a censura penal somente àqueles que com a sua conduta executassem corporal e directamente os factos proibidos na lei penal. No entanto, esta restrição perde toda a relevância numa compreensão das normas incriminatórias a partir do paradigma da tutela de bens jurídico-penais. Também Jorge de Figueiredo Dias, referindo-se concretamente aos crimes de mão própria, considera que num direito penal do *facto* e do *bem jurídico*, por contraposição a um direito penal de tutela da ordem moral, "não é fácil compreender a eventual intenção legislativa de considerar autor unicamente quem realiza pessoalmente a acção típica, diminuindo com isto drasticamente o âmbito de protecção da norma", cf. Formas especiais do crime..., 36.º capítulo.

Por fim, cabe esclarecer que a "intenção da norma incriminadora" deve procurar-se no tipo incriminador e/ou nas normas que o completem ou integrem.[43] Por exemplo, o *extraneus* que instigue a testemunha a prestar depoimento falso não deve ser punido por via da aplicação conjunta dos arts. 360.º e 28.º do CP, pois a tal se opõe a intencionalidade do art. 360.º numa interpretação conjunta com o art. 363.º. Com efeito, o legislador quis expressamente punir este comportamento ao criminalizar o suborno (art. 363.º).[44] Por via desta norma e atendendo à perigosidade da conduta, o legislador, por um lado, antecipou a própria tutela do bem jurídico uma vez que para a punição do homem de trás não é necessário que o instigado tenha iniciado a prática de actos de execução, como seria exigido por via dos arts. 26.º, parte final, 28.º e 360.º; por outro lado, quis prever uma pena menor em face daquela que resultaria dos arts. 28.º e 360.º. Pensamos que este exemplo permite ainda demonstrar que a não aplicação do art. 28.º resulta da interpretação da própria norma incriminadora e não de estarmos perante um delito que alguma doutrina qualifica como de mão própria.

3 O n. 2 do art. 28.º

Na tentativa de evitar soluções injustas como resultado da aplicação do n. 1 do art. 28.º, o legislador consagrou um limite a este regime no n. 2 do mesmo artigo. Este preceito normativo confere ao julgador a possibilidade de substituir a pena que resulta para qualquer dos comparticipantes por via do n. 1 do art. 28.º, pela pena mais favorável que lhe seria aplicável se esta norma não interviesse, introduzindo-se, deste modo, uma nota de flexibilidade na aplicação do art. 28.º.

Das actas da Comissão Revisora conclui-se que através do então § 1.º do art. 28.º (semelhante ao actual n. 2) se consagrava uma "válvula de segurança" que permitia ao juiz moderar os efeitos que resultariam da aplicação do art. 28.º em casos mais chocantes, tendo-se sobretudo discutido casos em que a qualidade agravadora do ilícito se verificava no cúmplice mas não no autor *extraneus*.[45] Esta "válvula de segurança" estaria, assim, pensada em especial para os crimes específicos impróprios, em que a qualidade ou relação especial relativa à ilicitude fundamenta uma agravação da pena.

No entanto, o âmbito de aplicação desta norma exige maiores considerações. A sua aplicação pelo juiz não é obrigatória e depende de dois pressupostos legais: o primeiro, de cariz mais acentuadamente subjectivo, traduz-se na apreciação pelo

43. No mesmo sentido, Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições*... cit., p. 461.

44. Concordamos pois com Alberto Medina de Seiça quando, em comentário a estes artigos, considera que "o suborno mais não representa do que a elevação de uma forma comparticipativa à categoria de autónomo ilícito-típico". cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal* cit., p. 488 e 503.

45. *Actas*... cit., p. 204.

julgador das circunstâncias concretas do caso num sentido favorável à substituição; o segundo, de natureza objectiva, estabelece que na ausência do n. 1 do art. 28.º, sempre seria aplicável uma pena ao agente mas menos grave. A análise deste último requisito tem revelado uma maior complexidade na doutrina.[46] É assim porque do sentido literal da norma parece resultar que só perante duas penas de gravidade diferente – a substituta e a substituída – e não perante uma pena e uma ausência de pena poderá o juiz travar o funcionamento do n. 1 do art. 28.º. Cabe então determinar os casos em que por via do n. 1 do art. 28.º resulta para o agente uma pena mais grave do que aquela que lhe caberia na sua ausência segundo as regras gerais.

Do n. 1 do art. 28.º podem resultar duas situações: ou a autoria de um crime específico próprio por parte de um *extraneus* como forma de suprir lacunas de punibilidade; ou a autoria de um crime específico impróprio por parte de um *extraneus* que vê deste modo a sua pena agravada em face da punição que sempre lhe corresponderia pela prática do crime comum na ausência do n. 1 do art. 28.º. Ora, temos para nós que só este segundo tipo de situações cabe no âmbito de aplicação do n. 2 do art. 28.º: o autor-*extraneus* sempre seria punido ainda que as qualidades do *intraneus* relativas à ilicitude não lhe fossem "comunicadas", sendo possível desta forma relacionar uma pena menos grave com uma pena mais grave resultante da aplicação do art. 28.º, n. 1.[47] No entanto, voltamos a insistir que a relação entre uma pena mais grave e uma menos grave, enquanto pressuposto para a aplicação do n. 2 do art. 28.º, não pode ser analisada na sua singularidade: a natureza facultativa da substituição, a sua dependência das circunstâncias concretas do caso e a sua compreensão como "válvula de segurança" conferem ao seu âmbito de aplicação um carácter casuístico, por vezes esquecido na tentativa de o determinar em abstracto. Tendo presente esta natureza subsidiária e casuística será possível evitar alguns dos obstáculos que resultam de um enquadramento puramente teórico das hipóteses admissíveis pela letra do n. 2 do art. 28.º.[48]

---

46. Vide Teresa Pizarro Beleza, Ilicitamente comparticipando... cit., p. 645 e ss., também Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação*... cit., p. 249 e ss.

47. Daqui pode concluir-se que estes agentes poderiam ser punidos com a pena comum por via do regime favorável do n. 2, enquanto que o cúmplice *extraneus* que se limita a auxiliar o *intraneus* na realização criminosa seria punido por via do art. 27.º a partir da moldura do crime especial, o que, à primeira vista, poderia parecer injusto. Todavia, é necessário ter presente que a acessoriedade da cumplicidade a liga, neste caso, a um facto principal realizado por um *intraneus*, susceptível de revelar, por isso mesmo, uma ilicitude agravada. Por outro lado, é preciso não esquecer também que o regime do n. 2 do art. 28.º é facultativo e que a sua justa aplicação depende da consideração das circunstâncias do caso concreto. Além do mais, o diferente domínio do facto ou a sua falta pode ainda ser ponderado na medida concreta da pena.

48. Desta forma será possível, se não eliminar, pelo menos atenuar as críticas que têm vindo a apontar-se às soluções que mantêm na sua base os princípios gerais em matéria de

Relativamente aos crimes específicos próprios a aplicação do n. 2 não seria possível. Na interpretação que fazemos, o art. 28.º, n. 1, está pensado como complemento ao critério de autoria nos crimes específicos, próprios ou impróprios. Ora, os factos correspondentes a crimes específicos impróprios sempre poderiam ser punidos como crimes comuns sem a intervenção daquele n. 1, embora com uma pena menos grave. Logo, só nestes casos se encontra respeitado o requisito objectivo exigido pelo n. 2 do art. 28.º (a possibilidade de, na ausência do n. 1, ser já aplicada ao autor uma pena menos grave).

Não faria sentido admitir o regime do n. 2 em casos em que, na ausência do n. 1, o *extraneus* sempre seria punido mas como participante num crime específico próprio (v. g., um caso de execução conjunta do facto por *intraneus* e *extraneus*). Desde logo, porque é pretensão do n. 1 fundamentar a autoria do *extraneus* que domina o facto; ora, seria difícil justificar que este regime favorável ao agente só pudesse aplicar-se quando o *extraneus* executa o facto criminoso conjuntamente com o *intraneus*, ou quando o *extraneus* determina o instigado *intraneus*, mas já não quando o *extraneus* comete o crime específico por intermédio de um *intraneus* (pois por via do princípio da acessoriedade não há lugar a qualquer punição nesta última situação). Na verdade, em todas estas hipóteses há igualmente um domínio do *extraneus* sobre o facto, não se compreendendo a diferença de tratamento.

De qualquer forma, em casos em que não seja possível aplicar a regra do n. 2 do art. 28.º por via do seu requisito objectivo, pode o julgador valer-se, na realização da justiça, do art. 72.º do CP relativo à atenuação especial da pena, caso estejam verificados os seus requisitos,[49] ou ainda ponderar, na determinação concreta da pena, o grau de ilicitude do facto enquanto factor de medida da pena, nos termos do art. 71.º, n. 2, al. *a*, do CP.

---

comparticipação, e concretamente o princípio da acessoriedade, como forma de determinar a pena que seria aplicável ao agente na ausência do regime previsto no n. 1 do art. 28.º. A soluções deste tipo se opõe Henrique Salinas Monteiro por considerar que conduzem a resultados indesejáveis como seja: o agravamento da punição do participante *extraneus*, punido com a pena do crime qualificado, em face da punição do autor *extraneus*, punido com a pena do crime comum; ou ainda a igualdade de punição entre participantes *intranei* e *extranei*, cf. *A comparticipação*... cit., p. 254.

49. Teresa Pizarro Beleza considera porém que nos casos em que o art. 28.º permite a incriminação de situações que na sua ausência seriam atípicas, será ainda possível invocar o n. 2 do art. 28.º podendo o juiz atenuar a pena do *extraneus*, invocando para tal um argumento de identidade ou até de maioria de razão: "se do artigo 28.º, resulta uma pena de outra forma inexistente, há tanta ou mais razão para ter isso em conta nos casos em que dele resulte uma pena mais grave", cf. *Ilicitamente comparticipando*... cit., p. 648-649. Embora concordando com a necessidade de se admitir uma atenuação da pena para estes casos, pensamos que muito dificilmente ela pode ser considerada pela letra e pelo sentido do art. 28.º. Um resultado equivalente pode antes conseguir-se pela aplicação das regras gerais relativas à determinação da pena.

V. SÍNTESE CONCLUSIVA

O art. 28.º do CP estabelece como princípio que, nas situações de comparticipação em crimes específicos, basta a qualidade ou relação especial relativa à ilicitude ou ao grau de ilicitude verificar-se num dos comparticipantes para que todos sejam punidos com a pena respectiva. O primeiro problema que este artigo coloca é o de saber se é possível a partir dele retirar um critério de autoria especial nos casos de comparticipação em crimes específicos, ou se permanece válido o critério comum de autoria estabelecido pelos arts. 26.º e 27.º do CP. Da análise destes dois artigos pode concluir-se que autor é somente aquele que tem o domínio do facto. Por outro lado, de acordo com os tipos incriminadores da Parte Especial só pode ser autor de um crime específico quem detém a qualidade ou a relação especial típica. Da conjugação das normas comuns e dos tipos incriminadores especiais resulta que só pode ser autor de um crime específico quem detenha, além do domínio do facto, o elemento pessoal exigido pelo tipo. Este tem de ser, a nosso ver, o critério de autoria nos crimes específicos. Todavia, a exigência cumulativa deste duplo requisito pode acarretar, em alguns casos, lacunas de punibilidade relativamente ao *extraneus* senhor do facto (v. g., a não punição do *extraneus* que instrumentaliza ou coage o *intraneus* à realização criminosa, ou a não punição do *extraneus* instigado pelo *intraneus* à execução do facto). Daí a necessidade de o legislador estabelecer que nestes casos *pode* ser suficiente que o *extraneus* tenha o domínio do facto para ser considerado autor, ou seja, que se verifique o critério comum da autoria estabelecido no art. 26.º em qualquer uma das suas modalidades (domínio da acção, domínio da vontade do *intraneus*, domínio funcional do facto, ou domínio da decisão do *intraneus*). Só não acontecerá assim se for outra a intenção da norma incriminadora. A intencionalidade da norma deve buscar-se na interpretação do tipo incriminador e/ou das normas que o completem ou integrem. A oposição à aplicação do regime previsto na primeira parte do n. 1 pode afirmar-se, por exemplo, nos casos em que a punição do *extraneus* é expressamente prevista na Parte Especial.

O legislador quis ainda acautelar a ocorrência de agravações injustas da punição do *extraneus*. Com essa intenção estabeleceu um limite à punição do *extraneus* no n. 2 do art. 28.º, cujo funcionamento depende de dois requisitos: é necessário que sem a intervenção do n. 1 do art. 28.º fosse aplicada ao *extraneus* uma pena menos grave; é também necessário que as circunstâncias concretas do caso aconselhem, em homenagem a uma ideia de realização da justiça, a punição por essa pena menos grave. Como procurámos demonstrar, com este segundo requisito e com a natureza facultativa deste n. 2 do art. 28.º, o legislador encontrou o meio para ultrapassar a injustiça relativa que poderia resultar de uma substituição automática e imediata da pena mais grave por aquela que é mais favorável ao agente (por exemplo, a punição do cúmplice *intraneus* a partir da moldura do crime específico impróprio sendo um autor *extraneus* punido com a moldura do crime comum).

Embora o regime favorável do n. 2 do art. 28.º não possa ser aplicado nos casos em que o n. 1 fundamenta ele próprio a autoria do *extraneus* (não existindo qualquer punição como autor sem a sua intervenção), o grau de ilicitude do facto pode ser sempre ponderado pelo julgador por via das regras gerais de determinação da pena aplicável ao agente.

VI. BIBLIOGRAFIA CITADA

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, parte geral. Lisboa: Ministério da Justiça. vol. I.

BELEZA, Teresa Pizarro, A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. RPCC. ano 2. 1992.

_____. Ilicitamente comparticipando – O âmbito de aplicação do art. 28.º do Código Penal. BFD, volume especial de homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. III. Coimbra, 1984.

COSTA, José de Faria. Formas do crime. Jornadas de direito criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar. Lisboa: CEJ, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal. Parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I.

_____. Formas especiais do crime, textos de apoio à disciplina de direito penal. 5.º ano, 2004, 36.º e 37.º capítulos (que correspondem aos capítulos 30.º e 31.º, incluídos na 2. ed. do livro Direito penal. Parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I).

_____. La instigación como autoría. Un réquiem por la "participación" como categoria de la dogmática jurídico-penal portuguesa? Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Thomson/Civitas, 2005.

FARIA, Paula Ribeiro de. Artigo 291.º. Comentário conimbricense do Código Penal. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. t. II.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Lições de direito penal. Lisboa: Verbo, 1992.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. vol. II.

MAURACH; GÖSSEL; ZIPF. Derecho penal, 2. Trad. Jorge Boffill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MONTEIRO, Henrique Salinas. A comparticipação em crimes especiais no Código Penal. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1999.

ROXIN, Claus. Autoría e dominio del hecho en derecho penal. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998.

_____. Strafrecht, II. München: Verlag C. H. Beck, 2003.

SEIÇA, Alberto Medina de. Artigo 360.º Comentário conimbricense ao Código Penal, Coimbra, 2001. t. III.

_____. Artigo 363.º Comentário conimbricense ao Código Penal. Coimbra, 2001. t. III.

STRATENWERTH, Günther. Strafrecht, I. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva, de Guilherme Guimarães Feliciano, *RT* 839/462, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1305 (DTR\2005\579);
- Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder uma valoração crítica e ulteriores contribuições, de Kai Ambos – *RBCCrim* 37/43 (DTR\2002\1);
- O Código Penal português de 1982 e a sua reforma, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 8/14 (DTR\1994\382);
- O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal, de Luís Greco e Alaor Leite – *RT* 933/61 (DTR\2013\3797); e
- Os novos crimes contra as pessoas (a experiência da reforma penal portuguesa, 1982-1995), de Manuel da Costa Andrade, *RBCCrim* 16/86, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/671 (DTR\1996\402).

65543

Crimes de colarinho branco e a (in)eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica

White-collar crimes and the in-(efficiency) of the legal-criminal protection of the economic order

Patrícia de Paula Queiroz Bonato
Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"– Unesp.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise da eficácia do direito penal econômico na repressão à criminalidade do colarinho branco. Diante da atualidade do tema, tendo em vista o julgamento parcial da APn 470, bem como os Projetos de Lei 6.616/2009 e 99/2009, torna-se imprescindível a discussão do tema, buscando reconhecer os entraves que ainda existem à persecução destes criminosos e, assim, avaliar a real eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica.

Palavras-chave: Direito penal econômico – Crimes do colarinho branco – Tutela jurídico-penal – Eficácia – Entraves à persecução.

Abstract: The goal of this article is to analyze the efficiency of Economic Criminal Law in repressing white-collar crimes. Considering the current status of such events in relation to the partial trial of Criminal Action n. 470, and also bill n. 6.616/2009 and 99/2009, it's essential to discuss this topic in an attempt to recognize the obstacles that still exist for the accusatory procedure of criminals and also to evaluate the real efficiency of the criminal-legal protection of the economic order.

Keywords: Economic criminal law – White-collar crimes – Legal-criminal protection – Efficiency – Obstacles for the accusatory procedure.

Sumário: 1. Introdução – 2. Interferência da economia no direito penal – 3. O direito penal econômico – 4. O pensamento de Sutherland e a definição dos *white collar crimes* – 5. A escola crítica e a crítica final à criminologia – 6. Legitimidade da tutela jurídico-penal da ordem econômica – 7. Entraves à persecução dos criminosos do colarinho branco – 8. Da insuficiência do controle na esfera administrativa – 9. Duplicidade de instâncias – 10. Conclusões – 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO[1]

A criminologia, ao longo do seu desenvolvimento (reconhecimento) como ciência, quase sempre se ocupou da definição do homem delinquente, buscando definir um verdadeiro perfil biopsíquico que o identificasse, estabelecendo ao mesmo tempo uma estreita relação entre a pobreza e os índices de criminalidade devido aos tendenciosos dados estatísticos nos quais a Escola de Chicago concentrava seus estudos.

No entanto, foi somente com a ruptura do pensamento criminológico clássico que essa ciência passou a ser verdadeiramente reconhecida como tal, intensificando-se os debates não mais sobre a causa dos delitos, mas acerca dos efeitos causados pela reação social e pelo inconveniente tratamento diferenciado das instituições de controle, formais ou informais, para com os criminosos no geral.

No início do século XX, ganhou relevo o interesse da criminologia voltado à criminalidade econômica, principalmente após a propagação das ideias de Edwin Sutherland sobre os delitos praticados pelo que denominou de criminosos do colarinho-branco. Tal pensamento rompeu com o tradicional determinismo biológico que marcava os estudos em matéria penal.

Nos idos dos anos 70 do século XX, surgem, concomitantemente nos Estados Unidos e na Inglaterra, os primeiros estudos da teoria crítica, denominada por muitos de radical e de "nova criminologia".[2]

As premissas desta escola se assentavam, basicamente, no pensamento marxista, sustentando ser o delito um fenômeno dependente do modo de produção capitalista, o que o fazia contribuir, assim, para a estabilidade política, legitimação do Estado sobre a violência e controle deste pela burguesia.

O advento da globalização e a consequente intensificação das relações de consumo deu origem às sociedades de risco, cuja dinâmica cria condições para o cometimento de crimes econômicos de larga nocividade social, os quais atentam contra a higidez da ordem tributária e previdenciária, do mercado de capitais, contra a Administração Pública, mas que, ainda assim, não recebem até o presente momento o devido tratamento pelas autoridades governamentais.

No âmbito da legislação brasileira, os primeiros sinais da regulamentação da ordem econômica como bem jurídico datam de 1930.[3] Até o ano de 1945, os cri-

---

1. Artigo vencedor do V Concurso de Artigos Jurídicos, promovido pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – Unesp em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

2. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 330.

3. PINTO, Emerson de Lima. A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 19.

mes contra a economia eram da competência do Tribunal de Segurança Nacional, os quais passaram a ser julgados pela Justiça comum somente com o Dec.-lei 8.186/1945.

Interessante destacar a instituição, pela Lei 1.521/1951, do Júri de Economia Popular para o julgamento, realizado pelo povo, dos criminosos do colarinho-branco. Contudo, a previsão deste júri especial não foi recepcionada na Carta de 1967.

Atualmente, a ineficácia do direito penal no tratamento da delinquência econômico-empresarial é notável. Mesmo com o aumento da tipificação das condutas lesivas a tais interesses transindividuais, a lei possibilita instrumentos sancionatórios insignificantes ao combate de tais crimes.

A previsão de multas, de extinção da punibilidade pelo pagamento do erário ao Fisco, ou a suspensão do feito pelo simples parcelamento da dívida, sem mencionar os casos em que o processo é atingido pela prescrição devido à morosidade nos julgamentos, são medidas que põem em risco a efetividade do direito penal e do próprio Estado Democrático de Direito.

O descrédito da sociedade nos órgãos de controle e combate à criminalidade do colarinho branco é plenamente justificável diante das estatísticas apontadas em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2013: houve apenas 205 condenações definitivas dentre os 25.799 processos que tramitavam na justiça brasileira no ano de 2012.[4]

Diante da atualidade do tema, e tendo em vista o recente julgamento parcial da APn 470 (Mensalão), do PL 6.616/2009, o qual pretende enquadrar os crimes de corrupção, peculato e concussão no rol dos hediondos, e outro de n. 99/2009, que prevê a inclusão automática de autoridades do Executivo, Legislativo e Judiciário na "malha fina", o estudo do tema revela-se de extrema pertinência.

Desta forma, o escopo do presente artigo será o de analisar a eficácia do direito penal econômico na repressão aos crimes do colarinho branco, avaliando os entraves à persecução que ainda existem em nosso ordenamento para que, ao final, possa ser delineada uma solução para a problemática dualidade de instâncias (administrativa e judiciária) e, principalmente, para a reafirmação do direito penal.

2. Interferência da economia no direito penal

O advento do fenômeno multidimensional da globalização alterou – e a cada dia continua implicando mudanças – as relações sociais e impôs uma nova ordem

4. Zampier, Débora. Justiça brasileira condena pouco em crimes de colarinho branco, diz CNJ. *Agência Brasil*. Brasília, 15.04. 2013. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-04-15/justica-brasileira-condena-pouco-em-crimes-de-colarinho-branco-diz-cnj]. Acesso em: 13.07.2013.

capitalista, a qual deve ser minuciosamente estudada e conceituada a fim de se compreender a sua potencial capacidade de interferência nos Estados nacionais e em suas leis.

No plano internacional, a globalização é capaz de modificar de maneira significativa os ordenamentos jurídicos internos através da assinatura de Tratados e Convenções ou mesmo pela mudança nas regras de jurisdição estatal com a cessão de parcela de sua competência para julgamento de crimes extraterritoriais.

Na ordem da política interna, as alterações propagadas pela globalização são mais notórias, uma vez que o aumento da exclusão social acelera a cisão entre os excluídos e a tutela penal, a qual se rende, muitas vezes, aos processos de seleção e de definição dos criminosos.

Nesse contexto, surge a exacerbação da repressão dos excluídos, que se distancia em muito do real objetivo da tutela penal, qual seja a de garantir a segurança por meio da proteção subsidiária dos bens jurídicos, ao mesmo tempo em que se almeja a ressocialização do indivíduo.

Apesar de não ser esta a oportunidade para uma análise mais detalhada do fenômeno, importa, no momento, apenas identificá-lo e traçar um panorama de suas consequências responsáveis pelas transformações do direito penal clássico, seja pelo surgimento de novos bens a serem tutelados, seja pela flexibilização das garantias fundamentais individuais.[5]

Duas consequências que interessam ao presente estudo, e que foram sinalizadas por Faria, são a fragmentação da produção e a catalisação do processo de diferenciação socioeconômica.[6]

Com estes novos processos mercadológicos, somados à redução dos espaços físicos e referenciais temporais, surge um descompasso entre o tempo da processualística penal e o das decisões corporativas, que buscam soluções instantâneas.

A forte interferência da política econômica na esfera criminal provocou a crise do moderno sistema penal em que se objetiva rápidos resultados, porém sem a devida adequação à dogmática criminal. E é exatamente nesse contexto de ampliação da atuação do direito penal moderno que surgem os esforços, por parte dos poderosos grupos econômicos, em evitar a tutela penal com base em argumentações garantistas.

No entanto, até mesmo Ferrajoli – idealizador da teoria italiana do garantismo penal – reconhece que nas áreas dos relevantes interesses sociais não pode o legisla-

---

5. SILVA, Ivan Luis Marques. *O direito penal como garantia fundamental (o novo enfoque decorrente da globalização)*. Dissertação (Mestrado em Direito), São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2007, 209 f., p. 43.

6. FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *RBCCrim* 22/239.

dor omitir-se ou criar tipos penais brandos para delitos que prejudiquem de forma gravosa a coletividade.[7]

O direito positivo estatal não consegue, desta maneira, acompanhar a velocidade acelerada na qual surgem as novas condutas penais típicas. A ausência do necessário tempo hábil para a produção legislativa ocasiona leis sem sistematização e, por consequência, sem eficácia.

Neste sentido, são os dizeres de Baratta:[8]

"Quanto mais direto e decisivo seja o peso com base no qual os grupos de interesse, utilizando para isso os múltiplos canais que se encontram à sua disposição, afetem a legislação penal, maior será a impotência da instância científica e maior será o grau a que fica reduzida, desempenhando um papel instrumental na preparação dos elementos técnico-jurídicos (...)."

3. O DIREITO PENAL ECONÔMICO

O aumento do volume de capitais e bens em circulação, bem como o da competitividade entre grandes entes empresariais, possibilitou a prática de condutas potencialmente lesivas à sociedade e que, diferentemente do que acusava a ciência penal e a criminologia, são praticadas por agentes que até então nunca estiveram sob o olhar repressivo do sistema penal.

Os sujeitos ativos dessa natureza de crimes são, normalmente, bem caracterizados por possuírem considerável poder aquisitivo e concentrarem em si a opção por não delinquirem, o que lhes rende a chamada classificação de *crimes of the powerful*.[9]

A Constituição Federal dispõe sobre a ordem econômica aos arts. 170 e 173 e parágrafos, porém, ainda é tormentosa a tarefa de definir, em apenas um único conceito, o que venha a ser a criminalidade econômica.

A doutrina majoritária leciona que, além das leis relativas à defesa da ordem econômica e tributária, fazem parte dessa espécie de tutela jurídico-penal também os crimes falimentares, de improbidade administrativa, contra a ordem financeira, de corrupção, contra as relações de consumo, Administração Pública e o meio ambiente.

A grande dificuldade deste ramo do direito se encontra exatamente na punição dos agentes, uma vez que a apuração da materialidade dos delitos econômicos é dificultada em razão do grau de especialização das técnicas por eles utilizadas.

---

7. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 438.
8. BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal. *Revista de Direito Penal* 31/18.
9. VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes do colarinho branco*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 26.

Pelo fato de ocuparem uma posição superior na estratificação social, o que serve inclusive de questionamento acerca da necessidade de ressocialização, os criminosos do colarinho-branco não são punidos da forma como deveriam sê-lo: exemplar, tendo em vista o dano imensurável à sociedade no geral, seja por frustrar as políticas públicas sociais em decorrência do prejuízo ao erário, ou pelo descrédito para com o Judiciário.

4. O PENSAMENTO DE SUTHERLAND E A DEFINIÇÃO DOS *WHITE COLLAR CRIMES*

A ciência da criminologia, no início do século XX, era ainda marcada por imprecisões e preconceitos em suas teorias, as quais se articulavam segundo a linha de estudos da sociologia norte-americana: associação da criminalidade às classes sociais mais baixas e às condições de geografia de desorganização social, bem como o suporte nas estatísticas oficiais (quase sempre marcadas pela omissão de dados – cifra negra).

A falta de precisão das teorias desenvolvidas até então pela criminologia, na maioria das vezes, desestimulava os acadêmicos e administradores públicos a proceder às investigações criminológicas, negando-lhes, inclusive, seu caráter científico.[10]

Nesse contexto adverso, Edwin Hardin Sutherland (1883-1950) empenhou-se, então, na formulação de uma teoria geral que definisse todas as modalidades de crimes e de delinquentes, dando a ela o nome de *associação diferencial*.

Para Sutherland, os indivíduos desenvolvem um perfil criminoso a partir de um processo de aprendizagem presente em um grupo social. Desta forma, a origem dos crimes não está no déficit de socialização, mas sim no contato com valores, práticas e condutas favoráveis à desobediência da lei que resultam uma socialização diferencial.[11]

Confrontando a incipiente teoria que se desenvolvia com as estatísticas oficiais, Sutherland percebeu que os números relativos aos crimes praticados pelo alto empresariado não constavam dentre aquelas. Assim, as investigações do criminólogo levaram à certeza do cometimento de tais delitos e de sua omissão nos dados oficiais.

A teoria da associação diferencial representou, nesse sentido, um verdadeiro marco nos estudos da criminologia. Ao corroborar a tese da inexistência de relação

---

10. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 110.

11. Idem, p. 111.

direta entre a criminalidade e fatores biológicos ou socioeconômicos, restava a tarefa de identificação dos criminosos do colarinho branco e da consequente definição de tais crimes.

Segundo Hermann Mannheim, há quatro elementos que definem o conteúdo dos *white collar crimes*: (1) é um crime; (2) cometido por pessoas respeitáveis; (3) com elevado *status social*; (4) no exercício de suas profissões.[12]

A respeitabilidade diz respeito à carreira construída pelo agente em determinada área de concentração, de seu reconhecimento público pelo sucesso alcançado, ao passo que o *status* social significa sua aceitabilidade em determinado grupo social.

A partir desta conceituação e de seus estudos na área, Sutherland pôde concluir que a delinquência nas grandes corporações foi persistente, sendo considerável a reincidência dos dirigentes de tais negócios (em torno de 97,1%);[13] os ilícitos praticados pelos grandes empresários eram muito mais extensos que os relatados pelas autoridades ou registrados e denunciados; a prática de tais condutas não ocasiona a perda do referido *status social* de tais delinquentes.

Por fim, a percepção de Sutherland o fez chegar à conclusão de que os criminosos do colarinho branco, juntamente com a sociedade, autoridades e até mesmo estudiosos, não consideram tais atitudes como crimes, o que, na prática, prejudica a persecução penal e, nesse sentido, a devida condenação.

5. A ESCOLA CRÍTICA E A CRÍTICA FINAL À CRIMINOLOGIA

A teoria crítica da criminologia surge, como já mencionado, ao mesmo tempo nos Estados Unidos, entre professores e alunos da Universidade de Berkeley, que buscavam a própria redefinição do objeto da criminologia, e Inglaterra, cujos estudos convergiam para a abolição das desigualdades sociais e da exploração econômica.[14]

Ancorada no pensamento de Marx, esta Escola desponta como uma profunda e sólida crítica às teorias antes formuladas pelos estudiosos da criminologia, as quais são denominadas pelos críticos (dialéticos) de funcionalistas,[15] uma vez que não alcançam uma compreensão global do fenômeno criminal.

---

12. MANNHEIM, 725 apud VERAS, op. cit., p. 29.
13. RODRIGUES, Savio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político- criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 114.
14. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 327.
15. Idem, p. 333.

Desta forma, os adeptos dessa teoria afirmam que a rotulação dos criminosos favorece aos interesses da burguesia e que, nesse contexto, os criminosos do colarinho branco não são etiquetados exatamente por pertencerem à classe dominante, controladora dos meios de produção e, igualmente, da aplicação da lei.

A teoria crítica propõe, desta forma, uma profunda reflexão acerca dos elementos que configuram o próprio conceito de crime, haja vista o sistema legal ser influenciado pelo poder e privilégios de poucos.

Tanto é assim que muitos estudiosos, dentre eles Shecaira,[16] considera a corrente abolicionista uma vertente da teoria crítica, por entender que a problemática reside exatamente no sistema penal, o qual compreendem ser anômico, seletivo, burocrata e extremamente estigmatizante.

6. LEGITIMIDADE DA TUTELA JURÍDICO-PENAL DA ORDEM ECONÔMICA

Os bens jurídicos da ordem econômica não são, ao contrário do que defendiam os adeptos da teoria patrimonialista, aqueles cuja lesão atingirá patrimônios particulares, individuados, mas, ao contrário, representam interesses patrimoniais transindividuais relacionados às funções sociais e econômicas do Estado.[17]

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 repudia o *status* governamental patrimonial a ela atrelado,[18] balizando o sistema econômico sobre os fundamentos da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, como tal, é alcançada através de políticas públicas destinadas à erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º da CF/1988). Não só o recolhimento dos tributos e a escorreita arrecadação asseguram tal perspectiva, mas sim a estabilidade do sistema econômico e tributário como um todo.

A promoção de tais direitos fundamentais à pessoa humana, por outro lado, é possível somente com a solidariedade social, ou seja, com a captação compulsória de todos os contribuintes (respeitados os postulados da universalidade, capacidade contributiva e progressividade).

A isonomia, por fim, representa a resposta penal igual a todos aqueles que infringem a lei e prejudicam, em grande medida, a coletividade.

Nesse sentido, Araújo Jr. assinala que o surgimento de novos tipos penais não representa contradição ao princípio da intervenção penal mínima, uma vez que os

16. Idem, p. 327.
17. Idem, p. 349.
18. Idem, p. 359.

bens jurídicos difusos e coletivos são criação recente e que, por isso, necessitam da tutela penal para se afirmarem e serem reconhecidos.[19]

Cabe, ademais, lembrar que o desvio não é uma qualidade do autor, mas sim um processo interativo que se forma pela conduta típica e pela resposta dada pelos controles formal e informal. No geral, é uma forma de seleção discriminatória empenhada pela sociedade, no clássico *etiquetamento*.

Por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, incorporada ao ordenamento pátrio através do Dec. 5.687/2006, evidenciou a necessidade do monitoramento das contas dos agentes públicos, bem como da flexibilização do sigilo bancário destes.

Sabendo-se que o procedimento de quebra do sigilo bancário é realizável apenas com autorização judicial para tanto, a judicialização das investigações e da própria condenação é medida que se impõe.

7. ENTRAVES À PERSECUÇÃO DOS CRIMINOSOS DO COLARINHO BRANCO

A grande dificuldade da repressão e controle dos delitos econômicos e, consequentemente, na condenação destes criminosos reside exatamente na utopia da garantia de isonomia no direito penal e, particularmente, na sistemática político-criminal.

Um dos motivos da manifesta dificuldade na condenação dos criminosos do colarinho branco é o fato de esses crimes serem, na grande maioria dos casos, circunstanciais, não deixando provas materiais que levem rapidamente à justa causa. A este empecilho soma-se a própria sistemática processual brasileira que prevê inúmeros recursos nos diferentes graus da jurisdição e que ocasionam a morosidade nos julgamentos.

A Lei 8.137/1990 (sonegação fiscal), por exemplo, traz em seu bojo questões emblemáticas que refletem os entraves da prática judicial nesses tipos penais. A principal dificuldade na punição dos criminosos incursos nestes crimes é a necessidade do lançamento tributário admitida pela lei e imposta pela jurisprudência.

Neste sentido, julgam nossos Tribunais:[20]

---

19. ARAÚJO JR., 89 apud PINTO, op. cit., p. 38.

20. BRASIL. TRF-2.ª Reg., Revisão Criminal 200902010123348, rel. Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 25.04.2013. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:IhDz453rGbMJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D200902010123348%26CodDoc%3D276151+200902010123348+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8]. Acesso em: 14.07.2013.

"Processo penal. Revisão criminal. Art. 1.º, I, da Lei 8.137/1990. Necessidade de constituição definitiva do crédito tributário. Condição objetiva de punibilidade. Procedência da ação. I – Por se tratar de crime material, a conduta descrita no art. 1.º, I, da Lei 8.137/1990 só se consuma quando restar definitivamente constituído o crédito tributário. II – Trata-se de condição objetiva de punibilidade, sem a qual se torna inviável a deflagração da ação penal. III – O prazo para a apresentação de recurso nos autos do procedimento administrativo de lançamento tributário foi devolvido à requerente, donde se conclui que o crédito tributário não tinha sido definitivamente constituído quando da deflagração da ação penal. IV – Recurso voluntário provido na esfera administrativa. Crédito que não foi definitivamente constituído. V – Revisão criminal julgada procedente. (TRF-2.ª Reg., RVC: 200902010123348, j. 25.04.2013, rel. Desembargador Federal Paulo Espirito Santo, 1.ª seção especializada, data de publicação: 02.05.2013)."

É dizer, deve haver primeiramente o esgotamento da instância administrativa para que as investigações criminais supervisionadas pelo Ministério Público, e orientadas à formação da justa causa, sejam possíveis. Desta forma, a persecução penal resta truncada por motivações políticas.

Tal entendimento esdrúxulo está sintetizado na Súmula Vinculante 24, segundo a qual: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."[21]

Importa observar, ainda, que o lançamento condiciona a discussão apenas no âmbito penal, uma vez que não existe qualquer limitação imposta na esfera cível. Como observa José Maria de Castro Panoeiro, não há mais o reconhecimento da autonomia dos juízos criminal e cível; atualmente, a decisão deste prevalecerá àquela do âmbito penal.[22]

A despeito da referida Súmula 24 ter sofrido algumas atenuações – como é o caso da percepção de fraude no bojo de um processo trabalhista dispensar o lançamento – o fato é que os crimes tributários constituem-se em válvula de escape para os criminosos do colarinho branco.

Cabe ao juiz criminal investigar se o caso concreto é, ou não, hipótese de incidência tributária e também de possível fato típico. Retirar-lhe tal incumbência, além de privá-lo da oportunidade de constatar eventual equívoco por parte do Fis-

21. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 24*. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265]. Acesso em: 15.07.2013.

22. PANOEIRO, José Maria de Castro. As controvérsias da Lei 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico-criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico:* contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 320.

co, é um entrave processual com o qual o Estado Democrático de Direito não pode conviver.

Apesar de nos idos de 1991 e 1995 o sistema penal ter vivenciado um período no qual os delitos tributários possuíam regime muito similar ao dos crimes comuns, as alterações legislativas posteriores delinearam a impunidade que marca, hodiernamente, o desfecho do julgamento destes crimes.

Outra benesse legal que é sumamente aplicada aos crimes tributários é a da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito anteriormente ao recebimento da denúncia, conforme redação do art. 34 da Lei 9.249/1995.[23]

Apesar da semelhança com o instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal brasileiro, a diferença de tratamento da medida da punição é notável.

Enquanto que nos crimes comuns, essencialmente patrimoniais, cuja lesão fica adstrita à esfera individual, haverá somente a redução da pena caso o dano seja reparado, nos crimes tributários, que lesam a coletividade, o pagamento ensejará a extinção da punibilidade.

Nos julgamentos dos crimes do colarinho branco, a interpretação da lei não encontra limites para o abrandamento da persecução penal. Os Tribunais têm entendido que basta o parcelamento do débito para a suspensão do feito:[24]

"Penal. Apropriação indébita previdenciária. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Art. 168-A, § 1.°, I, do Código Penal. Parcelamento. Suspensão da persecução penal e do prazo prescricional. Irregularidade no pagamento. Retomada da tramitação. Prescrição. Inocorrência. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. Dificuldades financeiras da empresa. Necessidade da existência do dolo para configuração do delito. 168-A § 1.°, I, Código Penal. (200582000104299, 4.ª T., j. 07.05.2013, rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, data de publicação 09.05.2013)."

Desta forma, a principal crítica ao tratamento penal dos crimes econômicos está na conformação privilegiada que a jurisprudência do país confere a sua pretensão punitiva. Afinal, os reiterados julgados fizeram com que esses delitos, na maioria das vezes de perigo abstrato, dependessem de um resultado para que seus agentes fossem punidos.

---

23. "Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

24. Brasil. TRF-5.ª Reg., Jurisprudência, rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Recife, 07.05.2013. Disponível em: [www.trf5.gov.br/ Jurisprudencia/ JurisServlet?op=exibir&tipo=1]. Acesso em: 14.07.2013.

Seja pelas sucessivas normas que permitem o pagamento a qualquer tempo, bem como a extinção da punibilidade, ou pela possibilidade de parcelamento do débito,[25] resta (praticamente) impossível a condenação – ou mesmo a denúncia – do sonegador.

A Lei 9. 613/1998 (lavagem de dinheiro) é, ao lado da lei de sonegação fiscal, fonte de profundas controvérsias. A principal delas reside na ausência de elementos interpretativos concretos para aplicação aos casos práticos.

A despeito das alterações trazidas pela Lei 12.683/2012, que trouxe mudanças positivas à fiscalização e repressão do crime em comento (extinção do rol taxativo de crimes que antecedem aos de lavagem de dinheiro, bem como a possibilidade de alienação antecipada e do enquadramento neste delito com a prática de uma contravenção), a polêmica da não aceitação da organização criminosa como crime antecedente ao da lavagem de capitais divide os estudiosos no tema.

Segundo o STF, tal impossibilidade se justifica pela ausência de previsão normativa nesse sentido estrito, e que a definição trazida pela Convenção de Palermo não foi devidamente regulamentada.

Questão que se reveste de maior polêmica ainda é a da impossibilidade de os relatórios do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), unidade de inteligência financeira do país, serem utilizados, de imediato, como indícios de prova.

Em 2011, a decisão do STJ de anular as provas da Operação Boi Barrica, baseada em argumentos vagos, é exemplo do inadequado tratamento das provas nos processos que julgam os criminosos do colarinho branco.

A peculiaridade da colheita de provas se dá, em grande medida, pela necessidade de perícias altamente qualificadas no tema em específico; contudo, a cultura jurídica brasileira quase sempre se voltou aos crimes comuns, que deixam vestígios materiais (corpo de delito) e requer, por isso, maior investimento em profissionais assim qualificados, imbuídos da necessária cultura da prevenção aos crimes do colarinho branco.

8. DA INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE NA ESFERA ADMINISTRATIVA

A despeito das inúmeras dificuldades verificadas, no âmbito judicial no que tange à repressão, investigação e condenação dos criminosos do colarinho branco, é igualmente sabido que as demais formas de controle social revelam-se faticamente insuficientes, tais como a intervenção civil e a administrativa.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão de deliberação coletiva cuja função precípua é a realização do controle de atividades financeiras suspeitas e a aplicação de penas administrativas aos incursos nos crimes de lavagem de dinheiro (art. 14 da Lei 9.613/1998), é formado apenas por representantes do Executivo.

25. PANOEIRO, op. cit., p. 332.

A fragilidade do Coaf encontra-se não somente no reduzido número de Conselheiros (atualmente, contabilizam-se onze[26]), mas principalmente pelas diferentes atividades que desempenham, uma vez que exercem tanto os seus trabalhos nos respectivos órgãos/entidades de origem, como as funções regulares de controle.[27]

O referido órgão, criado exclusivamente para a apuração dos crimes de lavagem de dinheiro, deve ser integrado por profissionais altamente capacitados e que se dediquem com exclusividade a tal empenho. Por fiscalizarem operações altamente complexas, cuja execução é feita por agentes muito bem instruídos, aqueles devem operar na mesmo proporção a fim de obter relatórios mais completos e suficientes à justa causa no âmbito da persecução penal.

Ademais, apesar de contar com mais de 10 anos de existência, o Coaf apresenta ainda certa desarticulação,[28] uma vez que no plano interno não foi estabelecida uma orientação institucional permanente, justificada em grande medida pelos diferentes organismos que o compõem.

No plano externo, a falta de uma cultura jurídica de repressão aos crimes de lavagem de dinheiro e a própria origem (direito internacional) dessas unidades de inteligência ensejam a pouca compreensão e insuficiente atenção dada e elas pelo direito brasileiro.

Outra crítica referente ao controle no âmbito administrativo é relacionada à patente parcialidade na condução dos procedimentos. Os representantes dos contribuintes no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), por exemplo, não são remunerados para atuarem nesse órgão federal. Recebem, no entanto, apenas ajudas de custo com passagens aéreas e estadias.

No que concerne à segurança jurídica, sabe-se que a Administração não detém as garantias inerentes ao Judiciário (inamovibilidade e vitaliciedade) no julgamento das lides.

O relatório final elaborado pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração – Cepa, da UFRGS, e enviado ao CNJ em 2011, revelou que essa realidade gera insegurança nos administrados, o que faz por aumentar as demandas judiciais.[29]

---

26. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. *Estrutura do Coaf*. Disponível em: [www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/institucional/o-coaf/estrutura-do-coaf/]. Acesso em: 26.07.2013.

27. RODRIGUES, Plinio Pontes. *Coaf: Unidade de Inteligência Financeira do Brasil*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2008, 59 f., p. 26.

28. Idem, p. 50.

29. SOUZA JR., Cezar Saldanha et al. *Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa*. Porto Alegre, 2011. (ref. à terceira fase da Pesquisa

Desta forma, tendo em vista que os crimes do colarinho branco muitas vezes apresentam conformação transnacional, e que a cooperação internacional subordina-se à vontade do Executivo,[30] é notório o grau de parcialidade quando se leva em conta que, para determinados ilícitos, agentes públicos, integrantes de carreiras do referido Poder, estarão envolvidos.

Ainda sob o aspecto das garantias, sabe-se que as investigações realizadas somente pelos órgãos extrajudiciais, sem a devida supervisão do Ministério Público, titular por excelência da ação penal, são temerárias. Eventuais abusos de poder, ou mesmo negligência na obtenção de provas, certamente não constariam dos autos.

Nesse sentido, concluiu certa vez o Mestre Zaffaroni: "(...) a centralização do poder punitivo nas mãos dos órgãos executivos é fato comprovado amplamente, com que se desequilibra seriamente a tripartição dos poderes do Estado democrático."[31]

9. DUPLICIDADE DE INSTÂNCIAS

Por todo o exposto até o momento, nota-se que os crimes econômicos apresentam um duplo tratamento pelo direito brasileiro, recebendo apreciação da complexa instância administrativa, porém, ao mesmo tempo, sendo igualmente julgados pelo Poder Judiciário.

Ao contrário da esperada cooperação no trabalho desenvolvido por ambas as instâncias, estas atuam de forma quase independente, de modo que as provas produzidas administrativamente não são admitidas, muitas vezes, na esfera judicial. Não é exagero afirmar que tal atuação é marcada por uma competição e uma preocupante divergência de posicionamentos.

A presença de normas que obstaculizam o acesso ao Judiciário na fase ainda administrativa, a exemplo do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1990, é uma limitação exagerada entre as instâncias, cuja constitucionalidade é inclusive questionada pelo STF (cf. Informativo 327).[32]

---

do Edital de Seleção n. 01/2009 do CNJ). Disponível em: [http://niajajuris.org.br/index.php/artigos/462-inter-relacoes-entre-o-processo-administrativo-e-o-judicial]. Acesso em: 27.07.2013.

30. Teoria geral do delito pelo colarinho branco. rev. e ampl. 2014. Disponível em: [www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-v-da-de-judicializacao-da-investigacao-e-da-des-obrigatoriedade-da-acao-penal]. Acesso em: 24.07.2013.

31. PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 71.

32. Lei de Execução Fiscal e acesso ao Judiciário. *Informativo n.* 327. Brasília, out. 2003. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo327.htm]. Acesso em: 20.07.2013.

Em termos de direito comparado, o já mencionado estudo realizado pela UFRGS e enviado ao CNJ sob a forma de relatórios em 2011 apontou que os sistemas francês, português e norte-americano apresentam estrutura jurisdicional administrativa bem separa, cuja competência é igualmente bem delimitada.[33]

Por fim, talvez a maior crítica a ser feita quanto ao combate aos crimes do colarinho branco no âmbito administrativo seja quanto à forma como os atos administrativos são produzidos no direito brasileiro: sem qualquer controle do Poder Legislativo.

Assim, constata-se que, em grande medida, a problemática da tutela jurídico-penal dos crimes econômicos reside não somente nas incongruências da dogmática e jurisprudência, mas, igualmente, no descompasso entre as instâncias, executiva e judiciária, responsáveis pelo acompanhamento das atitudes suspeitas e posterior persecução destes criminosos do colarinho branco.

Desta maneira, constata-se que a grande problemática da tutela jurídico-penal reside nas incongruências da dogmática e jurisprudência, mas, igualmente, no descompasso entre as instâncias, executiva e judiciária, responsáveis pelo acompanhamento das atitudes suspeitas e posterior persecução destes criminosos do colarinho branco.

10. Conclusões

Por todo o exposto, constata-se que o recurso ao direito penal econômico como instrumento apto ao combate aos crimes do colarinho branco é, apesar da sua fragilidade, amplamente aceito pelos estudiosos do tema e pelos integrantes do chamado controle informal da criminalidade.

A tipificação de novas condutas criminosas, que surgem a cada passo da evolução dos meios de interação social, não representa, como visto, uma violação aos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal; pelo contrário, serve de instrumento permissivo de liberdades nas relações econômicas.

Contudo, faltando clareza às normas penais, cujos tipos muitas vezes mostram-se vagos e, por consequência, quase impraticáveis, conclui-se pela necessidade de uma atividade legislativa mais responsável e empenhada na busca por justiça social. Somente desta maneira haverá leis que garantem a pacificação da sociedade e não mero simbolismo jurídico-penal.

A dogmática estritamente formal e pouco instrumental, imbuída de mecanismos que arredam a alta criminalidade da sua (devida) condenação, enseja o descrédito dos jurisdicionados – e principalmente dos marginalizados – para com a ciência

33. Idem, p. 143.

criminal. A isso, soma-se a necessidade (abusiva) de fazer referência a leis ou regulamentos extrapenais a fim de complementar o sentido das descrições dos tipos.

Nesse contexto, é patente a necessidade de atuação conjunta das instâncias formais de controle, tanto jurídicas quanto administrativas, através de intensa comunicação de dados e pesquisas, para que se alcance um verdadeiro padrão de vigilância dos criminosos da alta classe social.

É mais seguro e prudente o investimento em especialistas no manejo de dados técnicos e de outras áreas para cooperarem nos processos judiciais e nas investigações a apostar somente na atividade legiferante que, pela crescente demanda, mostra-se desorganizada e inconstante.

Os meios de comunicação brasileiros, por fim, estão a mobilizar uma nova consciência nacional, dirigindo as atenções do público também para os crimes praticados fora das suspeitas usuais, como é caso do julgamento da APn 470 pelo STF, amplamente acompanhada pela mídia, cujas condenações revelam o início de uma mudança de paradigma.

Os Projetos de Lei 6.616/2009, que pretende enquadrar os crimes de corrupção, peculato e concussão no rol dos hediondos, e o de n. 99/2009, que prevê a inclusão automática de autoridades do Executivo, Legislativo e Judiciário na "malha fina", são alguns exemplos recentes de pequenas, mas significativas, mudanças que se operam no tratamento destes crimes.

Apesar de a tolerância da sociedade diante da alta criminalidade se justificar em grande parte pela aparente ausência do caráter ressocializador da pena, as outras finalidades da sanção não podem ser olvidadas, a exemplo da restituição do prejuízo ao erário, da retribuição do mal causado à sociedade e do caráter preventivo geral que a pena possui.

Desta forma, cabe ao direito penal econômico empenhar esforços no recrudescimento do tratamento dos criminosos do colarinho branco a fim de que os prejuízos (inestimáveis) à sociedade sejam recompensados e que, ao final, esta ciência possa lograr maior independência das influências político-econômicas que, em grande medida, ainda a afetam.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Trad. Juarez Tavares Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Criminologia e dogmática penal. *Revista de Direito Penal*. n. 31. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun. 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 327*. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo327.htm]. Acesso em: 20.07.2013.

_____. _____. *Súmula n. 24*. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265]. Acesso em: 15.07.2013.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. *Estrutura do Coaf*. Disponível em: [www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/institucional/o-coaf/estrutura-do-coaf/]. Acesso em: 26.07.2013.

FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 22. p. 231-240. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

SOUZA JR., Cezar Saldanha et al. Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa. Porto Alegre, 2011. (ref. à terceira fase da Pesquisa do Edital de Seleção do CNJ n. 01/2009). Disponível em: [http://niajajuris.org.br/index.php/artigos/462-inter-relacoes-entre-o--processo-administrativo-e-o-judicial]. Acesso em: 27.07.2013.

PANOEIRO, José Maria de Castro. As controvérsias da Lei 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico-criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org). Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

RODRIGUES, Plinio Pontes. *Coaf: Unidade de Inteligência Financeira do Brasil*. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito), São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2008, 59 f.

RODRIGUES, Savio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: Souza, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SILVA, Ivan Luís Marques da . *O direito penal como garantia fundamental (o novo enfoque decorrente da globalização)*. Dissertação (Mestrado em Direito), São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2007, 209 f.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SOUZA JR., Cezar Saldanha et al. Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução

deveria ser tentada previamente na esfera administrativa. Porto Alegre, 2011. (ref. à terceira fase da Pesquisa do Edital de Seleção n. 01/2009 do CNJ). Disponível em: [http://niajajuris.org.br/index.php/artigos/462-inter-relacoes-entre-o-processo-administrativo-e-o-judicial]. Acesso em: 27.07.2013.

SUTHERLAND, Edwin. El delito de cuello blanco. Trad. Julia Varela. Madri: La Piqueta, 1999.

Teoria geral do delito pelo colarinho branco. Disponível em: [www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/ivdadejudicializacaoda-investigacao-e-da-des-obrigatoriedade-da-acao-penal]. Acesso em: 24.07.2013.

VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes do colarinho branco*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ZAMPIER, Débora. Justiça brasileira condena pouco em crimes de colarinho branco, diz CNJ. *Agência Brasil*. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-04-15/justica-brasileira-condena-pouco-em-crimes-de-colarinho-branco-diz-cnj]. Acesso em: 13.07.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria dos *white-collar crimes*, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela, de Guilherme Gouvêa de Figueiredo – *RBCCrim* 94/417 (DTR\2012\23);
- Direito penal secundário, inflação legislativa e *white-collar crimes*, de Guilherme Gouvêa de Figueiredo, *RBCCrim* 87/298, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/111 (DTR\2010\870);
- Nova hermenêutica para os crimes de colarinho-branco – Crimes contra ordem tributária, econômica e financeira, de Artur César de Souza, *RTrib* 96/319, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/81 (DTR\2011\1148); e
- Os crimes econômicos na APn 470/MG: dificuldades e desafios, de Luciano Anderson de Souza – *RT* 933/317 (DTR\2013\3786).

65544

Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos

Economic and social rights and criminality of those in power: criminal law and the challenge represented by the criminality of the powerful

Ricardo Freitas

Doutor em Direito. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor de Direito Penal da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Procurador da Justiça Militar.

Área do Direito: Penal

Resumo: Argumenta-se neste trabalho que a intervenção do direito penal de garantias visa não somente à tutela de bens jurídicos individuais, na medida em que o Estado Social e Democrático de Direito encontra-se comprometido com a salvaguarda dos direitos humanos em todas as suas dimensões. Defende-se ainda o ponto de vista de que a criminalidade dos poderosos, sobretudo a que se expressa na corrupção e nas diversas formas de criminalidade econômica, vulnera direta ou indiretamente não somente os direitos econômicos e sociais, mas também a própria democracia, tornando legítima a intervenção penal nesta seara da vida social.

Palavras-chave: Direitos econômicos e sociais – Corrupção – Criminalidade econômica.

Abstract: It is argued in this paper that the intervention of criminal law guarantees not only the protection of individual property, to the extent that the democratic rule of law is committed to safeguarding human rights in all its dimensions. It also defends the view that crime committed by those in power, especially those related to corruption and the different forms of economic crime, directly or indirectly violate not only social and economic rights, but also democracy itself, making criminal intervention legitimate in this field of social life.

Keywords: Economic and social rights – Corruption – Economic crime.

Sumário: Introdução: repensar o direito penal e os direitos humanos à luz do Estado Social e Democrático de Direito – 1. A emergência histórica e a configuração dos direitos econômicos e sociais enquanto direitos humanos – 2. A criminalidade dos poderosos e os direitos humanos: a corrupção, a criminalidade econômica e a criminalidade organizada como formas de desvio que afetam os direitos econômicos e sociais – 3. O direito penal do Estado Social e Democrático de Direito e a salvaguarda dos direitos econômicos e sociais – 4. Conclusão: a necessária intervenção do direito penal do Estado Social e Democrático de Direito para a preservação dos direitos econômicos e sociais – 5. Bibliografia.

INTRODUÇÃO: REPENSAR O DIREITO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS À LUZ DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fundamentar e assegurar os direitos humanos são duas faces da mesma moeda. Por um lado, se pouco adianta justificá-los sem positivá-los e sem oferecer instrumentos legais para a sua proteção, por outro, a concretização jurídica dos direitos e das garantias que os acompanham é substancialmente facilitada pela sua fundamentação em termos consistentes.

Tradicionalmente, o direito penal tem sido considerado um instrumento legítimo de proteção dos direitos individuais (direito à vida, direito à integridade física, direito à liberdade de locomoção etc.), observados os limites que lhes são impostos pelos valores constitucionais e pelos princípios constitucionais em matéria penal. No entanto, o mesmo não sucede quanto aos chamados direitos econômicos e sociais. Juristas críticos reclamam que a expansão do direito penal decorrente da pretensão de tutelar direitos coletivos pode acarretar consideráveis danos às liberdades individuais. Contudo, em nosso entendimento, os riscos da produção de lesão aos direitos individuais pelo direito penal existem tanto no Estado Liberal de Direito como no Estado Social e Democrático de Direito. Num ou noutro, indiferentemente, exige-se do legislador e da doutrina penal um compromisso efetivo com os direitos humanos com a finalidade de fazer com que o direito penal possa realizar a sua promessa de assegurar a liberdade individual.

A intervenção do direito penal de garantias visando à tutela dos direitos econômicos e sociais é indispensável, sobretudo em se tratando dos direitos mais frequentemente atingidos pela ação dos poderosos, os quais têm se mostrado relativamente imunes aos efeitos produzidos pelo emprego do direito penal clássico ou liberal. Em se tratando da proteção dos direitos humanos, a criminalidade dos poderosos, cuja maior expressão é a corrupção associada à criminalidade econômica e à criminalidade organizada, constitui objeto legítimo da intervenção penal no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito.

O primeiro capítulo trata do surgimento da noção de direitos humanos e da configuração jurídica e política dos direitos econômicos e sociais com a finalidade de recordar não somente o seu conteúdo, mas a sua importância, assim como o processo que culminou na sua positivação. O segundo aborda a chamada criminalidade dos poderosos e as suas múltiplas dimensões com a finalidade de demonstrar o seu potencial lesivo no que tange aos direitos econômicos e sociais. O último capítulo recorda e analisa as principais restrições doutrinárias ao direito penal do Estado Social e Democrático de Direito contemporâneo e as razões pelas estas não invalidam o esforço do direito penal em favor da proteção dos direitos sociais e econômicos.

1. A EMERGÊNCIA HISTÓRICA E A CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos podem ser classificados em diversas "gerações" a partir de critérios cronológicos e de conteúdo.[1] A primeira geração de direitos inclui os direitos individuais e políticos e a segunda, os direitos econômicos, sociais e culturais. Ambas, porém, formam um todo incindível, na medida em que uns necessitam apoiar-se nos outros para que possam tornar-se efetivos.

Cronologicamente, os direitos humanos são classificados de acordo com a sua progressiva elaboração doutrinária e a sua incorporação ao ordenamento jurídico estatal e ao direito internacional. No que diz respeito à sua origem, em termos gerais, enquanto as liberdades clássicas (direitos individuais, direitos humanos de primeira geração) radicam no individualismo liberal, os direitos sociais (direitos humanos de segunda geração) são conquistas provenientes dos combates travados pelas massas trabalhadoras por condições de existência mais favoráveis. Em última análise, por meio de uma luta incessante pontuada por avanços e recuos as classes trabalhadoras conquistaram o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais pelos governos, o que possibilitou a sua positivação nos ordenamentos jurídicos estatais ao lado dos direitos civis e políticos. Assinala Truyol y Serra (1977, p.20) acerca do referido processo político que, "se a burguesia liberal ascendente havia logrado o reconhecimento jurídico-positivo dos direitos individuais de liberdade, o proletariado, que parece como protagonista histórico (o quarto Estado) no compasso do processo de industrialização das sociedades ocidentais, e com especial consciência de classe na segunda metade do século XIX, reivindicou direitos econômicos e sociais". Assim, progressivamente, o direito ao trabalho, o direito de organização sindical, o direito de greve, ao salário justo, à previdência social, ao descanso, às férias remuneradas, à educação pública, à saúde pública, dentre muitos outros, foram reconhecidos.

Basicamente, no que tange aos direitos individuais, exige-se que o Poder Público se abstenha de impedir ou mesmo de dificultar o seu exercício, muito embora ele cumpra o importante papel de tutelá-los por intermédio do direito penal. Diferentemente, em regra, o Poder Público tem o dever de atuar para que os direitos sociais possam ser usufruídos em sua plenitude. Por conseguinte, se, por um lado, o Poder Público possui escassa legitimidade para interferir na esfera dos direitos individuais, por outro sua intervenção é absolutamente indispensável no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais (BOBBIO, 1982, p. 6). Portanto, ao contrário do

1. Em que pese o artificialismo de tal classificação, ela oferece vantagens didáticas não desprezíveis. Até aqueles que a criticam – e que estão em ampla maioria – frequentemente a utilizam, o que demonstra a sua utilidade em termos analíticos.

que ocorre com os direitos humanos de primeira geração, os direitos sociais, pelo menos na maioria dos casos, "não estão destinados a garantir a liberdade frente ao Estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo coletivo diante do Estado" (LOEWENSTEIN, 1982, p. 401).[2]

Podemos afirmar ainda que os direitos de primeira geração teriam uma natureza individualista, ao passo que os direitos sociais teriam caráter coletivo. Mas também neste ponto tal diferenciação não é de todo absoluta, considerando-se a existência de direitos que associam aspectos individuais e coletivos, a exemplo da liberdade religiosa e da liberdade de expressão (BOVEN, 1978, p. 71). Por outro lado, se é verdade que os direitos civis podem ser considerados direitos individuais, na medida em que tutelam os interesses dos indivíduos isoladamente considerados, e que, pelo contrário, os direitos sociais implicam numa prestação positiva à coletividade (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à educação etc.), o fato é que a referida distinção perde progressivamente a sua razão de ser, haja vista que o completo desenvolvimento da personalidade somente é possível em sociedade, ou seja, na coletividade na qual ele se encontra inserido. Sendo assim, quando a legislação protege os interesses coletivos ela também está protegendo os interesses individuais e vice-versa.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer, malgrado opiniões abalizadas em sentido contrário, que a efetivação dos direitos sociais é, em tese, mais problemática que a dos direitos individuais, considerando-se que aqueles dependem da capacidade concreta de cada país em promovê-los (BOBBIO, 1982, p. 72). Países subdesenvolvidos podem não conseguir tornar efetivos os direitos sociais ainda que seus governos possam desejá-lo. Em consequência, somos obrigados a admitir que as condições econômicas de cada país, seus recursos disponíveis ou mesmo as suas prioridades administrativas podem constituir obstáculos à efetivação dos direitos sociais. Em síntese: a efetivação dos direitos sociais depende, dentre outros fatores, das possibilidades concretas de cada governo atuar eficazmente neste sentido. Em princípio, os direitos civis e políticos podem ser concretizados de imediato, ao contrário dos direitos econômicos e sociais que se caracterizam pela progressividade. Tal característica dos direitos econômicos e sociais tem repercussão direta no direito penal, considerando-se que quanto maior a capacidade dos poderosos de apropriar-se dos recursos públicos percorrendo caminhos ilegais, menor a capacidade do Estado de tornar efetivos os direitos econômicos e sociais numa dada sociedade.

2. Naturalmente, tal distinção não é, de modo algum, absoluta. Se, por um lado, é verdade que a maioria dos direitos sociais implica numa obrigação de fazer por parte do Poder Público, existem importantes exceções à regra. Por exemplo, o direito de greve exige, sobretudo, uma abstenção por parte do Estado. Este não deve impor limites excessivos ao seu exercício para não anulá-lo, ocorrendo o mesmo com o direito de associação dos trabalhadores em sindicatos (HABA, 1986, p. 932).

É importante assinalar que o conceito de direitos econômicos e sociais e o de Estado Social e Democrático de Direito são correlatos. Estado Social e Democrático de Direito é o modelo jurídico-político de Estado que resulta justamente dos embates revolucionários travados pelo movimento sindical e pelos partidos políticos progressistas de todo o mundo pelo reconhecimento dos direitos econômicos e sociais.

O Estado Social e Democrático de Direito é intervencionista, haja vista a necessidade de interferir tanto na esfera da economia como na das relações sociais para assegurar efetividade aos direitos humanos, inclusive aos direitos sociais. Ao mesmo tempo em que o Estado Social e Democrático de Direito esforça-se para viabilizar cada vez mais a participação política de segmentos socialmente excluídos, ele compromete-se com a adoção de políticas de bem-estar social, favorecendo, assim, não somente a democracia, mas também, em última análise, o respeito aos direitos individuais. Sob o prisma econômico, o Estado Social e Democrático de Direito é um Estado capitalista, não existindo exemplos históricos de Estados Sociais e Democráticos de Direito que tenham renegado a economia de mercado para adotar o modelo socialista de produção. Por outro lado, em termos estritamente políticos, o Estado Social e Democrático de Direito pode perfeitamente ser governando por partidos socialistas democráticos. Ultrapassando o modelo liberal de Estado, o Estado de Bem-Estar Social não renega os valores liberais, mas, ao contrário, pretende dar-lhes uma dimensão mais concreta na medida em que os relaciona aos direitos econômicos e sociais indispensáveis a uma vida digna.

Se o Estado Social e Democrático de Direito é, no plano econômico, Estado capitalista, isto não significa que ele se encontre necessariamente atrelado à doutrina do liberalismo econômico, muito pelo contrário. Por definição, o Estado Social e Democrático de Direito é intervencionista em matéria econômica e social, tendo a pretensão de regular, em maior ou menor medida, o funcionamento do mercado em benefício da sociedade. Trata-se, portanto, de um modelo de Estado que se afasta da definição de Estado mínimo em matéria econômica e social. Reconhece-se, neste sentido, que a emergência dos direitos econômicos e sociais implicou em demandas políticas e sociais que ampliaram o Estado proporcionando a expansão da legislação e das instituições estatais (O'Donnell, 2011, p. 61). Tal fisionomia do Estado repercute diretamente no direito penal, redimensionando as suas funções, como veremos adiante.

Os direitos humanos, incluindo os direitos sociais, encontram-se permanentemente ameaçados de diferentes maneiras. O renascimento do liberalismo radical em matéria política e econômica, por exemplo, contribui para o seu enfraquecimento ao opor-se ao intervencionismo estatal em matéria econômica e social por considerá-lo não apenas um adversário das liberdades individuais, mas por tornar o Estado perdulário e ineficiente. Por outro lado, determinadas agressões particularmente lesivas aos direitos sociais também podem ter lugar no interior do próprio Estado intervencionista, a exemplo da criminalidade dos poderosos, espécie

de delinquência com potencial para abalar os próprios alicerces do Estado Social e Democrático de Direito.

2. A CRIMINALIDADE DOS PODEROSOS E OS DIREITOS HUMANOS: A CORRUPÇÃO, A CRIMINALIDADE ECONÔMICA E A CRIMINALIDADE ORGANIZADA COMO FORMAS DE DESVIO QUE AFETAM OS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

Os direitos econômicos e sociais, mesmo quando plenamente positivados, têm sua efetividade seriamente prejudicada pela denominada criminalidade dos poderosos. Esta manifestação da criminalidade compreende os fatos puníveis cometidos por indivíduos socialmente favorecidos, entendendo-se como tais os que se encontram relativamente imunizados contra as medidas repressivas do sistema penal em consequência de seu elevado *status* econômico ou político.

Dentre as diversas manifestações da criminalidade dos poderosos, merecem registro aquelas que afetam direta ou indiretamente os direitos econômicos e sociais, a exemplo da corrupção, inclusive a relacionada à criminalidade econômica.

A corrupção dos poderosos é a denominada macrocorrupção, entendida como sendo aquela modalidade praticada pelos grandes empresários, pelos agentes públicos situados na cúpula da Administração Pública, pelos agentes políticos que estão no topo dos Poderes da República e também pelas mais importantes lideranças políticas. As práticas corruptas dos empresários, dos agentes públicos e dos políticos poderosos solapam as bases do Estado Social e Democrático de Direito, o que, na verdade, pouco lhes preocupa, desde que as vantagens que aufiram decorrentes de seus comportamentos criminosos superem os custos decorrentes dos riscos por eles assumidos (ZURBRIGGEN, 2008, p. 435).

Os indivíduos economicamente e politicamente poderosos são mais organizados que o restante da sociedade no que diz respeito à defesa de seus interesses e isto vale para os casos em que eles precisam infringir o direito. A tenacidade com que a comunidade dos poderosos persegue seus propósitos socialmente nocivos contrasta com a debilidade da sociedade em se contrapor a tais desígnios. Em nossas sociedades, "os grupos poderosos têm poder para conseguir que determinado comportamento não seja considerado delito e seja tratado somente como ilícito civil ou administrativo", evitando a criminalização de condutas altamente nefastas e influenciando, dessa maneira, "a visão que a comunidade tem deste comportamento e evitando o estigma de delinquente a quem o realize" (CID MOLINÉ; LARRAURI PIJOAN, 2001, p. 123).

A criminalidade dos poderosos é a mais danosa aos direitos econômicos e sociais, na medida em que não somente é considerada com indiferença pelo sistema penal, mas também é percebida frequentemente por parcelas da sociedade como desprovida de relevância. Ao direito penal compete o papel pedagógico de contri-

buir para esclarecer a sociedade de que as diversas manifestações da criminalidade dos poderosos contribuem para afetar dramaticamente os direitos econômicos e sociais e, reflexamente, em um plano que não abordaremos aqui de maneira mais detalhada, os próprios direitos civis e políticos com os quais se encontram interconectados.

Atualmente, não resta qualquer dúvida de que a criminalidade é um fenômeno social amplamente disseminado por todas as camadas da sociedade e que, além disso, envolve a maior parte de seus integrantes. Em que pese tal realidade, a criminalidade dos poderosos – ressalvadas as exceções que somente confirmam a regra geral – costuma resguardar-se sob o manto da impunidade proporcionado pela influência política e econômica de seus agentes, o que comprova, em última análise, a tese proveniente da criminologia crítica de que a criminalidade não é "uma categoria ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos", mas sim o produto da decisão de atribuir o *status* de criminoso a alguns com a exclusão de outros, o que ocorre mediante um procedimento que envolve uma dupla seleção consistente na eleição de certos bens jurídicos a serem tutelados pelas normas penais incriminadoras em detrimento de outros mesmo que socialmente mais nocivos e, além disso, na escolha e rotulação de apenas alguns indivíduos dentre todos aqueles que praticam idênticas infrações penais. Em resumo: a despeito de toda a sociedade cometer crimes, somente parte de seus integrantes tornam-se objeto da atenção do sistema penal, estando os poderosos excluídos do elenco de pessoas "criminalizáveis" (BARATTA, 1997, p.161).

De fato, diferentemente do proclamado pelo discurso do direito penal liberal, os bens jurídicos penalmente protegidos nem sempre são os mais relevantes para a reprodução da vida social, vale dizer, não são bens valiosos em si mesmo, mas somente enquanto produto de definições político criminais de natureza em grande medida arbitrária que tendem a imunizar os delinquentes poderosos contra o direito penal. Explica-se, desse modo, porque a sociedade costuma identificar a criminalidade como um fenômeno relacionado tão somente aos integrantes das camadas sociais desfavorecidas. Por outro lado, embora diversas infrações penais sejam praticadas por indivíduos pertencentes a todas as classes sociais, as chances de que cada um deles venha a ser objeto da atenção do sistema penal variam consideravelmente a depender da posição específica que cada um deles ocupa na sociedade. É que as oportunidades negativas dos indivíduos serem alcançados pelo direito penal são distribuídas desigualmente de maneira análoga, aliás, ao que ocorre com a distribuição das oportunidades positivas de ascensão social. A possibilidade das pessoas socialmente desfavorecidas serem criminalizadas pelo sistema penal é infinitamente maior que a dos poderosos. Portanto, da mesma maneira que as chances de sucesso são repartidas desigualmente na sociedade, as chances de fracasso também o são, dentre as quais a de ser apanhado nas malhas do sistema penal.

Tal realidade perversa, insuportável para o Estado Social e Democrático de Direito, que promete maximizar a igualdade legal e material, é reconhecidamente perigosa, posto que, como reconhece acertadamente Alberto Silva Franco (2000, p. 208), "se nenhum adequado equacionamento for adotado para o controle da criminalidade dos poderosos corre-se o sério risco, num curto prazo, de partir-se para um direito penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do direito penal de um Estado constitucionalmente democrático". De fato, defender o contrário equivaleria a comprometer-se com a perpetuação de um direito penal ainda mais marcadamente classista e unicamente preocupado com a criminalidade tradicional comumente associada – erroneamente, diga-se de passagem – às camadas desfavorecidas da sociedade.

Resumidamente: a criminalidade dos poderosos, incluindo a macrocorrupção, é consideravelmente imune ao direito penal em razão da condição política e social de seus agentes, o que acarreta significativas dificuldades no que diz respeito à preservação dos direitos econômicos e sociais.

A corrupção é um fenômeno social atemporal e disseminado, podendo apresentar, ao mesmo tempo ou separadamente, repercussões éticas e/ou jurídicas. A seu respeito, diz-se, com inegável acerto, que a utilização do poder em seu próprio benefício e não do interesse geral é "tão antiga como esse mesmo poder" (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; FABIÁN CAPARRÓS, 2009, p. 8). Tal afirmação, porém, mesmo correta, não deve nos conduzir a uma espécie de "naturalização" do fenômeno e a sua assimilação como um dado imodificável da realidade.

Os fatores que contribuem para a corrupção são bastante numerosos e de natureza variada, podendo-se mencionar, dentre outros, a política econômica de um país, a sua política fiscal, a sua política salarial, a estrutura partidária e o funcionamento de suas instituições.

A política econômica é um importante fator de corrupção. Ao fixar, por exemplo, tarifas de importação inadequadamente elevadas ou ao pagar salários insuficientes ao funcionalismo, os governos podem estimular empresas a pagarem propinas no intuito de obter vantagens ilícitas. Problema idêntico acontece frequentemente com a privatização de empresas estatais, como ocorreu, por exemplo, em grande escala, nas privatizações das companhias estatais soviéticas. De um ponto de vista antipático à economia de mercado chega-se a dizer que "a venda de empresas públicas por imperativo do modelo neoliberal imperante não trouxe maior desenvolvimento, mas grupos de privilegiados, corrupção e criminalidade organizada" (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 109). Mesmo em tais casos, porém, é forçoso reconhecer, na companhia de outros pesquisadores, que, se "o processo de transferir valores ativos para a propriedade privada é cheio de oportunidades de corrupção", ele também "pode reduzir a corrupção ao remover certos valores ativos do controle do Estado e ao converter ações oficiais discricionárias em escolhas particulares, induzidas pelo mercado" (ROSE-ACKERMANN, 2002, p. 59). Se os processos de privatização de

empresas estatais constituem uma oportunidade ímpar para a corrupção, não resta dúvida que, atingindo-se ao seu termo, as fontes de corrupção existentes graças à condição estatal de tais empresas são eliminadas ou, pelo menos, reduzidas. Em outras palavras: se, no curtíssimo prazo, as privatizações podem ser um problema grave no que diz respeito à corrupção, no médio e no longo prazo representam um passo adiante no seu controle. No Brasil, como em muitos outros países, a privatização dinamizou o funcionamento de antigas empresas estatais sucateadas, instrumentalizadas para finalidades políticas e sem a necessária capacidade de realizar investimentos, tornando-as, em termos gerais, e descontados outros problemas, mais eficientes e dinâmicas, contribuindo melhor para o bem-estar das pessoas. No insuspeito entendimento abalizado de um estudioso do desenvolvimento econômico de nosso país, "as privatizações romperam com o atraso do passado, o clientelismo, o empreguismo e a ineficiência das empresas estatais e abriram caminho para a prosperidade e a incorporação de milhões de brasileiros, que se tornaram acionistas dessas empresas" (BRUM, 2011, p. 462).

No Brasil, a corrupção encontra-se solidamente enraizada na cultura do compadrio e do favorecimento, de natureza tipicamente patrimonialista. Desconfia-se também que a corrupção radique nas seculares desigualdades sociais, no elitismo e na nossa pesada herança escravagista, o que, se for verdade, é sinal de que ela encontra-se muito mais impregnada em nossa cultura do que talvez desejemos admitir. Talvez por isso mesmo Fábio Wanderley Reis (2008, p. 393) afirme ser "ilusória a ideia de que possamos inaugurar uma nova cultura, com o enraizamento de normas autenticamente democráticas e cívicas, por meio da 'reforma moral' ou ideológica ou de uma espécie de 'conversão' coletiva". Se isto for verdadeiro, como de fato aparenta ser, certamente o direito penal pode se transformar num valioso instrumento de preservação dos direitos sociais afetados pela corrupção, ressalvada, desde sempre, sua natureza subsidiária.

É impossível imaginar a existência de comunidade humana razoavelmente complexa que não tenha conhecido o fenômeno da corrupção. Todavia, a sua presença em níveis intoleráveis põe em risco a própria sobrevivência da comunidade política democrática. Ademais, os países mais pobres são exatamente os mais afetados pela corrupção por não contarem com os meios indispensáveis ao seu enfrentamento. Numerosas evidências empíricas comprovam que a corrupção corrói a estrutura política e social dos Estados subdesenvolvidos, comprometendo seu desenvolvimento (FALLETTI; DEBOVE, 1998, p. 238-239; MAURO, 2002, p. 140). Por conseguinte, em que pese o fato da corrupção encontrar-se amplamente disseminada por todos os países, sejam eles desenvolvidos ou não, no caso dos países mais pobres "os efeitos da existência da corrupção sobre suas economias podem ser considerados mais graves, existindo assim, na atualidade, um consenso na ciência econômica no sentido de que se trata de um dos grandes obstáculos para o desenvolvimento e o crescimento daqueles" (MURIEL PATIÑO, 2004, p. 27). Segundo os estudiosos do

fenômeno, "os altos níveis de corrupção estão associados com baixos níveis de investimento e crescimento", fator que "reduz a efetividade das políticas industriais e encoraja os negócios a operarem no setor paralelo em violação das leis fiscais e reguladoras" (ROSE-ACKERMANN, 2002, p. 21). Tais efeitos nocivos, evidentemente, são catastróficos para os direitos humanos em geral e para os direitos econômicos e sociais em particular, na medida em que impedem os governos de realizarem o investimento social necessário para que as pessoas possam deixar a miséria. Consequentemente, podemos concluir que a imunidade penal dos poderosos corruptos afeta diretamente os direitos humanos numa escala consideravelmente maior do que supõe a maior parte da população. A existência de um direito penal destinado a reprimir e prevenir a criminalidade dos poderosos contribui, assim, para despertar na população a consciência em relação às suas diversificadas formas de manifestação e dos problemas que ela acarreta à sociedade num grau que não pode ser comparado ao da criminalidade tradicional.

Os efeitos da corrupção se espraiam por diversos âmbitos da vida social relacionados entre si. No plano econômico, a corrupção acarreta o aumento da despesa pública graças ao superfaturamento dos preços e das obras públicas, destinado a viabilizar o pagamento de propinas e à maximização dos lucros. Ademais, a corrupção também afeta ou mesmo elimina a competição entre os diversos concorrentes, tornando a economia, considerada no seu conjunto, menos eficiente e mais injusta, na medida em que o preço final a ser pago pelo governo é elevado artificialmente. No curto prazo, porém, não obstante os males que a corrupção acarreta para a sociedade e para a economia, o empresariado tem dificuldade de renunciar às práticas corruptas, uma vez que elas lhes possibilitam melhores condições de competir e derrotar seus concorrentes. Todavia, no longo prazo, a corrupção faz com que os investimentos declinem, pois o investidor percebe que tal prática afeta o funcionamento normal do mercado, gerando distorções que com o tempo irão causar danos consideráveis mesmo que, no início, o pagamento da propina o tenha colocado em vantagem em relação aos seus concorrentes. O investidor corrupto também pode perceber que, com o tempo, terminará por se tornar refém das exigências impostas pelos poderosos corruptos incrustados no aparelho estatal ou que de alguma maneira desfrutem de influência sobre ele mediante a manipulação das leis e regulamentos com a finalidade de extraírem vantagens ilícitas para si, para outros ou para um partido ou uma coligação de partidos políticos.

Mas, se no âmbito propriamente econômico as consequências deletérias da corrupção são consideráveis, o mesmo pode ser dito das que são produzidas no campo da política. A corrupção afeta a igualdade política, uma vez que favorece um político (ou uma agremiação política) em detrimento da outro no embate político-partidário. Em outras palavras: o partido político que tem maior facilidade para acessar financiamentos de campanha a partir do crime – em particular, da corrupção – desfruta de vantagem diante dos partidos políticos concorrentes, distorcendo, por

conseguinte, a vontade popular e impossibilitando a alternância no poder, aspecto essencial à democracia.

No que diz respeito aos direitos sociais, a corrupção também gera efeitos desastrosos para a cidadania, uma vez que reduz ou suprime os recursos a serem direcionados pelo governo para a saúde, educação, habitação e segurança da população, recursos estes que são apropriados privadamente em detrimento dos setores sociais desfavorecidos (Berdugo Gómez de La Torre; Fabián Caparrós, 2009, p. 15). Em síntese, o fenômeno da corrupção, "além de ter efeitos nocivos ao desenvolvimento econômico, democrático e social, impede o estabelecimento da livre-concorrência e gera violações aos próprios direitos humanos" (Japiassú, 2007, p. 30). Devido ao seu potencial para causar lesão aos interesses da sociedade e, sobretudo, aos direitos dos integrantes das camadas sociais empobrecidas, tais efeitos reconhecidamente desfavoráveis justificam seguramente a intervenção penal naquelas hipóteses em que não existem meios mais eficientes e menos radicais para preservá-los.

A corrupção faz-se presente tanto nos Estados autocráticos como nos democráticos; tanto nos subdesenvolvidos como nos desenvolvidos; tanto nos de economia capitalista avançada como nos – ainda existentes – de economia planificada do tipo socialista. Nos países democráticos a corrupção tem o condão de minar a democracia ao desmoralizar governos corrompidos eleitos democraticamente pelos seus cidadãos. Além disso, a corrupção também pode interferir no desenvolvimento econômico do país ao tornar o governo ineficiente na condução dos rumos da economia e no atendimento dos direitos sociais. No entanto, esclarecemos este ponto, isto não significa de maneira alguma que as sociedades abertas sejam mais vulneráveis à corrupção que as fechadas, muito pelo contrário. Se, por um lado, a democracia não imuniza automaticamente o Estado contra a corrupção, o que pode ser confirmado pelos escândalos que se sucedem praticamente de maneira ininterrupta nos países democráticos de economia avançada ou nos países emergentes, por outro, é muito provável que tais países possam adotar, no longo prazo, mecanismos mais eficientes destinados a combatê-la que aqueles utilizados pelos países periféricos e autocráticos. Por exemplo: em países nos quais eleições justas têm lugar regularmente, em que existe a efetiva possibilidade de alternância dos grupos políticos no poder, são maiores as possibilidades de controle da sociedade e do Estado sobre a atividade governamental e partidária, podendo-se dizer o mesmo daqueles que contam com poderes Legislativo e Judiciário independentes, bem como daqueles em que os direitos civis e políticos são plenamente assegurados. Em suma, podemos afirmar com razoável grau de precisão que o ambiente democrático e liberal revela-se muito mais desfavorável à proliferação da criminalidade dos poderosos e, particularmente, da corrupção que o autocrático e antiliberal. Na esteira da doutrina, é razoável supor que "as manifestações da corrupção são conhecidas pelas sociedades democráticas, mas são produzidas em maior medida nas estruturas autoritárias" (Berdugo Gómez de La Torre; Fabián Caparrós, 2009, p. 8).

Tais consequências desastrosas da corrupção podem ser notadas mais facilmente nos países periféricos, ainda que os países centrais não estejam de maneira alguma imunes a elas. Nos países subdesenvolvidos, a corrupção interfere severamente nas possibilidades de elevação dos níveis de bem-estar do povo, na medida em que os recursos destinados à satisfação de seus direitos econômicos e sociais são desviados para atender interesses puramente privados, fazendo com que se acentuem as desigualdades sociais em prejuízo dos desfavorecidos (ELLIOT, 2002, p. 17-18). Por outro lado, nos denominados países emergentes ou em desenvolvimento, em especial naqueles em transição de uma economia fechada para uma aberta, o fenômeno da corrupção também interfere consideravelmente no âmbito do imaginário, fazendo com que a população identifique erroneamente a existência de práticas econômicas e políticas corruptas com a própria economia de mercado e com a democracia (ROSE-ACKERMANN, 2002, p. 74; GLYNN; KOBRIN; NAIM, 2002, p. 31; SOARES, 2008, p. 406-407). Tal realidade, somada ao fato de que em tais países não existe uma consciência individual e coletiva suficientemente amadurecida de que o interesse privado deve ceder ao interesse público em nomeo0 do bem comum, contribui de maneira significativa para a passividade generalizada da população diante do fenômeno. Por conseguinte, é correto concluir que, ao minar a confiança da própria sociedade no regime democrático de governo e na própria economia de mercado, a corrupção impede de maneira perversa que o desenvolvimento econômico democraticamente orientado possa contribuir decisivamente para a efetivação dos direitos econômicos e sociais em seu conjunto.

Por vezes, a corrupção relaciona-se à criminalidade econômica, muito embora esta última, por si só, em se tratando da macrocriminalidade econômica, tenha potencial suficiente para atingir os direitos econômicos e sociais.

O Estado Social e Democrático de Direito interessa-se pelo funcionamento da economia nacional. O intervencionismo estatal em matéria econômica expressa uma preocupação legítima com a organização e o regular funcionamento da economia para que os seus aspectos disfuncionais não afetem os direitos econômicos e sociais. Por conseguinte, a criminalidade econômica também é um campo legítimo da intervenção do estatal no âmbito da economia. O ramo do direito penal geral dedicado à repressão e prevenção da criminalidade econômica, incluindo a macrocriminalidade econômica, é o chamado direito penal econômico.[3] O Estado Social e

3. É impossível compreender a natureza do direito penal econômico sem examinar, ao mesmo tempo, o sistema econômico no qual ele se insere. Em significativa medida, a economia nos ajuda a entender o direito, inclusive o direito penal econômico. Por conseguinte, o direito penal econômico do Estado Liberal diferencia-se do direito penal econômico dos Estados intervencionistas em matéria econômica. Em que pese o fato do direito penal econômico não se subordinar mecanicamente às exigências da economia, não se pode deixar de reconhecer a existência de uma (relativa) influência recíproca entre as instâncias

Democrático de Direito, Estado fortemente intervencionista em matéria econômica e social, não se conforma em tutelar a ordem econômica estritamente considerada, como aconteceria no Estado Liberal de Direito, mas pretende proteger efetivamente as relações de produção e consumo que caracterizam a economia de mercado de maneira a assegurar, inclusive, o bem-estar da população decorrente do reconhecimento jurídico e da efetivação dos direitos sociais.

Revela-se particularmente disfuncional no Estado Social e Democrático de Direito a criminalidade econômica dos poderosos, sobretudo quando assume as características de criminalidade organizada.[4] A criminalidade organizada depende da existência de uma organização estruturada de maneira permanente com a finalidade de cometer crimes graves para obter vantagens econômicas, inclusive crimes econômicos mediante práticas corruptas, tratando-se de uma forma de criminalidade, em regra, mais perigosa que a comum na medida em que apresenta maior potencial para causar dano aos direitos econômicos e sociais.

No que diz respeito aos males que produz ao desenvolvimento econômico e social de um país, a criminalidade organizada é certamente muito perigosa, considerando-se sua capacidade de interferir nas atividades empresariais para controlar também negócios legais adquiridos com os lucros ilícitos auferidos mediante atividades criminosas. É assim que os lucros ilegais, sobre os quais não incidem tributos, são reinvestidos em negócios legais, acarretando toda sorte de prejuízo ao bem-estar da população, afetando diretamente os direitos humanos.

Entre os estudiosos do problema da criminalidade dos poderosos e da corrupção é praticamente consensual o entendimento de que ela deve ser enfrentada também pelo direito penal. Em que pese tal entendimento, setores da doutrina

---

jurídicas e econômicas da sociedade. Destarte, o estudo do direito penal econômico não pode dissociar-se do exame dos sistemas econômicos. Cf. a esse respeito: (TIEDMANN, 2000, p. 54).

4. A criminalidade organizada, como todo e qualquer fenômeno social, não pode ser definida facilmente, todavia, em termos legislativos, a expressão "criminalidade organizada" não é recente, uma vez que a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional de 2000 (Convenção de Palermo) conceitua a organização criminosa como sendo o "grupo estruturado de três ou mais pessoas existente há algum tempo, atuando de modo planejado com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material" (art. 2.°, *a*). Recentemente, a Lei 12.850, de 02.08.2013, definiu a organização criminosa em seu art. 1.°, § 1.°, nos seguintes termos: "Considera-se organização criminosa a associação de 04 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional".

penal desconfiam que a intervenção do direito penal no combate à criminalidade dos poderosos pode representar um perigo ao direito penal de garantias ou direito penal liberal.

3. O DIREITO PENAL DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SALVAGUARDA DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

A proteção efetiva dos direitos econômicos e sociais torna imperativa a expansão do direito penal. Em termos gerais, o fenômeno conhecido como expansão do direito penal é consequência do maior intervencionismo estatal na esfera da economia e das relações sociais, do denominado processo de globalização e do que se convencionou chamar de sociedade de risco. Em consequência, o Estado Social e Democrático de Direito, de natureza intervencionista e comprometido com a tutela dos direitos econômicos e sociais, precisa de um direito penal instrumentalizado com tal finalidade. Enquanto o direito penal clássico conforma-se, na maioria dos casos, em garantir os direitos individuais, o direito penal contemporâneo não é nem pode ser um direito penal mínimo, muito embora, no que diz respeito à criminalidade tradicional, ou seja, àquela que atinge bens jurídicos puramente individuais, precise sê-lo por uma série de razões cuja análise não cabe nos limites desta reflexão. Ao atingir os direitos econômicos e sociais por intermédio de práticas corruptas muitas vezes associadas à criminalidade econômica e a criminalidade organizada, a criminalidade dos poderosos, daqueles situados numa posição privilegiada de mando, impõe um inédito protagonismo ao direito penal.

Referindo-se ao que chama, um tanto impropriamente, de direito penal moderno – produto da expansão do direito penal clássico – Hassemer (1999, p. 21-22) afirma que ele tende a abandonar o princípio penal liberal da intervenção mínima, passando a ser utilizado como uma espécie de instrumento de pedagogia social destinado a "sensibilizar" as pessoas para que assumam comportamentos politicamente adequados, como ocorre com a necessidade de se respeitar o meio ambiente. Tal direito penal, diz a doutrina, nega o seu caráter subsidiário, passando, pelo contrário, a ocupar a linha de frente das reformas sociais. Ademais, de acordo com o citado autor, o direito penal moderno se afasta do compromisso assumido pelo direito penal clássico de tutela exclusiva de bens jurídicos. Enquanto neste a proteção de bens jurídicos é um "critério negativo", isto é, um critério de limitação da atividade do legislador penal no que diz respeito à criminalização, no direito penal moderno passa a ser um "critério positivo", ou seja, de fundamentação. Dito de outra forma: no direito penal moderno o conceito de bem jurídico estabelece exigências de criminalização de determinadas condutas ao legislador penal, deixando assim de ser uma barreira à criminalização, que constitui justamente uma das "promessas" do direito penal clássico. Em resumo, segundo Hassemer (1999, p. 20) no direito penal moderno, "a proteção de bens jurídicos se transforma num mandato de pena-

lizar, em lugar de ser uma proibição condicionada de penalização". Consequentemente, para Hassemer (1999, p. 23) o direito penal moderno provoca a proliferação de novas figuras de delito em âmbitos que normalmente não são alcançados pelo direito penal clássico, a exemplo do que acontece com a criminalidade econômica e a criminalidade organizada. Por último, ainda segundo o autor, estaríamos diante de um direito penal simbólico, vale dizer, de um direito penal que corre o risco permanente de criar a ilusão de que resolve os problemas sociais sem, contudo, poder fazê-lo, além de afetar a segurança jurídica ao permitir a proliferação de delitos de perigo abstrato, o que provoca uma diminuição das chances de defesa do acusado (HASSEMER, 1999, p. 26-27). A única solução indicada seria o recuo do direito penal às estreitas margens do direito penal clássico, reservando às condutas desviadas abrangidas pelo direito penal moderno tratamento extrapenal menos rigoroso.

Demonstrando uma compreensão mais adequada e realista do fenômeno da expansão do direito penal, Silva-Sánchez percebeu muito cedo os efeitos da chamada "sociedade de risco" característica dos países de economia pós-industrial sobre o direito penal tradicional. A referida expansão se caracterizaria, basicamente, pela formulação de novos tipos penais e pela agravação dos já existentes, ou, em outras palavras, por uma intensificação do processo de criminalização. Ademais, também se caracterizaria pelo reconhecimento de novos bens jurídico-penais e pela relativização dos princípios penais e processuais de garantia. Tal processo de expansão não decorreria de uma espécie de "perversão" do direito penal, mas sim de "uma verdadeira demanda social de maior proteção", prejudicada tão somente pela irracionalidade de suas manifestações (SILVA-SÁNCHEZ, 1999, p. 17-20). Por conseguinte, enquanto no passado relativamente recente falava-se da criminalidade dos despossuídos, no presente é a criminalidade dos poderosos e das empresas que constitui o objeto das atenções da doutrina penal (SILVA-SÁNCHEZ, 1999, p. 41). O chamado "direito penal da globalização", produzido pela expansão do direito penal, concentra-se, sobretudo, na "delinquência econômica ou organizada e em modalidades conexas", razão pela qual "em lugar do homicídio do autor individual, trata, por exemplo, de abordar atos de corrupção realizados por uma empresa que, por sua vez, comete crimes econômicos" (SILVA-SÁNCHEZ, 1999, p. 74-75). Dessa maneira, o direito penal contemporâneo ou "direito penal da globalização" não tem como preocupação principal os crimes que expressam a criminalidade tradicional, a exemplo dos crimes contra a vida, contra o patrimônio, dentre outros, mas novas espécies de infrações penais que são manifestações da criminalidade dos poderosos. Todavia, a recente configuração do direito penal não está isenta de problemas, segundo seus críticos.

Em decorrência da ineficiência do direito penal clássico em prevenir a criminalidade dos poderosos na sociedade pós-industrial, o "direito penal da globalização" caracteriza-se pelo maior rigor punitivo. Diante da magnitude da delinquência dos poderosos, o "déficit de execução" do direito penal clássico exige uma maior se-

veridade do direito penal contemporâneo. Se a evolução histórica do direito penal apontou no sentido da diminuição do rigor punitivo, na "sociedade da insegurança" desenvolveu-se orientação diametralmente oposta traduzida pela exigência da exacerbação das sanções penais, cuja finalidade passa a relacionar-se à prevenção geral negativa, e pela maior severidade na sua execução, traduzindo pronunciadas preocupações defensivistas no contexto de uma política criminal da "lei e da ordem" (SILVA-SÁNCHEZ, 1999, p. 97-98).

Tais características do "direito penal da globalização" repercutem no direito penal tradicional. Acredita Silva-Sánchez (1999, p. 42) que a relativização do direito penal e processual penal de garantias no tocante à criminalidade dos poderosos pode afetar negativamente o tratamento conferido à criminalidade tradicional. Por conseguinte, "as soluções frente a eventuais desigualdades no trato com a criminalidade não passam pela eliminação das garantias na repressão da delinquência dos poderosos, mas, pelo contrário, por garantir que os marginalizados desfrutem realmente – e não só teoricamente – das mesmas garantias que aqueles".

Realisticamente, Silva-Sánchez (1999, p. 119) não acredita que a expansão do direito penal possa ser detida mediante o mero retorno ao direito penal clássico, isto é, ao direito penal que proteja somente bens jurídicos individuais e consagre apenas as garantias processuais tradicionais. Tal pretensão é manifestamente irrealizável, mesmo porque tal direito penal "na realidade nunca existiu como tal". Sendo assim, de certa maneira, o problema não é propriamente a expansão do direito penal, mas a expansão da pena privativa de liberdade. Em suma: a relativização das garantias penais não é em si mesma um problema, desde que não permita, concomitantemente, a aplicação da pena privativa de liberdade aos criminosos que violem o "direito penal da globalização". A tendência de relativização das garantias do direito penal clássico pode conviver perfeitamente com penas pecuniárias ou com penas restritivas de direito, mas, sobretudo, com penas reparatórias substitutivas da pena privativa de liberdade, a exemplo das sanções do direito civil. Este direito penal sem penas privativas de liberdade poderia ser utilizado, por exemplo, para a criminalidade econômica. Desse modo, ele seria um ramo do direito "menos pretensioso no tocante às garantias materiais e processuais, mas, em contrapartida, disporia de sanções menos intensas que as penas tradicionais". Em suma, como bem percebe a doutrina, seria um ramo do direito que, diferentemente do direito penal, não se apoiaria em penas privativas de liberdade, assemelhando-se, assim, a um direito intermediário entre este e o direito administrativo, tendo não apenas dogmática como princípios próprios (ABANTO VÁSQUEZ, 2006, p. 42; BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, 2010, p.34). A proposta de Silva-Sánchez, evidentemente, implicaria, em nosso entendimento, num tratamento mais suave da delinquência dos poderosos em comparação com aquele conferido aos delinquentes tradicionais, ou seja, aos indivíduos tradicionalmente "criminalizáveis".

Porém, assim como a estrutura política e econômica da sociedade contemporânea não permite mais ao direito penal conservar-se nos limites estreitos a ele designados pela doutrina política liberal clássica do Estado Liberal de Direito, ou, dito de outra forma, não admite que o direito penal retroceda em sua evolução, não nos parece possível, desejável ou realista, que a criminalidade dos poderosos consubstanciada na macrocorrupção frequentemente associada à delinquência econômica e à criminalidade organizada deixe de ser objeto legítimo da intervenção penal. Diante dos fatores que explicam a expansão do direito penal, é difícil – para não dizer impossível – acreditar que este ramo do direito renuncie à missão de contribuir para a repressão e prevenção de comportamentos desviados de tamanha nocividade aos direitos econômicos e sociais. Assim sendo, a discussão em torno do papel a ser desempenhado pelo direito penal no mundo contemporâneo deve ater-se não apenas a programas de descriminalização, mas também de criminalização de condutas capazes de causar lesão aos direitos econômicos e sociais, considerando-se, de maneira realista, que no âmbito estrito do direito penal do Estado Liberal de Direito "não se pode encontrar barreiras apropriadas para enfrentar os novos modos de ameaça originados pela civilização técnica" (Caro Coria, 2005, p. 36). Com o perdão da analogia, é como se o médico que atualmente enfrentasse novas doenças só pudesse fazê-lo com medicamentos e técnicas do século XIX ou, ainda, como se o economista que precisasse resolver graves problemas relacionados ao funcionamento do mercado financeiro no mundo contemporâneo só pudesse dispor dos conhecimentos produzidos pela teoria econômica clássica.

Com efeito, considerando as características do mundo em que vivemos, não é justo ou mesmo crível que o direito penal contemporâneo abstenha-se de tentar reprimir a criminalidade dos poderosos, sobretudo os comportamentos lesivos que causam dano aos direitos econômicos e sociais. Sobretudo agora, no momento em que a ideologia neoliberal enfrenta dificuldades para impor-se em decorrência da manifesta necessidade dos Estados nacionais interferirem de maneira mais vigorosa no âmbito da economia e, particularmente, no seu sistema financeiro, não parece razoável nem sequer possível defender que o direito penal limite-se à tutela dos direitos individuais, esquecendo-se dos direitos econômicos e sociais, que constituem uma das dimensões dos direitos do homem. Neste sentido, reconhece acertadamente a doutrina espanhola do direito penal econômico que "a sociedade mudou e que existem novos perigos, razão pela qual deve a sociedade se defender contra as atividades de delinquência organizada, deve-se atender aos problemas reais das sociedades complexas e deve-se transformar o paradigma penal como se transformou a sociedade" (Bajo Fernández; Bacigalupo Saggese, 2010, p. 32).

Naturalmente, do mesmo modo que o Estado Social e Democrático de Direito incorporou definitivamente em sua definição os direitos individuais e os direitos políticos do Estado Liberal-Democrático de Direito somando-os aos direitos econômicos e sociais de maneira a compor um todo indissociável, amálgama de todas

as dimensões da dignidade humana, o direito penal liberal ou direito penal de garantias também deve ser, por sua vez, assimilado em todas as suas características essenciais pelo direito penal do Estado Social e Democrático de Direito. Se o advento do Estado Social e Democrático de Direito não conduz necessariamente ao sacrifício das liberdades clássicas, o surgimento do direito penal contemporâneo não precisa levá-lo forçosamente a abandonar os princípios e as garantias liberais. As dificuldades certamente existentes no processo de assimilação e de conservação de tais princípios e garantias por parte do direito penal contemporâneo são similares às enfrentadas no cotidiano pelo Estado Social e Democrático de Direito no tocante à possibilidade de compatibilização dos direitos individuais com os direitos econômicos e sociais. Da mesma forma que tais tensões não devem ser resolvidas mediante o abandono do Estado de Bem-Estar Social e da capacidade que este tem de intervir nas esferas econômica e social em favor de um regresso reacionário ao liberalismo do século XIX, os conflitos no campo do direito penal também não devem ser solucionados pela renúncia reacionária da pretensão de tutelar não apenas direitos individuais, mas também os coletivos. Neste sentido, a doutrina espanhola do direito penal econômico posiciona-se de forma clara no sentido de que "o direito penal não pode fundamentar-se em um pensamento individualista e tutelar exclusivamente os ataques que atentem contra bens jurídicos cuja natureza seja estritamente individual", considerando-se que "no âmbito econômico há bens jurídicos de natureza coletiva, interesses de todos, que indiscutivelmente devem ser tutelados pelo direito penal nuclear diante das modalidades de agressão mais intoleráveis" (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 88).

Em suma, o discurso contrário à expansão ou modernização do direito penal revela-se na opinião de Gracía-Martín (2003, p. 37), em última análise, "insustentável e inaceitável considerando-se a perspectiva histórico-material das existências éticas e políticas de nosso tempo". Por um lado, é uma opção irrealista tentar fazer com que o direito penal retroceda no tempo e encolha-se ao ponto de abandonar a sua pretensão de intervir em defesa dos direitos econômicos e sociais mediante a imposição da pena privativa de liberdade à criminalidade dos poderosos; por outro, é injusto tentar fazê-lo mediante um direito penal desidratado, um direito penal do tipo "light", um direito penal para os poderosos, ou seja, desprovido da possibilidade de utilização da pena, vale dizer, daquilo que o caracteriza como um ramo do direito público distinto do direito administrativo.

Neste ponto, aprofundando a discussão, talvez fosse conveniente indagar se, em homenagem ao princípio da intervenção mínima, a interferência estatal na contenção da criminalidade dos poderosos não poderia valer-se de medidas extrapenais de proteção dos direitos econômicos e sociais em substituição ao direito penal? Afinal, se o Estado Social e Democrático de Direito pretende tutelar eficazmente os direitos humanos de segunda geração, por que não fazê-lo por intermédio do di-

reito administrativo-econômico ou mesmo por meio de um novo ramo do direito, intermediário entre este ramo do direito e o direito penal?

Em primeiro lugar, por ser justa a opção que o Estado Social e Democrático de Direito faz pelo direito penal em detrimento de outros ramos do direito para reprimir e prevenir a criminalidade dos poderosos e, particularmente, a criminalidade econômica, esteja ou não associada à corrupção e à criminalidade organizada. Uma das promessas do Estado de Direito é o tratamento igualitário de todos os cidadãos. Todos são iguais diante da lei, proclamam solenemente não somente as declarações de direitos, mas também as cartas constitucionais.[5] Tal compromisso com o valor constitucional da igualdade é ainda mais acentuado no Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que este a persegue não apenas no sentido jurídico, mas também no material ou substancial. Afirmar que todos são iguais diante da lei significa dizer que a intervenção penal não pode ser discriminatória, ou seja, não pode ser dirigida tão somente aos integrantes das camadas desfavorecidas da sociedade. Se os comportamentos desviados comumente associados aos indivíduos empobrecidos se fazem merecedores da repressão penal, o mesmo deve acontecer em relação àqueles que se encontram nas posições mais elevadas da pirâmide social. É injustificável que certos comportamentos que causam dano exclusivamente ao patrimônio individual, a exemplo do furto e da receptação, sejam criminalizados enquanto determinadas condutas lesivas cometidas pelos poderosos, associadas ou não à corrupção, causando consideráveis danos ao sistema financeiro, à ordem econômica ou mesmo ao regular funcionamento do sistema político, não o sejam. É inconcebível, por exemplo, que a propriedade privada enquanto direito individual mereça a tutela do direito penal e os direitos econômicos e sociais não, considerando que todos eles em seu conjunto são direitos humanos e, como tais, indissociáveis e igualmente importantes para a promoção da dignidade humana.[6] A tal respeito, Martos Nuñez (1987, p. 121-122) afirma que a criminalização dos comportamentos desviados de maior gravidade em matéria econômica justifica-se não somente porque "a delinquência socioeconômica ameaça a estrutura do

5. Se as pessoas são juridicamente iguais entre si, elas devem suportar consequências jurídicas idênticas ao praticarem condutas desviadas que tenham a mesma relevância. O princípio da igualdade "supõe o reconhecimento de um mesmo estatuto jurídico para todos os cidadãos, o que implica a garantia de paridade de tratamento na legislação e na aplicação do direito" (Pérez-Luño, 2004, p. 19). Desigualdades materiais baseadas na origem social dos indivíduos, de sua situação econômica, de seu sexo, de sua preferência sexual ou de sua profissão, devem ser tidos como irrelevantes ao estabelecimento de diferenciações no conteúdo e na aplicação do direito penal. A desconsideração de tais diferenças concretas, sejam naturais ou sociais, faz com que indivíduos desiguais de fato possam ser considerados iguais pelo direito (princípio da equiparação).

6. Com idêntico entendimento um autor insuspeito de simpatizar com a expansão do direito penal: (Moccia, 1995, p. 344-374).

Estado", mas, igualmente, por traduzir "um imperativo de justiça, pois, com efeito, o direito penal deve castigar efetivamente todo tipo de delinquência: tanto as grandes fraudes como os pequenos roubos". Esposando idêntico entendimento, Gracía-Martín (2003, p. 162-163) assinala, corretamente, que o chamado direito penal moderno revela-se "revolucionário" ao expandir o seu objeto formal à "*totalidade* da criminalidade material da sociedade, ou seja, *também* à criminalidade característica das camadas sociais poderosas – especialmente no âmbito econômico –, e não apenas, como tem ocorrido até hoje, à associada às camadas mais baixas e excluídas materialmente da possessão e desfrute de um bom número de bens jurídicos que o direito penal liberal tem protegido". E, na doutrina penal alemã, Schünemann (2002, p. 69) conclui, com acerto, a respeito criminalidade dos poderosos, que "não seria o abandono, mas o aperfeiçoamento da transformação da tendência do direito penal da classe baixa para o direito penal da classe alta o único meio apropriado para a defesa efetiva diante das ameaças específicas da sociedade industrial pós-moderna".

No Brasil, René Ariel Dotti (1982, p. 148) sustenta num tom francamente indignado que "não é possível assistir-se indiferentemente a perseguição movida pela justiça criminal somente contra os pobres (...) dispensando-se tratamento mais rigoroso somente a criminalidade patrimonial violenta". Por sua vez, em 1982, Heleno Cláudio Fragoso (1982, p. 125) constatava que "a estrutura geral de nosso sistema punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade, pela corrupção e pelo tráfico de influência", razão pela qual, igualmente indignado, proclamava, com inteira razão: "Denunciamos, portanto, entre nós, como fenômeno generalizado, o da desigualdade com que funciona o sistema punitivo, que serve a uma estrutura político-social profundamente injusta e opressiva".

Por outro lado, de resto, nos parece perfeitamente legítimo que o direito penal tenha uma dimensão simbólica no sentido positivo da expressão. A prevenção geral positiva como finalidade da pena apresenta uma inegável dimensão simbólica, posto que, ao definir determinados direitos coletivos vitais à sociedade como bens jurídicos, o direito penal pretende contribuir para reforçar a consciência social no tocante à sua relevância, produzindo, em consequência, uma identificação entre o reconhecimento social e o reconhecimento jurídico no que diz respeito à imprescindibilidade de sua tutela. Por tal razão, a doutrina penal admite, corretamente, que a função simbólica de algumas figuras de delito que protegem bens jurídicos coletivos ou supraindividuais não é merecedora de crítica, mas, pelo contrário, "é necessária sempre, sempre e quando esta não seja a única função que cumpram" (CORCOY BIDASOLO, 2008, p. 400). O desenvolvimento da consciência comunitária em torno da importância dos direitos humanos e, em particular, dos direitos econômicos e sociais exige um direito penal efetivamente preocupado com a sua preservação.

Em resumo, podemos afirmar que, no que diz respeito à corrupção, à delinquência econômica e/ou à criminalidade organizada dos poderosos, formas de conduta que causam danos mais expressivos aos direitos econômicos e sociais, o direito penal revela-se um instrumento imprescindível à conservação do Estado de Direito.

4. Conclusão: a necessária intervenção do direito penal do Estado Social e Democrático de Direito para a preservação dos direitos econômicos e sociais

Em termos gerais, é improvável a existência de um programa político criminal mais legítimo que o minimalista. O sistema penal é certamente a instância de controle social mais violenta e uma das mais discriminatórias, características negativas que transmite ao direito penal, um de seus principais instrumentos. Expressando a natureza violenta do controle social exercitado pelo sistema penal, o direito penal atinge diretamente bens jurídicos de inegável relevância para o ser humano, dos quais o mais importante é a liberdade pessoal. A aplicação do direito penal acarreta aos apenados, indiretamente e de maneira ilegítima, a supressão de direitos, considerando-se a extensão e a gravidade dos danos produzidos pelo cárcere à sua saúde física e mental. Além disso, sabemos suficientemente bem que a criminalização secundária é seletiva e que a prisão contribui negativamente para a consolidação da identidade desviante do infrator. Por tais razões, a política criminal minimalista encontra-se comprometida com o princípio da intervenção mínima, expressão do direito penal liberal.

De fato, o Estado Liberal de Direito em matéria penal preocupa-se, por um lado, com a proteção de bens jurídicos puramente individuais (vida, integridade física, liberdades pessoais, do patrimônio etc.) contra o comportamento de indivíduos e de governos que possam lhe causar danos. Preocupa-se, portanto, com a tutela dos direitos humanos de primeira geração ou, mais precisamente, em assegurar os direitos individuais.

Tal compromisso permanece sendo uma das preocupações centrais do direito penal do Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que este mantém o compromisso com a preservação dos direitos individuais e políticos reconhecidos pelo Estado Liberal-Democrático de Direito. No entanto, o Estado Social e Democrático de Direito expande os direitos humanos de maneira a incluir no elenco dos direitos fundamentais não apenas os direitos de primeira geração, mas também os direitos econômicos e sociais. O Estado Social e Democrático de Direito assume, consequentemente, o dever de tutelar não somente os primeiros, mas também os segundos. Com isso, a missão atribuída ao direito penal modifica-se consideravelmente. Se o direito penal do Estado Liberal de Direito não pode assumir outra tarefa que não a de proteger os direitos individuais contra ações delituosas de indivíduos e do próprio Estado quando não existir outros meios menos lesivos de fazê-lo,

o direito penal do Estado Social e Democrático de Direito ambiciona igualmente, em nome do bem-estar social, tutelar igualmente os direitos econômicos e sociais desde que estes não possam ser protegidos eficazmente de outra maneira. Neste sentido, o direito penal do Estado Social e Democrático de Direito tem a pretensão de contribuir para a concretização dos direitos econômicos e sociais, eliminando os obstáculos porventura existentes para a sua efetivação, inclusive aqueles representados pela criminalidade dos poderosos.

O direito penal do Estado Social e Democrático de Direito não pode aderir integralmente ao minimalismo político criminal caso deseje cumprir adequadamente as tarefas que lhe são impostas pelos desafios do mundo contemporâneo, o que não significa dizer que ele se torne exatamente um direito penal de máxima ou total intervenção na realidade social. A dicotomia direito penal mínimo/direito penal máximo, de inegável utilidade analítica, não expressa inteiramente todas as possibilidades do direito penal contemporâneo. O conflito entre a noção de direito penal mínimo e de direito penal máximo não é uma operação matemática que resulta na soma zero. Ambos os modelos, na realidade, nada mais são que tipos ideais de direito penal. Por conseguinte, também o direito penal do Estado Social e Democrático de Direito, certamente mais intervencionista que o direito penal do Estado Liberal de Direito, deve atuar em obediência ao princípio da intervenção mínima. Por outro lado, na tutela dos direitos econômicos e sociais ele simplesmente precisa intervir em âmbitos que tradicionalmente foram esquecidos pelo direito penal clássico, como ocorre com a criminalidade dos poderosos.

Os poderosos são aquelas pessoas que, relativamente imunes à ação do sistema penal em virtude de sua condição econômica, social ou política privilegiada conseguem causar consideráveis danos aos direitos econômicos e sociais a partir da macrocorrupção e da macrocriminalidade econômica associadas ou não à criminalidade organizada. O Estado Social e Democrático de Direito, comprometido com a defesa dos direitos econômicos e sociais, não tem outro remédio senão estender a intervenção penal à criminalidade dos poderosos, em que pese manter-se comprometido com o direito penal mínimo no que concerne à criminalidade tradicional que, embora lesiva aos direitos individuais, não tem o mesmo potencial de causar danos aos direitos econômicos e sociais. Ao fazê-lo, o Estado Social e Democrático de Direito preserva o mercado, resguarda a sua capacidade de arrecadar tributos e mantém a possibilidade de realizar intervenções em proveito do bem-estar social, a exemplo da criação e manutenção de programas de assistência social, de previdência, de saúde pública, de educação pública, dentre outros.

Como se não bastasse, em se tratando da criminalidade dos poderosos, a intervenção penal na seara dos direitos econômicos e sociais atende ao princípio da igualdade diante da lei, que é um dos valores fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito. Em homenagem à ideologia minimalista também o Estado Social e Democrático de Direito há de criminalizar somente as condutas desviantes

que não possam ser contidas mediante meios mais eficazes e, ao mesmo tempo, menos nocivos aos infratores, mas, por outro lado, não pode renunciar ao controle social sobre os indivíduos integrantes das camadas mais favorecidas da sociedade, sob o risco de violação ao princípio da igualdade. A existência de um direito penal dedicado a reprimir, com exclusividade, a criminalidade tradicional associada, corretamente ou não, ao comportamento dos mais pobres é a mais pura expressão de um direito destinado, com exclusividade, à reprodução do domínio exercido pelos indivíduos e camadas sociais favorecidas em detrimento da comunidade.

5. Bibliografia

Abanto Vásquez, Manuel A. El llamado derecho penal del enemigo: especial referencia al derecho penal económico. *Derecho penal del enemigo: un discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. t .1.

Bajo Fernández, Miguel; Bacigalupo Saggese, Silvana. *Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Editorial Universitária Ramón Areces, 2010.

Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio; Fabián Caparrós, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 18. p. 7-35. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez., 2009.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. 2. ed. Trad. Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

Boven, Theodor C. Van. Os critérios de distinção dos direitos do homem. In: Vasak, Karel (org.). *As dimensões internacionais dos direitos do homem*. Lisboa: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

Brum, Argemiro J. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

Caro Coria, Dino Carlos. "Sociedad de riesgo" y bienes jurídicos colectivos. *Estudios de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2005.

Cid Moliné, José; Larrauri Pijoan, Elena. *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo. *Derecho penal del siglo XX*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008.

Dotti, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. n. 33. p. 122-129. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jul. 1982.

Elliot, Kimberly Ann. Introdução. *A corrupção e a economia global*. Brasília: UnB, 2002.

Falletti, François; Debove, Frédéric. *Planète criminelle: le crime, phénomène social du siècle*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. n. 33. p. 122-129. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jul. 1982.

GLYNN, Patrick; KOBRIN Stephen J.; NAIM, Moisés. A globalização da corrupção. *A corrupção e a economia global*. Brasília: UnB, 2002.

GRACÍA-MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

HABA, Enrique P. *Tratado básico de derechos humanos*. San José: Juricentro, 1986. vol. 2.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 64. p. 29-56. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev., 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1982.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho penal económico*. Madrid: Montecorvo, 1987.

MAURO, Paolo. Os efeitos da corrupção sobre crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. *A corrupção e a economia global*. Brasília: UnB, 2002.

MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di Beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXXVIII. fasc. 2. p. 344-374. Milano: Giuffrè, apr.-giu. 1995.

MURIEL PATIÑO, María Victoria. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCÍA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián (orgs.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia, agência e Estado: teoria com intenção comparativa*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

PÉREZ-LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

REIS, Fábio Wanderley. Corrupção, cultura e ideologia. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corrupção e governo*. Lisboa: Prefácio, 2002.

_____. A economia política da corrupção. *A corrupção e a economia global*. Brasília: UnB, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 10. f. 2.°. p. 183-228. Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 2000.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SOARES, Luiz Eduardo. Crime organizado. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

TIEDMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Idemsa, 2000.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Los derechos humanos*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1977.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009.

ZURBRIGGEN, Cristina. Empresários e redes rentistas. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

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 ideia penal sobre a corrupção no Brasil da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual, de Renato de Mello Jorge Silveira, *RBCCrim* 89/407, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/1001 (DTR\2011\1328);
- Corrupção e modos de governo: desafios para a democracia, de Flávia Schilling – *RIASP* 26/241 (DTR\2010\708);
- Os crimes econômicos na APn 470/MG: dificuldades e desafios, de Luciano Anderson de Souza – *RT* 933/317 (DTR\2013\3786); e
- Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG, de Alamiro Velludo Salvador Netto – *RT* 933/47 (DTR\2013\3795).

65545

TRÁFICO Y TRATA DE SERES HUMANOS: REGULACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA

HUMAN TRAFFIC: INTERNATIONAL AND EUROPEAN REGULATIONS

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

Catedrático Derecho Penal. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal
Director del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). Investigador principal Grupo GICCAS (GIC 07/39; Gobierno Vasco, IT-383-07I); miembro de la UFI 11/05, UPV/EHU.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El artículo estudia el fenómeno de la delincuencia organizada, especialmente de tráfico y de trata de seres humanos como se presentan en la actualidad. Hay un estudio de los tratados internacionales y también de la normativa europea.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de personas – Delincuencia organizada – Migraciones – Derecho internacional penal.

ABSTRACT: This article addresses organized crime, mainly human traffic in globalized society. It also analyses European law and the international treaties related to this subject.

KEYWORDS: Organized crime – Human traffic – Immigration – International criminal law.

SUMARIO: 1. Movimientos de población y globalización – 2. La regulación internacional del tráfico y de la trata de seres humanos: 2.1 Derecho penal internacional y derechos humanos; 2.2 Principales instrumentos internacionales contra el tráfico y la trata de seres humanos: 2.2.1 Evolución; 2.2.2 Tráficos ilícitos de personas y delincuencia organizada; 2.2.3 Valoración – 3. La normativa europea: 3.1 El consejo de Europa; 3.2 La Unión Europea: 3.2.1 De la falta de competencias penales a un Derecho Penal de la UE; 3.2.2 Textos normativos de la UE en materia de tráfico y de trata de seres humanos – 4. Superando los problemas e insuficiencias de la regulación supranacional actual: 4.1 La necesidad de una adecuada delimitación del fenómeno; 4.2 Por un verdadero enfoque integral basado en los derechos humanos; 4.3 La indispensable primacía de la perspectiva victimológica; 4.4 Aspectos penales y responsabilidad estatal – 4.5 Otras cuestiones – 5. Conclusión.

1. MOVIMIENTOS DE POBLACIÓN Y GLOBALIZACIÓN

El desarrollo sin precedentes de las comunicaciones y la intensificación de los intercambios a todos los niveles constituyen características frecuentemente resaltadas del fenómeno globalizador. También lo es el diferente tratamiento que en el mundo

globalizado se otorga paradójicamente a estos intercambios, según que versen sobre mercancías o servicios o tengan que ver con movimientos de población. Los movimientos de productos e intercambios de servicios se ven, en efecto, potenciados y favorecidos a todos los niveles, procurando eliminar las barreras proteccionistas históricamente levantadas por los países con el fin de lograr un mercado plenamente global. De un "modo bien distinto" se contempla "la movilidad de trabajadores",[1] en particular desde los países menos desarrollados a los más prósperos. Ciertamente, el que los flujos migratorios sean "patologías complejas"[2] –en las que la clara "*compulsión* a la migración"[3] tiene mucho que ver no sólo con la necesidad de "huir" de los propios países, sino principalmente con "la atracción de la opulencia de los países desarrollados"[4]–, unido al hecho fundamental de que esta mano de obra alimenta "el motor de la economía mundial",[5] lleva a afirmar de manera generalizada que toda política de inmigración ha de combinar la regulación de los flujos migratorios y la cooperación internacional, con un esfuerzo serio de integración social de los "migrante(s)".[6] Pero es lo primero lo que acaba recibiendo mayor impulso y desarrollo por parte de los países receptores,[7] donde la seguridad y el utilitarismo[8] se han erigido en notas relevantes de unas regulaciones en las que predomina el control estricto de los movimientos y fronteras, y el consiguiente filtro de personas, convirtiendo al inmigrado "en cuestión de orden público" y hasta de "in/

1. TERRADILLOS BASOCO, J. M., Sistema penal e inmigración, en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 1466.
2. RODRÍGUEZ MESA, M.J., El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas, en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta* cit., p. 845.
3. ARROYO ZAPATERO, L., De la lucha contra la esclavitud y la trata de blancas a la proscripción del tráfico de seres humanos, en M. Delmas-Marty/M.Pieth/U.Sieber (dirs.), *Los Caminos de la Armonización Penal*, Valencia, 2010, p. 137.
4. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*, Granada, 2004, p. XIX.
5. MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid, 2008, p. 21.
6. A favor de la expresión, BRANDÁRIZ GARCÍA, J. A., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Granada, 2011, p. 5 y ss.
7. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del artículo 318 del Código penal, en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta* cit., 2004, p. 680; ORTUBAY FUENTES, M., El impreciso concepto de "tráfico ilícito de personas" o la mentalidad de fortaleza sitiada, en J. I. Echano Basaldúa (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 423.
8. Y no la preocupación por "la situación de marginalidad" de los migrantes ilegales, ni "los posibles abusos" de los que tantas veces son víctimas", RODRÍGUEZ MESA, M. J., El sistema penal... cit., p. 847.

seguridad nacional";[9] ello, a pesar de que todos los países son conscientes del fracaso de los actuales modelos de gestión de los flujos migratorios[10] y de la imposibilidad de frenar lo que "ninguna fortaleza" puede ya "detener":[11] una inmigración que, condenada a la irregularidad, no pocas veces acaba transitando "por los espacios donde los riesgos de exclusión son más significativos",[12] convirtiéndose en caldo de cultivo de la explotación de seres humanos.[13]

Múltiples son los reflejos de la "creciente expansión del fenómeno"[14] en el campo criminológico y de política criminal, donde el "enfoque *trafiquista*" –que, partiendo de "la imagen del inmigrante-víctima", propia de "una visión colonialista de la inmigración", asimila todo movimiento clandestino de migrantes a la explotación–, merece ser combatido por su radical falsedad y por las consecuencias que del mismo se derivan como "coartada para las políticas de exclusión".[15] En todo caso, y prescindiendo de las cuestiones relativas al incremento de los refugiados y a la necesidad de revisión radical del derecho de asilo[16] y otros problemas, como los

9. BASCHERINI, G., Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 10, 2008, p. 51, 75 y 93.

10. BOLLE, P. H., Les réponses sociales et institutionnelles à la migration dans les pays européens: tendances de politique criminelle et approches multilatérales, *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, LI, 3, 1998, p. 287.

11. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización...* cit., p. 9. Recuerdan cómo las medidas restrictivas no "han supuesto una reducción de los movimientos migratorios", DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.) et al., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, 2007, p. 34.

12. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., Presentación, en L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, Albacete, 2006, p. 5. También SAN JUAN, C./DE LA CUESTA, J. L., Menor inmigrante como categoría social, en C. San Juan Guillén/J. L. de la Cuesta Arzamendi, *Menores extranjeros infractores en la Unión Europea. Teorías, perfiles y propuestas de intervención*, Bilbao, 2006, p. 9 y ss.

13. DE LA CUESTA, J. L., Mundialización y Justicia Penal, *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 41, 2003, p. 69 y ss.

14. SERRA CRISTÓBAL, R., El fenómeno de la trata de mujeres para la explotación sexual y los derechos de las víctimas, en R. Serra Cristóbal/P. Lloria García, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Madrid, 2007, p. 136.

15. LAURENZO COPELLO, P., El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos, en J. C. Carbonell et al (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, 2009, t. II, p. 1152 y s y 1159 y ss. Ver también, BRANDÁRIZ GARCÍA, J. A., La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal, en M. Cancio Meliá/L. Pozuelo Pérez, *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Cizur Menor, 2008, p. 143 y ss.

16. Hasta el propio concepto de refugiado está experimentando radicales cambios que ponen en cuestión el modelo tradicional, incapaz de proteger a las nuevas categorías de personas

de género,[17] nos interesa en este trabajo el análisis de la normativa internacional y europea en materia de reclutamiento, transporte, embarque o recepción de personas por medios coactivos, de amenaza, engaño o abuso de posición de superioridad o vulnerabilidad (y, en particular, de mujeres y menores) y con fines de explotación, o para su inmigración irregular. Ambos constituyen fenómenos complejos,[18] también en el plano criminológico, de perfiles "poliédrico(s), multifactoria(es)"[19] y "con muy distintas ramificaciones".[20] Fuertemente influidos por la "globalización"[21] y "por la evolución del discurso y la práctica de los derechos humanos",[22] suscitan frecuentes problemas para su abordaje, definición, necesaria delimitación[23] y regulación, siendo diversos los enfoques posibles.[24] También se enfrentan a importantes dificultades a la hora de su adecuada medición y cuantificación, algo habitual en las actividades clandestinas,[25] en las que las víctimas resultan difíciles de identificar, pues también la clandestinidad u ocultación caracterizan a los ámbitos económicos en los que las víctimas de tráfico acaban, y ni denuncian ni colaboran

---

vulnerables (y alto riesgo de victimización (MESSUTI, A., El refugiado como sujeto de derecho: reflexiones criminológicas, *Eguzkilore*, núm. 7 extraord, *Coloquio Internacional. Movimientos de población, integración cultural y paz*, 1994, p. 243 y ss.) y de tratar adecuadamente a los refugiados por causas económicas.

17. ORBEGOZO ORONOZ, I., *La trata de personas y/o prostitución: perspectiva de género. Conceptos, modelos de regulación, reflexiones para el debate*, Saarbrücken, 2012.

18. DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003, p. 19 y ss.

19. Lo que los hace "difícilmente" reducibles "a límites precisos". GARCÍA ARÁN, M., Esclavitud y tráfico de seres humanos, en E.Octavio de Toledo y Ubieto et al. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 358.

20. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una Incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 145.

21. Como afirma Zugaldía Espinar, "el tráfico de personas (...) es una manifestación de la delincuencia propia de la globalización". Prólogo, en E. J. Pérez Alonso, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico internacional y jurídico-penal)*, Valencia, 2008, p.29.

22. BASSIOUNI, M. C./ROTHENBERG, D./HIGONNET, E./FARENGA, C./INVICTUS, A. S., Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st Century, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 81 3-4, 2010, p. 417.

23. PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico*... cit., p. 39 y ss.

24. Como recuerda Villacampa Estiarte, la cuestión es susceptible de análisis y tratamiento "desde la migración, desde la vertiente del trabajo, desde la proscripción de la esclavitud, desde la justicia criminal y el derecho penal (...), desde el punto de vista de los derechos humanos". "La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-14 (2011), p. 4.

25. UNODC, *Trafficking in Persons. Global Patterns*, april, 2006, p. 43.

en la persecución.[26] En el caso que nos ocupa, a ello se añade igualmente la falta de toda metodología común que garantice una sistemática y comparable recogida de los datos,[27] lo que se traduce en la inadecuación y amplia variabilidad, incluso de las cifras suministradas por las instancias competentes.[28]

2. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL TRÁFICO Y DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

En el plano internacional la regulación del tráfico y de la trata de seres humanos es objeto destacado del Derecho penal internacional, llamado a garantizar el respeto de la dignidad[29] y los derechos humanos más fundamentales de la persona, como pilares esenciales de la paz y seguridad internacionales.

2.1 Derecho penal internacional y derechos humanos

Como es bien sabido, el Derecho Penal Internacional[30] viene a ser el producto de la confluencia de dos disciplinas tradicionales: el Derecho Internacional y el Derecho Penal. En este sentido, se ocupa tanto de los aspectos penales del Derecho Internacional (en particular, aunque no de modo exclusivo, los convenios internacionales que definen crímenes o delitos internacionales), como de los aspectos internacionales del Derecho Penal interno (v.gr. mecanismos de cooperación y auxilio).

El propio desarrollo histórico del Derecho Penal Internacional[31] pone de manifiesto que la preocupación por la garantía y defensa de los derechos humanos

---

26. A veces, hasta no se tienen a sí mismas por víctimas, pues eligieron "entrar al país voluntariamente, aunque ilegalmente (tráfico)", siendo "sólo entonces forzadas a la prostitución (trata)". MCGAHA, J., Systemizing Local and Regional Cooperation Efforts to Combat Sex Slavery, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 81 3-4, 2010, p. 516.

27. ARONOWITZ, A. A., Overcoming the Challenges to Accurately Measuring the Phenomenon of Human Trafficking, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 81 3-4, 2010, p. 417 y ss.

28. BASSIOUNI, M.C. et al., Addressing... cit., p. 431 y ss. Para los informes de Naciones Unidas, UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Vienna, February, 2009; y, en general, [www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/publications.html#Reports].

29. Cuya relación con la trata de seres humanos (además de con la prostitución) resulta frecuentemente afirmada por los textos internacionales y europeos. ALONSO ÁLAMO, M., ¿Protección de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, *Revista Penal*, 19, 2007, p. 17.

30. Discute la doctrina la denominación preferida para esta relativamente nueva rama jurídica. GARDOCKI, L., Über den Begriff des Internationalen Strafrechts, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 98, 1986, p. 703 y ss.

31. Por todos, BASSIOUNI, M. C., El Derecho Penal Internacional: historia, objeto y contenido, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, p. 5 y ss.

más fundamentales ha sido siempre una seña de identidad principal:[32] en torno a su violación, en el marco de la guerra o en tiempos de paz, han ido surgiendo sus disposiciones centrales, aquellas que caracterizan su contenido más nuclear. Haciendo abstracción del Derecho humanitario bélico y de los crímenes de guerra, ejemplos relevantes de lo anterior son las disposiciones internacionales en materia de genocidio y de crímenes contra la humanidad, supuestos que, junto a los crímenes de guerra,[33] forman ya parte de la competencia de la institución que, con la entrada en vigor de su Estatuto el 1° de julio de 2002, pasara felizmente "de la utopía a la realidad":[34] la Corte Penal Internacional.

No sólo de esas gravísimas violaciones se ocupa el Derecho penal internacional. El Estatuto de Roma ha venido a codificar lo que se considera "el núcleo duro":[35] los crímenes cuya naturaleza y alcance internacional nadie discute por el rechazo pleno que suscitan por parte de la comunidad internacional. Pero, sin perjuicio de lo anterior, en torno a 300 disposiciones e instrumentos internacionales se ocupan también de regular los aspectos penales de otras conductas graves que deben ser objeto de una cooperación interestatal reforzada en cuanto a su prevención, persecución y/o sanción porque su realización choca la conciencia de la humanidad –al suponer una agresión de la paz y seguridad internacionales o atacar normas fundamentales de derechos humanos dirigidas a proteger la vida, libertad o seguridad personal– o, simplemente, por presentar un carácter transnacional o por requerir para su prevención o castigo una intensa cooperación internacional. Entiende Bassiouni[36] que esta conductas forman parte del Derecho penal internacional si la regulación que les afecta tiene un alcance penal, algo que debe deducirse: 1) de su reconocimiento explícito como crimen internacional, crimen conforme al Derecho internacional o simplemente como crimen; 2) del reconocimiento implícito de la naturaleza penal del acto que establece el deber

32. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos, en *Protección de los derechos humanos en Derecho Penal internacional y español*, San Sebastián, 1989, p. 11 y ss.

33. Por su parte, en junio de 2010 la Conferencia de Revisión celebrada en Kampala, en aplicación de lo dispuesto por el art. 5.2 del Estatuto, aprobó la definición de la agresión y las condiciones para su persecución por parte de la Corte Penal Internacional (artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter). Ahora bien, el largo proceso a seguir para la entrada en vigor de las nuevas disposiciones no podrá culminar antes de 2017.

34. OTTENHOF, R., L'Association Internationale de Droit Pénal et la création de la Cour Pénale internationale: De l'utopie à la réalité, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 73, 1-2, 2002, p. 15 y ss.

35. DE LA CUESTA, J. L., Retos y perspectivas del sistema penal en un mundo globalizado, *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad de La Salle*, IV, 7, julio 2006, p. 267.

36. *Introduction au Droit Pénal International*, Bruxelles, 2002, p. 88 y ss.

de prohibir, prevenir, perseguir, castigar o similar; 3) de la incriminación de la conducta; 4) del establecimiento de un deber o derecho de perseguirla o castigarla (o del deber de extraditar o cooperar en su persecución o castigo, incluido el auxilio judicial penal); 5) de la fijación de bases/criterios de competencia jurisdiccional; 6) de la referencia al respecto a la jurisdicción o tribunal penal internacional; o hasta 7) del hecho de la prohibición de la obediencia debida.[37] No son pocas las conductas que, desde este enfoque, merecen ser calificadas como crímenes internacionales.[38] Destacan, a los efectos que nos interesan, las conductas criminales violadoras de derechos humanos fundamentales, entre las que se encuentran las relativas a la esclavitud y prácticas relativas a la esclavitud, objeto de prohibición con alcance de *ius cogens*[39] en derecho internacional y donde se incluyen las conductas de trata de mujeres y niños. Por su condición de "nueva"[40] o moderna"[41] esclavitud, en

37. BASSIOUNI, M.C., ibidem, p. 61

38. Así, agresión, mercenarismo, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, terrorismo nuclear, robo de materiales nucleares, *apartheid*, esclavitud y practicas relativas a la esclavitud, torturas y otras formas de penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, experimentación ilícita sobre seres humanos, piratería, atentados contra la seguridad de la navegación aérea o marítima internacional, así como contra la seguridad de las plataformas de alta mar, atentados contra las personas internacionalmente protegidas, personal de las Naciones Unidas y asimilados, captura de rehenes, uso ilícito del correo, atentados con explosivos, financiación del terrorismo, delitos relativos a las drogas, crimen organizado, destrucción o robo de patrimonio histórico, artístico, cultural o arqueológico, atentados contra el medio ambiente, tráfico internacional de publicaciones obscenas, falsedades y falsificación, interferencia con cables submarinos internacionales, corrupción de funcionarios públicos internacionales... De todos modos, la posición de Bassiouni es minoritaria en el plano académico internacional, en el la doctrina prefiere, sin duda, la posición restrictiva, si bien son muchos los autores que proponen enriquecer la categoría de crímenes internacionales con conductas no contempladas por el Estatuto de Roma. Este es el caso, por ejemplo, de Antonio Cassese, que en razón del alcance de su prohibición internacional entiende que han de ser igualmente calificados de tales la tortura o algunas particularmente graves de terrorismo (actos graves de terrorismo internacional fomentados o tolerados por Estados); no la piratería, los tráficos ilícitos de drogas y psicotrópicos, de armas, de materiales nucleares y otros o el blanqueo de capitales; manteniendo fuertes dudas respecto de la calificación como internacional del crimen de *Apartheid* (*International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 110 y ss.).

39. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 435.

40. Para una completa descripción de sus "nuevas formas de manifestación" y "rasgos criminológicos propios", PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico*... cit., p. 52 y ss. y 83 y ss.

41. No "por su prohibición legal sino por sus causas y, especialmente, por las nuevas formas de llevarla a cabo". GARCÍA ARÁN, M., Esclavitud... cit., p. 359. Asimismo, KARA, S., *Tráfico sexual: el negocio de la esclavitud moderna*, Madrid, 2010; MAQUEDA ABREU, M. L., Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas, en P. Laurenzo Copello, *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 255 y ss. SCARPA, S., *Trafficking in*

ellas ha de encontrar igualmente sede los tráficos de seres humanos merecedores de proscripción internacional; eso sí, sin caer en el riesgo de la identificación mecánica y simplista, "carente de fundamento",[42] de estas conductas con cualquier movimiento de personas irregular o clandestino, incluso si llevado a cabo por organizaciones ilegales.

2.2 Principales instrumentos internacionales contra el tráfico y la trata de seres humanos

2.2.1 Evolución

Distingue Arroyo Zapatero[43] cuatro fases en los esfuerzos desplegados desde el siglo XVIII en el plano internacional para el refuerzo de la cooperación penal dirigida a la prohibición y persecución de la trata y tráfico de seres humanos, "fenómeno muy antiguo que ha acompañado a la humanidad desde tiempos remotos", pero cuya "visualización, y su consideración como violación de los derechos humanos y como delito únicamente ha cobrado relevancia en el ámbito jurídico en las últimas décadas":[44] la abolición de la esclavitud; la lucha contra la "trata de blancas";[45] la época de la guerra fría (hasta la caída del muro de Berlín); y el tiempo de la globalización.

De los múltiples instrumentos internacionales desarrollados en las dos primeras etapas merecen destacarse

– entre los abolitorios de la esclavitud, fundamentalmente centrados, en el siglo XIX, en "la caza de los negreros",[46] los trabajos del Congreso de Viena de 8 de febrero de 1815 y de Bruselas de 2 de julio de 1890, así como los Tratados de Londres y de Washington, de 20 de diciembre de 1841 y de 7 de abril de 1862. Con posterioridad al siglo XIX también es preciso tener en cuenta el Convenio

---

Human Beings. Modern Slavery, New York, 2008; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 49 y ss.

42. LAURENZO COPELLO, P., El modelo... cit., p. 1158 y s. También, MAQUEDA ABREU, M. L., A propósito y de las razones que llevan a confundir l@s inmigrantes con esclav@s, en J. C. Carbonell et al. (dirs.), *Constitución*... cit., p. 1245 y ss.

43. ARROYO ZAPATERO, L., De la lucha... cit., p. 129 y ss.

44. BOLDOVA PASAMAR, M. A., Trata de seres humanos, en especial menores, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 23, 2010, p. 53.

45. Recuerda Capus las críticas que la expresión suscitó ya a comienzos del siglo XX en las negociaciones de cara al primer acuerdo internacional. "La represión de la trata de seres humanos a lo largo del siglo XIX: una descripción de la polifonía de los intentos de armonización penal", en M. Delmas-Marty/M. Pieth/U. Sieber (dirs.), *Los Caminos*... cit., p. 98 s.

46. CAPUS, N., La represión... cit., p. 100.

de St.Germain-en-Laye (3 abril 1930), el Convenio relativo a la esclavitud (25 septiembre 1926) y su Protocolo (7 diciembre 1953) –que todavía se apoyaron en una definición "restrictiva"[47]–, la Convención Suplementaria relativa a la abolición de la esclavitud, del comercio de esclavos e instituciones y prácticas similares a la esclavitud (7 diciembre 1956)[48] –que extendió el campo de aplicación a la servidumbre (incluida la servidumbre por deudas) y la venta de mujeres para matrimonio no consentido y adopción de niños con fines de explotación, entrando así en la "delicada área" de las normas culturales y prácticas tradicionales familiares, matrimoniales y sexuales[49]– y los textos de la OIT en materia de trabajo forzoso u obligatorio (principalmente, los Convenios núms. 29, de 1930, y 105, de 1957), cuya "vinculación" con "la esclavitud y la explotación laboral de las personas (...) es manifiesta";[50]

– en cuanto a la lucha contra la "trata de blancas" (1904-1949) –en la que el peso de "los valores moralizantes"[51] de cada época resulta palmario–, el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido por el nombre de "trata de blancas" (18 mayo 1904), y los Convenios internacionales: el relativo a la represión de la trata de blancas (14 mayo 1910), para la supresión de la trata de mujeres y niños (30 septiembre 1921), para la represión de la trata de mujeres mayores (11 octubre 1933), y sus protocolos enmendantes (en particular, los de Lake Success: 12 noviembre 1947 y 4 mayo 1949).

Por lo que se refiere a la fase que va desde la guerra fría a la caída del muro de Berlín, mencionada la trata (de esclavos) en la prohibición de la esclavitud por parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y del art. 8 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), el tráfico y la trata de personas perdieron cierto interés desde el prisma de la elaboración normativa en el plano internacional, más preocupado en este área por los desplazados y refugiados, si bien (junto a la Convención de 1951 de refugiados) no deben dejar de mencionarse el Convenio internacional para la represión y abolición de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena (2 diciembre 1949), y su Protocolo final, abiertos

47. PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización*... cit., p. 61.

48. Ver también la Cuestión relativa a la esclavitud y tráfico de esclavos en todas sus formas y manifestaciones, con inclusión de las prácticas de segregación racial y de colonialismo análogas a la esclavitud (24 agosto 1979, E/CN.4/Sub.2/434).

49. BASSIOUNI, M.C. et al., Addressing... cit., p. 436 y 439.

50. PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico*... cit., p. 97.

51. BOLDOVA PASAMAR, M. A., Trata... cit., p. 55. Destaca, por su parte, De León Villalba la incidencia que el abolicionismo alcanzó en esta línea, como base de "todo el programa de lucha contra la trata de personas y la prostitución ajena". Para un completo repaso, *Tráfico*... cit.,, p. 8 y ss.

ambos a la firma en Lake Success (21 marzo 1950), los cuales sirvieron para unificar la normativa en materia de trata con fines de explotación sexual, aun cuando dejaron pendiente la definición precisa del fenómeno,[52] abordando en el mismo marco la prostitución, respecto de la que la trata era calificada como "el mal que le acompaña".[53] También son de relevancia el Convenio de eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (18 diciembre 1979)[54] –que recoge el compromiso de los Estados para suprimir en todas sus formas el tráfico de mujeres y la explotación de la prostitución femenina– o los textos relativos a la protección de la infancia y, muy en particular, los desplegados en materia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes, principalmente en el marco de la OIT: especialmente, el Convenio internacional sobre trabajadores migrantes (C143; 1975), que vino a completar al Convenio de 1949 y se presenta como "un reclamo de armonización internacional"[55] imprescindible para asegurar la persecución eficaz de los movimientos ilegales o clandestinos y demás abusos conectados con las migraciones.

La cuestión vuelve a retomarse con mayor fuerza en la era de la globalización, caracterizada, como ya se ha dicho, por la multiplicación e intensidad de los movimientos de población empujados por la importante presión migratoria, lo que lleva a "la eclosión de un problema que se había ido generando durante décadas: la inmigración ilegal".[56] Tras la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por las Naciones Unidas en 1990 a instancia Comisión de Derechos Humanos y en cumplimiento de los Convenios de la OIT,[57] textos fundamentales de esta época son:

---

52. OTTENHOF, R., Traite des personnes et criminalité organisée au plan européen et international, *Eguzkilore*, 17, 2003, p. 30; SCARPA, S., Child trafficking: the worst face of the world, *Global Migration Perspectives*, 40, septiembre 2005, p. 11.

53. Así, citando el Preámbulo. BOLDOVA PASAMAR, M. A., Trata... cit., p. 56.

54. DE LEÓN VILLALBA, F. J, *Tráfico*... cit., p. 101 y 115. Por otra parte, aun cuando la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) o la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) no contengan medidas contra la trata de personas, sus órganos de seguimiento sí que han emitido recomendaciones a este respecto en el marco de los fenómenos de los que se ocupan. SCARPA, S., *Trafficking*... cit., p. 110 y s. Sobre la importancia de los informes de los Comités, entre los que debe incluirse igualmente en esta materia el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito*... cit., p. 79 y ss. También para otras resoluciones de la Asamblea General y Comisión de Derechos Humanos de la ONU, por todos, BOLDOVA PASAMAR, M. A. Trata... cit., p. 65 y ss.

55. ARROYO ZAPATERO, L., De la lucha... cit., p. 135.

56. DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico*... cit., p. 86.

57. Entre los que debe comprenderse igualmente el Convenio núm. 138, de 1973, sobre edad mínima de admisión al empleo y el Convenio núm. 182 sobre prohibición de las peores

– la Convención relativa a los derechos del niño (1990), que contiene diversas medidas contra el traslado ilícito de niños, su explotación y tráfico, así como en cuanto a la venta de niños, a la prostitución de niños y a la pornografía con niños, y sus Protocolos: el relativo a la participación de niños en conflictos armados, y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil (25 mayo 2000);[58] y, sobre todo,

– los Protocolos complementarios de la Convención de Palermo, de las Naciones Unidas, "primer tratado internacional contra el crimen organizado"[59] trasnacional: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; y el Protocolo para prevenir el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, a los que inmediatamente nos referiremos.

En cuanto al Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional (1998),[60] menciona la trata de personas en relación con la esclavitud, incluida entre los crímenes contra la humanidad, y que en la línea de los instrumentos internacionales anteriores comprende el "ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños" (art. 7.2 c). También las referencias a los delitos sexuales en el ámbito de los crímenes de guerra "abre la posibilidad de investigar casos de tráfico de personas con fines de explotación sexual o condiciones semejantes".[61]

2.2.2 Tráficos ilícitos de personas y delincuencia organizada

En la era de la globalización, los tráficos ilícitos de personas –que desde los años 90 son objeto de distintos programas de las Naciones Unidas y, muy en particular, del Programa Global, aprobado en 1999[62] y dirigido a mantener y suministrar

---

formas de trabajo infantil, de 1999, que incluye a la venta y tráfico de menores (art. 3 a) como formas de esclavitud o prácticas similares a la esclavitud. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 444.

58. Critica Torres Fernández este Protocolo porque, al reducir el ámbito de aplicación "mínimo(s)" de las infracciones penales que requiere a los supuestos de comercio sexual, venta de órganos y explotación laboral, olvida la importancia del hecho de traficar con niños para la adopción ilegal, "igualmente atentatorio de sus derechos fundamentales". *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal. El delito del artículo 221 del Código Penal español*, Madrid, 2003, p. 49.

59. MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito...* cit., p. 34.

60. BASSIOUNI, M.C. et al., Addressing... cit., p. 448 y ss.

61. DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico...* cit., p. 155.

62. UNODC, *Trafficking...* cit., p. 48 ss. Ver también, en la actualidad, los trabajos de UN.GIFT – Iniciativa Global de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Trata

información actualizada sobre las rutas de tráfico, métodos de los traficantes y mejores prácticas de prevención, así como para la formación y asistencia técnica, y apoyo a las víctimas de tráfico y de trata– preocupan de manera especial por su clara vinculación con la delincuencia organizada,[63] de la que constituyen uno de los aspectos "más preocupantes" en la actualidad.[64] Y es que, si los instrumentos internacionales anteriores, a pesar de su número (o incluso debido a ello), se caracterizaban ya por su imperfección e insuficiencias, así como por el enfoque prioritario (y hasta el cambio de siglo casi exclusivo) hacia los tráficos relacionados con la esclavitud y explotación sexual, las nuevas modalidades de explotación y el salto de escala producido con la aparición de los grupos criminales transnacionales estructurados –que se aprovechan de las facilidades ofrecidas por las comunicaciones internacionales y de las lagunas de los sistemas represivos– han puesto de manifiesto su falta de adaptación a la realidad actual y su obsolescencia, de aquí la necesidad de nuevos textos que, partiendo de la globalidad y de las múltiples formas y manifestaciones de este fenómeno clandestino y "organizado",[65] tengan realmente en cuenta los nuevos perfiles y características de esta grave criminalidad transnacional,[66] dedicada a un "mercado" altamente lucrativo,[67] en el que a la rentabilidad del doble lucro[68] se suma "la escasez del gasto",[69] aunque, como ya se ha advertido, no sea nada fácil de medir.

En realidad, los estudios criminológicos ponen de manifiesto que, a pesar de que no deje de haber supuestos "sin gran despliegue de medios" ni intervención de "una gran organización",[70] las redes del crimen organizado –en las que las

---

de Personas (www.ungift.org/), coordinados desde la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen.

63. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, Vienna, 2010.

64. OTTENHOF, R., Traite... cit., p. 28.

65. UNODC, *Trafficking*... cit., p. 68 y ss.

66. Esto es, que involucra a personas de diferentes países, operando "en más de un mercado ilícito". PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización*... cit., p. 18.

67. Se habla del "tercer negocio" de las redes organizadas, tras el tráfico de drogas y de armas. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.) et al., *Protección*... cit., p. 35.

68. MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito*... cit., p. 22; SAINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros*, Barcelona, 2002, p. 23.

69. VILLACAMPA ESTIARTE, C., El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 14, 2010, p. 826.

70. VILLACAMPA ESTIARTE, C., Trata de seres humanos y delincuencia organizada, *InDret*, 1/2012, p. 8.

actividades ilícitas se encuentran ya totalmente entremezcladas con las de empresas, en principio, sin sospecha de ilegalidad[71]– han penetrado ya todos los niveles y "cadenas mercantiles"[72] de la "desgraciada realidad de la inmigración ilegal":[73] desde el reclutamiento (por la fuerza o fraudulento) en los países de origen, pasando por el traslado, normalmente clandestino o irregular, al extranjero, hasta la llegada al lugar de destino, son propiciados y conducidos por "redes dedicadas organizadamente y por motivos lucrativos a ello", viniendo acompañados o desembocando en ocasiones "en la explotación laboral, sexual o de otro tipo del inmigrante"[74] hasta por la necesidad de "saldar la deuda contraída"[75] (gastos de papeleo falso, viajes, alojamiento etc.); ésta suele generar, en efecto, "una total dependencia de la víctima de tráfico respecto de sus traficantes",[76] haciéndose entonces patente de manera plena la explotación laboral, sexual, para la prostitución, etc., las más de las veces aplicada con "engaño o abusando de la situación de vulnerabilidad de la víctima",[77] pero en la que empleo incluso de formas graves de intimidación y/o de violencia en modo alguno queda ausente.[78]

En este marco se incardinan las disposiciones de los dos Protocolos. Como "culminación de un largo proceso de evolución"[79] suponen un "punto de inflexión"[80] y tratan de superar las insuficiencias presentadas por los textos

71. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización...* cit., p. 14.

72. MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito...* cit., p. 253.

73. GÓMEZ NAVAJAS, J., Inmigración ilegal y delincuencia organizada, en J. M. Zugaldía Espinar (dir.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2007, p. 388.

74. GARCÍA DE PAZ, I., Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales, en L. M. Puente Alba, *Criminalidad organizada* cit., p. 260. Sobre las características y actuación de las redes en este marco, ibidem, p. 270 y ss; también DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico...* cit., p. 75 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización...* cit., p. 19 y ss.

75. Conocida como "*debt bondage* (...), novedad del fenómeno". BAUCELLS LLADÓ, J., El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual, en M. J. Rodríguez Mesa/L. R. Ruiz Rodríguez, *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, 2006, p. 178.

76. GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Cizur Menor, 2007, p. 51.

77. BAUCELLS LLADÓ, J., El tráfico ilegal... cit., p. 178. Ver también, UNODC, *Issue Paper. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons*, Vienna, 2012.

78. Conviene indicar que con frecuencia las víctimas no son explotadas por el mismo grupo que las trasladó, sino que son transferidas, "vendidas", a otras redes que operan en otros lugares y/o países. OTTENHOF, R., Traite... cit., p. 30.

79. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización...* cit., p. 65.

80. PÉREZ ALONSO, E. J., Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas, en J. M. Zugaldía Espinar (dir.), *El Derecho Penal...* cit., p. 38.

anteriores, en ocasiones centrados tan sólo en aspectos particulares (esclavitud, trabajo forzado, explotación sexual...) de un fenómeno muy complejo y en el que, a la vista de la victimización generada, resulta ya totalmente insuficiente la mera fijación de principios generales y es preciso articular intervenciones específicas que permitan hacer frente tanto a las actividades de los iniciadores o beneficiarios del tráfico o trata como a ese conjunto de intermediarios que se benefician igualmente de la explotación de las personas. Reflejo ambos de "la existencia de un cordón umbilical que anuda" dos fenómenos,[81] cuya separación es no pocas veces "muy sutil"[82] o hasta "inexistente" –pues "la inmigración clandestina al igual que la trata de personas se desarrolla en condiciones muy a menudo dramáticas",[83] lo que hace que "la distinción sea particularmente difícil de aplicar en la práctica"[84]–, fueron en todo caso elaborados más desde una perspectiva punitiva que desde el prisma de los derechos humanos y, si bien manifiestan cierta "aproximación protectora",[85] son muchas sus carencias en cuanto a la atención de las víctimas.

2.2.2.1 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Centrado inicialmente en la trata de mujeres y niños pronto se extendió el campo de aplicación del I[er] Protocolo, a la trata de todo tipo de personas, y ello sin perder de vista que la mayor parte de las veces son mujeres y niños las victimas principales. En efecto, el Protocolo constituye el "primer texto jurídico a nivel global que estableció una concepción normativa de trata no únicamente circunscrita a la que tenía por finalidad la explotación sexual"[86] y se ha convertido

81. BASSIOUNI, M.C. et al., Addressing... cit., p. 455.

82. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización*... cit., p. 28; SERRA CRISTÓBAL, R., El fenómeno de la trata de mujeres para la explotación sexual y los derechos de las víctimas, en R. Serra Cristóbal/P. Lloria García, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Madrid, 2007, p. 53; STORINI, C., La trata de personas como problema de violación de los derechos humanos. Una visión desde el derecho comparado, en R. Serra Cristóbal, (coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia, 2007, p. 327 y 329.

83. STORINI, C., ibidem, p. 327 y 329.

84. EDWARDS, A., Traffic in Human Beings: at the Intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor, *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 36:1, 2007, p. 18.

85. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 149.

86. Idem, p. 830.

en "instrumento internacional contemporáneo por excelencia"[87] en este campo. Partiendo de la ineficacia del consentimiento de la victima respecto de los actos de explotación –reflejo natural de la esencialidad e indisponibilidad del bien jurídico afectado[88]–, establece una lista abierta de actos de trata (art. 3 a), con el fin de hacer efectiva la "universalización de la protección penal"[89] que se propugna y abarcar todas las modalidades de explotación de seres humanos. A pesar de todo, hay que reconocer que el foco principal sigue estando en las mujeres y niños, mencionados en el propio título del Protocolo, lo que lleva a algunos autores a mantener que el Protocolo continúa siendo todavía y primordialmente un "instrumento anti-prostitución".[90]

El Protocolo combina medidas preventivas y represivas con normas dirigidas a fomentar la cooperación interestatal en la prevención, facilitando el intercambio de información y la formación (arts. 9 y ss.).

Los Estados Partes están obligados a prevenir, investigar y penar a través de su legislación interna la trata de personas "de carácter transnacional" o que "entrañe(n) la participación de un grupo delictivo organizado" (art. 4), incriminando igualmente la tentativa, la complicidad y la participación en la organización de la infracción. Conforme al art. 2 a) de la Convención de Palermo, es "grupo delictivo organizado" un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". En cuanto al carácter transnacional, su alcance se fija en el artículo 3 de la Convención, que no requiere estrictamente la comisión del delito "en más de un Estado"[91]. También cabe aceptar el carácter transnacional de un delito cometido "dentro de un solo Estado" si: "una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado"; "entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado"; o tiene "efectos sustanciales en otro Estado".

87. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Trata*... cit., p. 5.

88. ALONSO ÁLAMO, M., ¿Protección...? cit., p. 17.

89. CUGAT MAURI, M., La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis), en G. Quintero Olivares, *La Reforma Penal de 2012: análisis y comentarios*, Cizur Menor, 2010, p. 160.

90. EDWARDS, A., Traffic... cit., p. 11.

91. Considera que del art. 4 llega la exigencia del "carácter internacional de la actividad", BOLDOVA PASAMAR, M. A. Trata... cit., p. 64; también REBOLLO VARGAS, R., en REBOLLO VARGAS, R. et al., Normativa internacional y derecho comparado, en M. García Arán (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, 2006, p. 48 y ss.

Por razones de seguridad jurídica y con el fin de evitar problemas en cuanto a la doble incriminación, se aporta una definición de trata de personas, "claramente vinculada con la explotación y la esclavitud",[92] que se identifica, de una manera "un tanto farragosa",[93] con la "captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación" (artículo 3 a). A efectos del Protocolo, el concepto de explotación –que viene a apoyarse en la "distorsión de la libertad de decisión de la víctima", a la que se le cercena toda capacidad real de "tomar decisiones sobre su(s) vidas, su trabajo o migración"[94]– incluye "como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos"; y, en todo caso, tratándose de niños (esto es, de menores de 18 años), "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción (...) con fines de explotación se considera "trata de personas" hasta "cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados" (art. 3, c). Por su parte, la referencia al abuso de una situación de vulnerabilidad, que no deja de presentar una ambigüedad probablemente buscada por los redactores del Protocolo, permite abarcar todas aquellas situaciones en las que las personas no tienen otra alternativa "real y aceptable" que someterse al abuso.[95]

Las Partes se obligan a la protección de las víctimas de estos delitos, a cuyo objeto se recoge un conjunto de medidas de asistencia y de protección. Se agrupan así en los artículos 6 a 8, sin carácter premial (por no quedar ligadas al hecho de la contribución del testimonio de la víctima a la persecución de los responsables),[96] referencias a

– la protección de la privacidad e identidad mediante la confidencialidad de las actuaciones, y, sobre todo,

– al "derecho"[97] de las victimas

92. MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito*... cit., p. 36.

93. HAVA GARCÍA, E., Trata de personas, prostitución y políticas migratorias, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXVV, 2006, p. 89.

94. GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico*... cit., p. 47 y s.

95. UNODC, *Issue Paper. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons*, Vienna, 2012, p. 29.

96. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización*... cit., p. 71.

97. Critica, con todo, el tono, no de verdadero reconocimiento de derechos, sino de corte "discrecional", EDWARDS, A., Traffic... cit., p. 20.

• a la necesaria información y asistencia en el plano procesal,

• a la aplicación de medidas de cara a la recuperación física, sociológica y social (suministrándoles el alojamiento adecuado y asesoramiento e información en materia de derechos),

• a la asistencia médica, psicológica y social,

• a la oferta de oportunidades de empleo, educación y capacitación.

Y se subraya la importancia de prestar atención a la indemnización, a la seguridad física de las víctimas y a las necesidades especiales de alguna de ellas, en particular los niños.

Se añaden disposiciones en cuanto a la protección y asistencia a las víctimas en el Estado receptor (art. 7) y a su repatriación (art. 8), establecida normativamente "por primera vez (...) en un instrumento multilateral"[98] a través de estos Protocolos; ésta, preferentemente, ha de tener un carácter voluntario, propugnándose igualmente que se permita a las victimas residir temporalmente o de manera definitiva en el territorio, si así lo prefiere.

En abril de 2006 la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen (UNODC) publicó un Informe con recomendaciones a los Estados miembros para la implementación del Protocolo, con un importante listado de medidas de prevención, persecución y protección, así como en cuanto a la información;[99] y en febrero de 2009 publicó el *Informe Global sobre la Trata de Personas*,[100] dirigido a "catalogar y analizar la respuesta mundial en función de los datos sobre justicia penal y asistencia a las víctimas correspondientes a 155 países".[101]

2.2.2.2 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

En cuanto al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, "el instrumento universal más importante sobre la inmigración clandestina",[102] reconoce como su razón de ser "prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo

98. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización*... cit., p. 67.

99. UNODC, *Trafficking*... cit.

100. UNODC, *Global Report*... cit. Ver también el *Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa mundial contra la trata de personas*, New York, 2009.

101. COSTA, A. M., A knowledge crisis about a crime that shames us all, en UNODC, *Global Report* cit., p. 7.

102. PÉREZ ALONSO, E. J., Regulación internacional... cit., p. 41.

los derechos de los migrantes" (art. 2).[103] A tal efecto, con base en las definiciones suministradas por el art. 3, a través del artículo 6 los Estados se obligan a la adopción de medidas legislativas u otras y a la incriminación como hechos delictivos –siempre que sean intencionales y encaminados directa o indirectamente a la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material– de los actos siguientes (art. 6):

a) El tráfico ilícito de migrantes.

b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes,

i) la creación de un documento de viaje o de identidad falso;

ii) la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento.

c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

También deben tipificar como delito (si su ordenamiento lo permite) la tentativa de comisión de los hechos anteriores, la participación como cómplice en determinados hechos de tráfico ilícito de migrantes,[104] así como "la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 2 del artículo 6; con todo, "los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6" (art. 5). Igualmente deberán considerarse a estos efectos como circunstancias agravantes (art. 6.3): el hecho de poner en peligro o poder poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; y el dar "lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación".

A partir de aquí el Protocolo establece medidas especificas de cooperación y persecución del tráfico ilícito de migrantes por mar (arts. 7 y ss.), con cláusulas de protección y garantizadoras de la seguridad y trato humano de las personas a bordo (art. 9), así como un conjunto de medidas de prevención y cooperación dirigidas a combatir el tráfico ilícito de migrantes, intercambiando información sobre rutas y organizaciones o grupos involucrados, medios y métodos de ocultación y transporte de personas y demás cuestiones de utilidad de cara a la aplicación de la ley y para "reforzar la capacidad respectiva de prevenir, detectar e investigar las conductas"

---

103. Destaca De León Villalba cómo "queda fuera del interés del Protocolo sancionar el fenómeno de la migración en sí mismo considerado". *Tráfico*... cit., p. 130.

104. En concreto, los del inciso i) del apartado b) o en el apartado c), y (siempre con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico) la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b).

prohibidas y "enjuiciar a las personas implicadas en ellas" (art. 10.1), incluyendo medidas fronterizas (art. 11) y de seguridad, control, legitimidad y validez de los documentos (arts. 12 y s.), de capacitación y cooperación técnica (art. 14) y otras de carácter preventivo (art. 15).

Se insiste, además, en las medidas de protección y asistencia (art. 16) de las personas objeto de tráfico: de sus derechos (en particular, el derecho a la vida y a no ser sometido a torturas u otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), de su seguridad y frente a posibles conductas violentas, debiendo prestar especial atención a las necesidades especiales de mujeres y niños. También la repatriación de los migrantes es objeto del Protocolo, que declara el deber de los Estados (art. 17) de "facilitar y aceptar, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 (...) que sea nacional de ese Estado Parte o tuviese derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de la repatriación", contemplando igualmente los casos de las personas que carecen de la debida documentación y requiriendo que toda repatriación se lleve a efecto de "manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona".

2.2.3 Valoración

Conviene no dejar pasar desapercibida la importancia que los Protocolos de la Convención de Palermo alcanzan en la evolución del abordaje internacional de los fenómenos de tráfico y de trata, pues, en realidad, y sin superar "la herencia criminocéntrica" propia de la intervención de las Naciones Unidas en este campo (el peso que en ellos alcanzan los aspectos punitivos y de persecución penal sigue siendo importante),[105] la combinación, aun limitada, de los enfoques preventivos, protectores y de persecución penal supone ya el "inicio del viraje desde el criminocentrismo hacia el victimocentrismo",[106] constituyendo un "significativo"[107] avance, reclamado desde no pocas instancias. Ello, a pesar de la limitación de las medidas contempladas en cuanto a la protección de las víctimas –se orientan demasiado hacia la repatriación, no establecen un listado de derechos, ni fijan el demandado período de reflexión para que las víctimas puedan decidir si colaborarán o no con la Justicia, ni prestan verdaderamente una atención especial a las víctimas particularmente vulnerables... [108]– y a la falta de eficaces mecanismos

105. EDWARDS, A., Traffic... cit., p. 17.

106. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 161.

107. REBOLLO VARGAS, R., en Normativa internacional... cit., p. 54.

108. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea... cit., p. 8.

de aplicación: frente a los informes periódicos, la admisión de quejas o recursos individuales, o los sistemas de visitas que caracterizan a otros instrumentos de derechos humanos, lo que el Protocolo hace en la práctica es, simplemente, animar a los Estados al intercambio de información.[109]

3. LA NORMATIVA EUROPEA

También en los ámbitos regionales la preocupación por la trata de seres humanos y por las redes de inmigración ilegal se ha traducido, junto al desarrollo de programas diversos, en la adopción de instrumentos y normativas. En este trabajo nos interesa el acercamiento a la normativa europea,[110] tanto del Consejo de Europa como, en particular, de la Unión Europea, ámbito caracterizado por la paulatina "interdependencia entre la política comunitaria de inmigración y la política común de cooperación policial y judicial en materia penal",[111] que ha dado lugar a un "complejo conglomerado normativo" orientado al "restrictivo blindaje frente a los flujos extracomunitarios"[112] y en el que parecen ser la norma la "progresiva reducción del Derecho de inmigración al objetivo de lucha contra la inmigración ilegal, unida a la lucha contra el terrorismo",[113] y el desentendimiento por parte de "la política criminal europea en materia de inmigración (...) de los delitos de explotación (...)", lo que lleva a "la paradoja de dar más importancia a lo instrumental, que sería el tráfico, que a lo sustancial, la explotación a la que el tráfico sirve".[114]

---

109. EDWARDS, A., Traffic... cit., p. 21.

110. El Convenio de Roma no se ocupa directamente de la trata de personas, aunque, como ha destacado la Corte europea, su cobertura puede asegurarse a través de varios de sus artículos (arts. 2 a 5). BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 465 y s.; SCARPA, S., Fighting against Human Trafficking for Commercial Sexual Exploitation: the Actions in Western Europe, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 81 3-4, 2010, p. 577 y ss.

111. CUGAT MAURI, M., en R.Rebollo Vargas et al., Normativa internacional... cit., p. 75.

112. TERRADILLOS BASOCO, J. M, Inmigración y sistema penal español: últimas estrategias político-criminales, en J. V. Gavidia Sánchez (coord.), *Inmigración, Familia y Derecho*, Madrid, 2011, p. 551. Ver también GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico*... cit., p. 419.

113. DE LUCAS, J., Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes, en G. Portilla Contreras (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, 2005, p. 213.

114. TERRADILLOS BASOCO, J. M., Las políticas penales europeas de inmigración, en L. M. Puente Alba (dir.), *Criminalidad*... cit., p. 217. Mas, continúa este autor, "la paradoja es sólo aparente cuando se comienza por aceptar la persecución del tráfico de personas, no es atención a sus derechos, sino como refuerzo de la política pública, europea en este caso, de control de flujos migratorios" (ibidem).

3.1 El consejo de Europa

Diversos son los textos aprobados en el marco del Consejo de Europa, tanto por el Comité de Ministros como por la Asamblea Parlamentaria, en materia de inmigración irregular y, sobre todo, en lo relativo a la trata de seres humanos. Destacan entre ellos, de un lado, recomendaciones del Comité de Ministros como la Recomendación R (91)11 sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y el tráfico de niños y jóvenes,[115] la Recomendación R (2000)11 sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual – que, junto a las medidas preventivas y de legislación penal, insistió en la asistencia a las víctimas[116]– o la Recomendación (2001)16 también en materia de explotación sexual, referida en este caso a la protección de menores.[117] Pero, sobre todo, por su importancia y por su condición formal de fuentes a nivel internacional, son de mencionar los Convenios del Consejo de Europa,

– sobre la lucha contra la trata de seres humanos (STCE n. 197, Varsovia, 2005); y

– para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (STCE n. 201, Lanzarote, 2007).

Siendo prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños, proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual, y promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños, los objetivos del Convenio n. 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual (art. 1) –el cual no se refiere de manera específica al tráfico o trata de menores–, es el Convenio n. 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16

115. Que, en cierto modo, supuso la culminación de los trabajos desarrollados en el seno del Consejo de Europa, a partir de la Recomendación 1.065 (1987) de la Asamblea Parlamentaria, relativa a la trata y otras formas de explotación de niños. Ver también la Recomendación 1.325 (1997), de la Asamblea Parlamentaria, relativa a la trata de mujeres y a la prostitución forzada en Europa, así como las recomendaciones núm.1.545 (2002), sobre campaña contra la trata de mujeres, núm.1.610 (2003), en materia de migraciones relacionadas con la trata de mujeres y la prostitución, y núm. 1.663 (2004), sobre esclavitud doméstica, servidumbre, personas "*au pair*" y esposas compradas por correspondencia.

116. DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico*... cit., p. 152.

117. Por su parte, la Rec (2012) 10 sobre protección de los niños y jóvenes deportistas contra los problemas ligados a las migraciones manifiesta su especial preocupación por el hecho de que la situación de determinados deportistas migrantes presente en casos extremos problemas ligados a la trata de seres humanos y destaca que el hecho de que ningún tratado internacional contemple de manera específica la trata de seres humanos en el marco deportivo, no quiere decir que no resulten igualmente aplicables todos los textos vigentes con carácter general en la materia.

de mayo de 2005, el que mayor interés presenta a nuestros efectos, por sus "claros valores añadidos en relación con los instrumentos hasta ahora adoptados"[118] y, en particular, por el "abordaje integral" del fenómeno, decisivo cambio de enfoque que ha justificado su calificación como el instrumento internacional "principal",[119] "más avanzado"[120] y "más moderno en la lucha contra la trata de seres humanos".[121]

Partiendo de que estamos ante "una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano (...) que puede conducir a una situación de esclavitud para las víctimas", el Convenio de Varsovia se dirige a (art. 1):

–"prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres";

– proteger los derechos de la persona de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces"; y

–"promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos",

– aplicándose "a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada" (art. 2).

En la línea de los principales instrumentos internacionales (cuya combinación y respeto se contempla de manera específica: arts. 39 y 40) y, muy en particular, del Protocolo de 2000 –del que el texto no se separa sustancialmente en este punto,[122] salvo en cuanto a la cobertura de todos los supuestos de trata, tanto nacional como internacional, ligada o no a la delincuencia organizada[123]–, el Convenio de Varsovia identifica la trata de seres humanos con "la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación". Igualmente, el Convenio entiende que la "explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras

118. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 176.

119. BASSIOUNI, M.C. et al., Addressing... cit., p. 419.

120. SCARPA, S., Fighting... cit., p. 585.

121. VILLACAMPA ESTIARTE, C., El delito... cit., p. 832.

122. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 37.

123. Art. 2. SCARPA, S., Fighting... cit., p. 572.

formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos" (art. 4 a) y que, en caso de menores, "la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación" serán constitutivos de trata de seres humanos aun cuando no concurran los medios mencionados (art. 4 c), sin que, con carácter general, el consentimiento de las víctimas a la explotación pueda tener relevancia alguna (art. 4 b).

El Convenio recoge un conjunto de medidas de carácter preventivo (art. 5), para desincentivar la demanda (art. 6), para adoptar en las fronteras (art. 7) y relativas a los documentos (arts. 8 y 9), a las que se añade otra serie de intervenciones dirigidas a "proteger y promover los derechos de las víctimas, garantizando la igualdad entre mujeres y hombres" (art. 17), lo que resulta mucho más destacable por lo que supone de intensificación de la perspectiva victimocéntrica[124] y de derechos humanos escasamente manifestada hasta entonces en los instrumentos internacionales en la materia,[125] más volcados a facilitar la cooperación penal. Sobresalen entre ellas las relativas a la identificación (art. 10), protección de la vida privada (art. 11), asistencia con vistas a su restablecimiento físico, psicológico y social (art. 12), recuperación y reflexión (art. 13), permiso de residencia (art. 14), indemnizaciones y recursos (art. 15), repatriación y retorno (art. 16).

En el plano penal, las Partes se obligan a la tipificación como infracción penal tanto de los hechos definidos por el Convenio (art. 18), como de la utilización de los servicios de una víctima de trata a sabiendas de su condición de tal (art. 19), y otras falsificaciones o manipulaciones falsarias de carácter documental (at. 20), exigiendo la sanción penal de la complicidad y tentativa, salvo en el caso del art. 19 (art. 21). La responsabilidad (penal, civil o administrativa) de las personas jurídicas es objeto de regulación por parte del art. 22. El Convenio exige que las respuestas penales aplicadas por los derechos internos sean efectivas, proporcionales y disuasorias, contemplando hasta la privación de libertad por los hechos del art. 18 y, en todo caso, la confiscación de los instrumentos y productos de las infracciones penales en los supuestos de los artículos 18 y 20, apdo. a), "o de los bienes cuyo valor corresponda a dichos productos", así como el cierre temporal o definitivo de los establecimientos (art. 23). Se prevé además una serie de circunstancias agravantes (art. 24), la reincidencia internacional (art. 25) y la posibilidad de no imposición de sanción "a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello" (art. 26).

El Convenio se completa con previsiones procesales y en materia de investigación (arts. 27 y ss.), entre las que cabe destacar las normas de protección de víctimas,

124. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea... cit., p. 12 s.

125. SCARPA, S., Fighting... cit., p. 572 y s.

testigos y personas que colaboren con las autoridades judiciales (art. 28) y en materia de competencia (art. 31), al igual que un conjunto de disposiciones sobre cooperación internacional (muy en particular, para la protección de las personas amenazadas o desparecidas) y en cuanto a la cooperación con la sociedad civil (arts. 32 y ss.), apuntada ya en Palermo, pero que encuentra aquí un mayor desarrollo;[126] así como mecanismos de seguimiento, como el Comité de las Partes y el Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Greta) (arts. 36 y ss.).

3.2 La Unión Europea

En el marco de la Unión Europea, ya desde Ámsterdam el artículo 29 del Tratado de la Unión se refirió expresamente a la cooperación (y aproximación normativa) para la prevención y lucha, entre otras, contra la trata de seres humanos y los delitos contra los niños. Esta disposición ha encontrado continuidad en el Tratado de Lisboa, cuyo artículo 63 bis (art. 79.1 del texto consolidado del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), al hablar de la política común de inmigración, alude a la "prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y (...) lucha reforzada contra ambas", lo que ha de llevar a la adopción de las correspondientes medidas por parte del Parlamento y del Consejo. La trata de seres humanos, junto a la explotación sexual de mujeres y niños, son igualmente objeto de atención por parte del segundo párrafo del artículo 69 B (art. 83.1 II del texto consolidado), el cual se refiere a la posibilidad de que en estos casos el Parlamento Europeo y el Consejo puedan establecer, "mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes".

3.2.1 De la falta de competencias penales a un Derecho Penal de la UE

El camino recorrido por el proceso de integración europea en lo relativo al Derecho penal merece subrayarse.[127] Diseñada conforme a los tratados constitutivos como una estructura supraestatal sin competencia penal directa,[128] pronto se observaron sus

126. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 184.

127. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Armonización penal en la Unión europea, en C. Arangüena Fanego/A. J.Sanz Morán (coords.), *La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, p. 135 y ss.

128. BLANCO CORDERO, I., El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-05 (2004).

carencias (a pesar de quedar abierta la vía de las sanciones administrativas) de cara a la protección inmediata incluso de los bienes comunitarios. A partir del Tratado de Maastricht (1992), que puso "las bases para una política represiva común",[129] ello se tradujo en crecientes esfuerzos de intensificación y de perfeccionamiento de la cooperación penal entre los Estados miembros en el seno del llamado "tercer pilar"[130] y en la incorporación progresiva a los tratados de contenidos de corte político-criminal, particularmente en lo relativo a la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia, la delincuencia organizada,[131] el terrorismo, el tráfico de personas, agresiones y abusos sexuales contra menores, tráfico ilícito de drogas y de armas, fraude y corrupción. El importante paso adelante dado por el Tratado de Ámsterdam (1997) en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, permitió el inicio de acciones comunes en este ámbito donde, nuevamente, la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, y en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, resultaban objeto de especial mención no sólo para la intensificación de la cooperación policial (o en el seno de Europol o Eurojust), sino también de cara a la aproximación de las normas penales estatales respectivas.

Con base en el Tratado de Ámsterdam nació el Programa de Tampere (1999), que fue seguido por el de La Haya (2004) y por el Programa de Estocolmo (2010-2014). Éstos han ido fijando las necesidades de la Unión en el refuerzo del espacio de libertad, seguridad y justicia, ámbito en el cual la inmigración ilegal y la trata de seres humanos (en especial, de mujeres y niños) han ocupado siempre una posición relevante.[132]

A través de las decisiones marco –devenidas junto a los Convenios europeos de contenido penal sustantivo en instrumentos destacados a la hora del desarrollo de los programas mencionados, a pesar de su carencia de efectos directos[133]–, diversas áreas han sido objeto de aproximación, permitiendo una influencia europea creciente sobre la legislación penal de los Estados miembros, más que en aspectos de la parte general (donde la incidencia se busca fundamentalmente de

129. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización*... cit., p. 73.

130. DE BIOLLEY, S., Le développement historique du Droit pénal de l'Union Européenne. Les débuts: acquis de Schengen, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 23.

131. Referencia amplia y que permite "dar cabida a multitud de figuras delictivas". MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito*... cit., p. 45. Ver también, BLANCO CORDERO, I., El Derecho penal... cit., p. 2 y ss.

132. TERRADILLOS BASOCO, J. M., Las políticas penales europeas... cit., p. 195 y ss.

133. NIETO MARTÍN, A., Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho penal, *Direito e Cidadanía*, VII, 22, 2005, p. 36 y ss.

cara a la armonización en materia de penas y ha venido a plasmarse, en particular, en relación con el comiso),[134] en la parte especial. Así, el esfuerzo de armonización de elementos constitutivos de infracciones penales ha alcanzado no sólo a la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, la lucha contra la explotación sexual y la pornografía infantil, la inmigración ilegal, la trata de seres humanos, la lucha contra el racismo y la xenofobia o los delitos de terrorismo, sino también a los ataques contra los sistemas de información, el blanqueo de capitales, la lucha contra el fraude, las operaciones con información privilegiada y la manipulación de mercados, la corrupción en el sector público y privado y hasta en materia medioambiental.

Precisamente, el conflicto institucional surgido en torno a la protección penal del ambiente[135] llevó al Tribunal de Justicia Europeo a pronunciarse –a través de las Sentencias de 13 de septiembre de 2005 y de 23 de octubre de 2007 y en línea con la que repetidas veces se ha llamado su función "propulsora"[136]– sobre la competencia de las instituciones comunitarias en cuanto al establecimiento de normas penales obligatorias para los Estados miembros cuando el recurso a la sanción penal se presente como instrumento indispensable en orden a garantizar la eficacia de las normas comunitarias vinculantes. El Tribunal resolvió la cuestión en un sentido positivo, abriendo a las directivas la posibilidad de intervención en un espacio hasta entonces exclusivo de las decisiones marco.

El debate generado en torno al alcance y límites de las nuevas posibilidades armonizadoras de las instituciones comunitarias en el campo penal[137], quedó con todo en gran parte superado por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De forma fundamentalmente similar al Proyecto constitucional[138] y superando la

---

134. KAYE, N., Freezing and confiscation of criminal proceeds, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 323 y ss. También, por su importancia, Directiva 2004/80/CE de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos (DOUE L 261, 6.8.2004), que de algún modo completa el contenido de la Decisión Marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO C 95, 23.4.2003).

135. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Armonización penal... cit., p. 153 y ss.

136. PICOTTI, L., Las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Comunitario: estado actual y perspectivas, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, 13, 2004, p. 164.

137. NIETO MARTÍN, A., Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo *(Comentario a la STFCE, asunto C-16/03, de 13-9-2005)*, *Revista española de Derecho europeo*, 17, 2006, p. 115; SATZGER, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden Baden, 2005, p. 100; VERVAELE, J. A. E., The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy. A Cessio Bonorum from the Third to the First Pillar, en K. Nuotto (ed.), *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, Helsinki, 2007, p. 141.

138. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L./BLANCO CORDERO, I., El modelo penal de la Constitución europea, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 291.

estructura de pilares, éste convierte a la codecisión en el procedimiento legislativo ordinario, reafirmando el objetivo de aproximación (mediante directivas) de las legislaciones penales respecto de delitos caracterizados por su especial gravedad y dimensión transfronteriza (art. 69 B 1; art. 83.1 II del texto consolidado del Tratado de Funcionamiento de la UE), como son "el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada"; un listado que puede ser objeto de ampliación atendida "la evolución de la delincuencia" y respetando la regla de unanimidad, previa aprobación por el Parlamento Europeo" (art. 83.1 III).

Siguiendo la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia respecto del conflicto institucional generado, la aproximación a través de la aprobación de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones aplicables se permite, igualmente, con base en el núm.2 del artículo 69 B (art. 83.2 del texto consolidado), para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito en el que se hayan aplicado ya ·medidas de armonización, siempre que se pruebe "imprescindible" para garantizar su ejecución eficaz.

A pesar de la estrechez de los límites establecidos[139] y de los problemas que puede generar la cláusula de protección de los sistemas nacionales (art. 69 B 3; art. 83.3 del texto consolidado) por el evidente riesgo de vetos políticos,[140] la evolución más reciente pone de relieve el cambio de tercio operado en el derecho penal europeo, sobre el que ya no se discute si se quiere o no, sino "para qué lo queremos y en qué condiciones".[141]

3.2.2 Textos normativos de la UE en materia de tráfico y de trata de seres humanos

El interés de las instituciones de la Unión por promover la cooperación en materia de persecución del tráfico y de la trata de seres humanos[142] –cuestión destacada ya por el Parlamento en 1989[143] y que, según algunas estimaciones, supone entre

139. Destaca, por ejemplo, la contundencia de la expresión "imprescindible", NIETO MARTÍN, A., Fundamentos constitucionales... cit., p. 85.

140. VERVAELE, J. A. E., La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea, *Revista Penal*, 15, 2005, p. 182. Ver también, TERRADILLOS BASOCO, J., La Constitución para Europa: un reto político-criminal, *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 20, 2005, p. 396.

141. VERVAELE, J. A. E., The European Community... cit., p. 142.

142. DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico*... cit., p. 131 y ss.

143. Resolución sobre la explotación de la prostitución y el tráfico de seres humanos (14 abril 1989), DO C 120, 16.5.1989.

un quinto y un sexto del volumen de la trata a nivel mundial[144]– encontró ya una primera plasmación normativa, con base en el Tratado de Maastricht, en dos acciones comunes: la 96/700/JAI (Programa de estímulo e intercambio) y, sobre todo, la Acción común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños,[145] cuyo contenido fue objeto de "sucesivas reformas que variaron en ocasiones el contenido de la definición de trata de personas"[146] y sirvió "de referencia de base" para las reformas penales de diversos países,[147] saliendo reforzado a partir del Programa Tempere (1999), tras el Tratado de Ámsterdam, que dio el primer paso en lo que se ha dado llamar la política criminal de la Unión.[148] En este Programa el fomento de la cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad organizada transnacional quedó fijado como un claro objetivo en el marco de la intensificación de la cooperación en la lucha contra la criminalidad, una de las cuatro columnas principales del Programa; al mismo tiempo, entre las formas de criminalidad que debían ser objeto de una lucha específica, se destacaron el tráfico y la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños (con una especial referencia a la pedopornografía por Internet).

En desarrollo de las líneas indicadas, y de lo dispuesto por el art. 5.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2000), que prohíbe "la trata de seres humanos", en 2002 se aprobaron dos decisiones marco: la Decisión Marco 2002/946/JAI, para reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y, sobre todo, la Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 julio 2002, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha

144. Si bien los datos han de tomarse con todas las cautelas. SCARPA, S., L'Unione europea e la lotta alla nuova tratta di esseri umani", *Affari sociale internazionali*, 1, 2005, p. 52.

145. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española, *Revista Penal*, 2, 1998, p. 17 y ss. Ver también, Acción común por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinados a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (29 noviembre de 1996) y aquella por la que se amplía el mandato otorgado a la Unidad de Drogas de Europol en materia de trata de seres humanos (16 diciembre 1996). Para otras iniciativas pioneras del Parlamento y de la Comisión, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos, en *Estudios de Derecho judicial, Delitos contra la libertad sexual*, 21, Madrid, 1999, p. 323 y ss.

146. GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico*... cit., p. 61 y s.

147. MAPELLI CAFFARENA, B., El bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual, en J. C. Carbonell et al. (dirs.), *Constitución*... cit., p. 1228.

148. Con todo, VERVAELE, J. A. E., La europeización... cit., p. 183.

contra la trata de seres humanos.[149] Calificada la trata como "una grave violación de los derechos fundamentales" (Cdo.3), ésta se apoyó en un concepto prácticamente idéntico al de Palermo, comprensivo de los diferentes supuestos de trata forzada, fraudulenta y abusiva, salvo en lo relativo a la no inclusión expresa del tráfico de órganos por parte de la Decisión Marco, que sí que se refería al intercambio o traspaso de control sobre la persona, aun cuando se distanciaba en la descripción de la finalidad de explotación, que no suponía una lista abierta como en Palermo y Varsovia. La regulación, volcada al tratamiento de una cuestión en la que se destacaban sus aspectos vinculados con la migración ilegal y con la delincuencia organizada, presentaba un contenido predominantemente "punitivista"[150] y fundamentales carencias desde el prisma victimológico[151], las cuales se vieron de algún modo completadas, particularmente en cuanto a las víctimas que cooperan con la autoridad, por lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004, de carácter más "premial" que garantista de los derechos humanos de las víctimas de trata[152] y relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países víctimas de la trata de seres humanos u objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. También en 2004 se aprobó la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.[153]

Creado por Decisión 2003/209/CE de la Comisión, con objeto de poner en práctica las recomendaciones de la Declaración de Bruselas de 2002, el Grupo de Expertos en la Trata de Seres Humanos elaboró un importante informe que entregó oficialmente el 22 de diciembre de 2004, con múltiples recomendaciones para la mejor reorientación de toda la acción de la UE en este campo.[154]

Por su parte, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y como reflejo de la clara prioridad que el Programa de Estocolmo ("Una Europa abierta y segura que

149. Ver también la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

150. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea..., cit., p. 19.

151. SCARPA, S., L'Unione europea... cit., p. 56; VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea... cit., p. 8. Destaca incluso esta autora cómo el texto proyectado contenía menciones más amplias a la asistencia a las víctimas que las definitivamente recogidas en el documento final (ibidem, p. 20).

152. SCARPA, S., L'Unione europea... cit., p. 56 s.

153. Ver asimismo, entre otros actos y decisiones, la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998, por la que se completa la definición de la forma de delincuencia "Trata de seres humanos" incluida en el anexo del Convenio Europol (1999/C26/05) y la Declaración de Bruselas sobre la prevención y combate de la trata de seres humanos (septiembre 2002).

154. *Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings* (Brussels, 22 December 2004).

sirva y proteja al ciudadano")[155] otorga a la lucha contra la trata de seres humanos, la Decisión Marco de 2002 ha sido sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

3.2.2.1 La Decisión Marco 2002/946/JAI para reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares

La Decisión Marco trae causa en la Directiva 2002/90/CE para la definición de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. Inspirada en "la defensa de los intereses de los Estados a controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras",[156] ésta tipificó como infracciones que debían encontrar sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias" (art. 3) por parte de los Estados miembros, los hechos de, intencionadamente, ayudar[157] a una persona que no sea nacional de un Estado miembro

– a entrar en (o transitar a través del) territorio de un Estado miembro vulnerando la legislación estatal sobre entrada o tránsito de extranjeros (salvo que lo sea por razones humanitarias, en cuyo caso se autoriza a los Estados a "decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales", la no imposición de sanción: art. 1.2); o,

– con ánimo de lucro, a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación estatal sobre estancia de extranjeros.

Con apoyo en estas incriminaciones, ordena la Decisión Marco a los Estados miembros la adopción de las medidas que se precisen para su sanción mediante "sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición" (art. 1.1), siendo acompañadas, cuando proceda, por el decomiso del medio de transporte utilizado para cometer la infracción penal; o la prohibición de ejercer, directamente o por persona interpuesta, la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción; y la expulsión (art. 1.2).

---

155. DO C 115 de 4.5.2010, p. 1. Ver también el Programa de Prevención y Lucha contra el Crimen (2007-2013), así como el Programa Daphne, que sucedió al Programa Stop, específicamente orientado a la prevención de la lucha contra la trata de personas y la explotación sexual de los niños.

156. MAYORDOMO RODRIGO, V., Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 2011, p. 328.

157. Así como la incitación, complicidad o tentativa en algunas de las infracciones tipificadas (art. 2).

Se añade a lo anterior la exigencia de que, de concurrir ánimo de lucro en los hechos de ayuda a la entrada y tránsito (y, en su caso, a la incitación, participación y tentativa de comisión de los mismos), para su comisión "como parte de las actividades de una organización delictiva", o bien "poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción", se prevean "penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años" (art. 1.3) o, de resultar "indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional", que estos hechos sean penados con privación "de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a seis años, siempre que estas penas sean de las penas máximas más severas para delitos de gravedad comparable" (art. 1.4).

Los artículos 2 y 3 contemplan la responsabilidad y sanciones de las personas jurídicas por los hechos definidos por el artículo 1.1, tanto si realizados por cualquiera "en su provecho", o por "un cargo directivo" (representante o persona u órgano con capacidad para adoptar decisiones en su nombre o para ejercer un control en su seno), como si cometidas por un subordinado por "falta de vigilancia o control". Son sanciones aplicables contra las personas jurídicas (art. 3), además de las "multas de carácter penal o administrativo", medidas como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, o el sometimiento a vigilancia y liquidación judiciales.

3.2.2.2 La Directiva 2009/52/CE de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular

Sin que ello suponga derogación alguna de la Decisión Marco anterior, en 2009 se ha añadido a la misma la Directiva 2009/52/CE por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, dirigida a servir de "complemento a las medidas para combatir el trabajo no declarado y la explotación". A través de ella se vienen a establecer "normas comunes mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores que no respeten dicha prohibición" (art. 1).

Aun cuando su contenido principal no es de naturaleza penal, el artículo 9 de la Directiva tipifica como delito determinados supuestos de "empleo de nacionales de terceros países en situación irregular" (art. 3.1),[158] en particular, si (siendo una

158. Salvo que se trate de "nacionales de terceros países en situación irregular cuya expulsión haya sido aplazada y que tengan derecho a trabajar de conformidad con el Derecho nacional" (art. 3.3).

infracción "intencionada"): continúa o es reiterada de modo persistente; se refiere al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular; se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas; o bien tiene que ver con el empleo ilegal de un menor. Al lado de lo anterior, el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular se convierte asimismo en delito si el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión Marco 2002/629/JAI, hace uso del trabajo o de los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de trata de seres humanos.

El artículo 10 ordena para estos hechos (y para los actos de complicidad o incitación a los mismos) "sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias", que pueden verse acompañadas de "otras sanciones o medidas no penales, y (...) la publicación de la resolución judicial pertinente al caso".

También se contempla la responsabilidad –no necesariamente penal– de las personas jurídicas (arts. 11) en una línea muy similar a la ya descrita Decisión Marco de 2002, permitiéndose la publicidad de la "lista de empleadores que sean personas jurídicas y que han sido halladas culpables del delito" (art. 12).

3.2.2.3 La reciente Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas

La nueva Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, ha venido a sustituir, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a la Decisión Marco 2002/629/JAI.[159]

Calificada como "parte de una acción mundial contra la trata de seres humanos, que incluye medidas en las que participan terceros países",[160] la Directiva se inspira en un enfoque "integrado, global y basado en los derechos

159. Para la génesis y antecedentes normativos de la Directiva, VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea... cit., p. 22 y ss. Por su parte, la Directiva 2011/92/UE ha reemplazado a la Decisión Marco 2004/68/JAI en materia de lucha contra la explotación sexual de menores y pornografía infantil. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M, Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, *Revista* Penal, 30, 2012, p. 35 y ss.

160. Y en la línea del "Documento orientado a la acción sobre la intensificación de la dimensión exterior de la Unión en materia de actuación contra la trata de seres humanos: Hacia una acción mundial de la UE contra la trata de seres humanos", adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2009 (11450/5/09 REV 5 de 19 de noviembre de 2009 y 9501/3/11 REV 3 de 4 de julio de 2011).

humanos", por lo que se refiere a la lucha contra la trata de personas. Asumiendo el "paradigma victimocéntrico" y situando a los derechos humanos de las víctimas "en el epicentro del tratamiento de este problema",[161] presta especial atención a las situaciones de mayor vulnerabilidad, identificadas con el hecho de colocar a la persona afectada sin "otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso" (art. 2.2); y, en particular a los menores de 18 años, respecto de los que, como en los textos repasados, los hechos son constitutivos de trata aun cuando no concurra el empleo de los medios específicos legalmente tipificados con carácter general (art. 2.5).

Declarada la trata como una grave violación de derechos humanos, que la Unión y los Estados miembros deben evitar y combatir prioritariamente, en la línea de la Decisión Marco de 2002 (que adoptaba fundamentalmente el concepto de Palermo) se establece un concepto de trata mejorado y ampliado, incluyendo en el mismo otras formas de explotación, como la mendicidad forzosa, que se asimila al trabajo o servicio forzoso, al igual que la "explotación para realizar actividades delictivas" (carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares penalmente castigadas y que conllevan ganancia económica). También la trata de seres humanos con el fin de extracción de órganos[162] queda expresamente incluida en el concepto,[163] siempre que concurran los elementos constitutivos definidos por la Directiva: esto es, la finalidad de explotación y el empleo de "amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona" (art. 2.1 II).

Similarmente a los instrumentos internacionales aplicables, la concurrencia de los medios legalmente tipificados hace que el consentimiento de la "víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada" sea irrelevante (art. 2.4).

La Directiva obliga a los Estados a castigar los hechos de trata "con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años" (art. 4.1). La duración máxima de las penas deberá elevarse al menos a diez años en caso de concurrencia de alguna de las circunstancias previstas por el art. 4.2: víctima particularmente vulnerable (o menor de edad); comisión en el marco de

161. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea... cit., p. 1 y s.

162. Que "incomprensiblemente" no quedara recogida por la Decisión Marco de 2002. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., Título VII bis. De la trata de seres humanos, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2012, p. 703.

163. Y, conforme al considerando 11 del Preámbulo, la dirigida a la adopción ilegal o matrimonios forzados.

una organización delictiva;[164] puesta "en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima"; o empleo de "violencia grave" o causación "a la víctima (de) daños particularmente graves". También ha de agravar la pena la condición del sujeto activo de "funcionario público en el ejercicio de sus funciones" (art. 4.3).

En caso de inducción, complicidad o tentativa, los Estados "adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad" (art. 3) con "penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan dar lugar a entrega" (art. 4.4).

Conforme al art. 8 –que amplía lo dispuesto por el Convenio de Varsovia, aunque acotando los supuestos "con mayor detalle"[165]–, las víctimas de trata de seres humanos pueden quedar exentas de responsabilidad por el hecho de su participación en aquellas actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos de trata.

La Directiva regula también, en línea con los textos europeos anteriores, la responsabilidad de las personas jurídicas (arts. 5 y 6), para las que se requiere la imposición de "sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o de otro tipo", aplicándose igualmente otras modalidades sancionatorias, como: exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales; sometimiento a vigilancia judicial; disolución judicial; cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción (art. 6).

El embargo y decomiso de los instrumentos y productos de las infracciones tipificadas resulta también contemplado (art. 7).

El texto recoge normas relativas a la investigación y enjuiciamiento (art. 9), competencia (art. 10) y, sobre todo, un importante conjunto de disposiciones en materia de asistencia, apoyo y protección de las víctimas (arts. 11 y ss.), con especial atención a los menores de edad, en particular si no acompañados (arts. 13 a 16); y sin que el ámbito protector se haga depender de las condiciones de residencia de la víctima en el correspondiente territorio. La Directiva ordena a los Estados miembros garantizar "que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente" (art. 17) y se completa con otras disposiciones, entre las que destacan las relativas a las medidas de prevención (art. 18), la constitución de ponencias nacionales o de mecanismos equivalentes (art. 19) y la coordinación de la estrategia de la Unión contra la trata de seres humanos, que ha de traducirse

164. En el sentido de lo dispuesto por la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada (DO L 300 de 11.11.2008, p. 42).

165. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea... cit., p. 45.

a la postre en la presentación bienal de informes por parte de la "Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos" (art. 20).

Aun cuando la preferencia y prioridad de la tarea de persecución de la trata quede incluso manifestada por la colocación de las disposiciones en el texto,[166] es de destacar la importancia de la nueva Directiva y del cambio de enfoque que representa, manifestado en la pretensión de abordaje "integrado" y "global" del fenómeno, "basado en los derechos humanos" (Cdo. 7) y "teniendo en cuenta la perspectiva de género" (art. 1). Esto se refleja inmediatamente en el peso y mayor exhaustividad de la "significativa"[167] normativa destinada a la específica protección de las víctimas y en la propia perspectiva que inspira las medidas de asistencia y apoyo orientadas a esta labor, a través de las cuales ha de proporcionarse "al menos un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante medidas como, por ejemplo, la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación, en su caso" (art. 11.6).

En cuanto a la protección de las víctimas en el procedimiento penal –claramente inspirada en prevenir, sin merma de los derechos de defensa, "la victimización secundaria, así como la producción de cualquier nueva experiencia traumática durante el proceso penal"[168]–, se garantiza (aunque no necesariamente de manera gratuita) su asesoramiento jurídico y representación legal hasta con objeto de lograr la indemnización, estableciéndose la modulación de las medidas de protección con base en la correspondiente evaluación individual del riesgo.

En todo caso, la Directiva no se ocupa de todos los aspectos propios de la situación de las víctimas, en la que la regulación de las condiciones de estancia en el país de destino (posibilidades de obtención de permiso de residencia o de llegar a tener residencia legal) constituye aspecto central y continúa por otras vías.

4. SUPERANDO LOS PROBLEMAS E INSUFICIENCIAS DE LA REGULACIÓN SUPRANACIONAL ACTUAL

El modelo internacional en vigor es fruto de una lenta evolución, que se remonta ampliamente en el tiempo y en la que son muchos los instrumentos adoptados y bien diversas las perspectivas y enfoques que los inspiraron, produciéndose

166. Críticamente, en este sentido, porque las medidas de persecución se sitúen "en primer lugar", VILLACAMPA ESTIARTE, C., ibidem, p. 34.

167. Santana Vega, D. M., El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6), *Cuadernos de Política Criminal*, 104, 2011, p. 80.

168. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva europea... cit., p. 40.

no pocos solapamientos y lagunas que generan "confusión"[169] y reciben amplias críticas de la doctrina internacional. Ésta subraya además con carácter general la inadecuación de los tratados existentes y de sus mecanismos de aplicación, algo nada incompatible con el hecho de que algunos de ellos contengan herramientas apropiadas para hacer frente a las redes de compleja estructura involucradas en el tráfico y trata de seres humanos.[170]

Sin perjuicio de que también el modelo europeo deba mejorarse, el contraste entre la regulación internacional y la aprobada en el marco europeo –en el seno del Consejo de Europa por medio del Convenio de Varsovia y, sobre todo, en la Unión Europea a través de la reciente Directiva 2011/36/UE– permite destacar puntos centrales del camino que en el plano internacional es preciso todavía recorrer. Detectados ya por el importante Informe 2004 del Grupo de Expertos europeo, no pocos de ellos se recogen igualmente en los informes de las diversas instancias internacionales, que incluyen en sus recomendaciones interesantes propuestas dirigidas a superar los problemas e insuficiencias de la regulación supranacional.

4.1 La necesidad de una adecuada delimitación del fenómeno

La propia delimitación del fenómeno, indispensable punto de partida para cualquier regulación "con pretensiones fundadas y practicables de prevenirlo y erradicarlo"[171], presenta ya dificultades en el plano normativo internacional.[172] Ciertamente, las prácticas que acompañan a los movimientos clandestinos o irregulares de personas en el mundo globalizado son muy variadas, tanto por lo que respecta a su alcance transnacional o no, su carácter coercitivo o consensuado, las motivaciones que los animan, las cuestiones de edad, género, la intervención o no de redes organizadas...;[173] es más, en las últimas décadas y por influjo de la globalización han "crecido significativamente en alcance, estructura e impacto".[174]

Pues bien, a pesar de la larga experiencia en la evolución internacional, incluso en los instrumentos más recientes y desarrollados, como son los Protocolos

169. EDWARDS, A., Traffic... cit., p. 53.

170. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 418.

171. PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico*... cit., p.149. Para un completo repaso comparativo de las definiciones procedentes de los instrumentos internacionales y textos europeos, *ibidem*, p. 156 y ss. y 171 y ss.

172. *Manual*... cit., p. 1 y ss.

173. De entre ellas, destacan como objeto de la preocupación internacional al más alto nivel las migraciones por razones laborales, la victimización de mujeres y niños, el impacto sobre poblaciones vulnerables y los temas relativos a refugiados. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 419.

174. BASSIOUNI, M. C. et al., ibídem, p. 482.

de la Convención de Palermo, y prescindiendo por el momento del grado de transnacionalidad exigido, cuestiones como la falta de claridad en la delimitación del tráfico y de la trata (o la todavía dependencia conceptual de ésta respecto de la industria sexual), y hasta lo que deba entenderse por coerción, siguen siendo puntos que requieren de ulteriores e imprescindibles esfuerzos de esclarecimiento y delimitación.

En efecto, si tomamos el concepto de trata recogido por el primer Protocolo, y como en cierto modo resulta natural a la vista del objetivo inclusivo perseguido, la definición es "extremadamente amplia en cuanto a su alcance, estructura y potencial interpretativo".[175] Ahora bien, habiendo dos Protocolos, uno relativo a la trata y el otro al tráfico, y siendo ésta –la distinción entre los dos fenómenos, cuya gravedad y rechazo desde el prisma internacional en modo alguno es idéntico– el enfoque más apropiado, parece razonable exigir una mejor delimitación internacional de ambos supuestos, conceptualmente alejados cuando se traducen en las conductas menos graves, pero que se superponen y solapan en la práctica y, de manera acentuada, en los casos más extremos.

También el concepto de explotación es susceptible de altas dosis de subjetivismo en su interpretación, máxime si tenemos en cuenta que para la mayor parte de las legislaciones internas los migrantes indocumentados son caldo de explotación económica por su situación de vulnerabilidad. Incluso la explotación sexual, que por su propia dañosidad tanto peso sigue teniendo en el abordaje del fenómeno de la trata[176] (y ello a pesar de que porcentualmente sólo un número limitado de las personas que atraviesan las fronteras con o sin autorización están involucradas en este ámbito)[177], no deja de plantear problemas por su diverso alcance en el plano moral y legal, como lo demuestra la cuestión de la explotación para la prostitución, tantas veces identificada con la prostitución misma,[178] algo inaceptable en general y, muy en particular, en aquellos lugares donde la prostitución es legal.

El aspecto más discutido es, en cualquier caso, el del significado de la coerción y/o abuso de poder, tan ligado a la "falsa distinción" entre víctimas "inocentes" y "culpables".[179] Considerado inherente en el supuesto de los menores (si bien se cuestiona si debería serlo con menores de 16 ó 17 años), respecto de los adultos ello remite al consentimiento (a lo hicieron o no libremente), algo particularmente

175. BASSIOUNI, M. C. et al., ibídem, p. 421.

176. SCARPA, S., Fighting... cit., p. 567.

177. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 424.

178. En algunas legislaciones europeas predomina "la idea de que la prostitución es una forma de violencia contra la mujer y los niños y una perpetuación de la desigualdad de género", SCARPA, S., Fighting... cit., p. 584.

179. *Report of the Experts Group...* cit., p. 49 y ss. y 51 y s.

complejo cuando el sujeto se encuentra en situación de gran vulnerabilidad que le lleva a aceptar lo que aparenta ser "una oportunidad mejorada para sí y sus familias".[180] En este sentido, hay quien propone limitar las referencias directamente a la explotación, un término como se ha visto no exento de ambigüedad o indeterminación, pero que puede perfilarse mejor y permitir "una constatación más objetiva, facilitando la prueba".[181]

El problema de la adecuada delimitación del fenómeno se suscita asimismo en el plano del Consejo de Europa, donde el Convenio adopta sustancialmente la definición de base de la trata de personas del artículo 3 del Protocolo de Palermo, si bien no se limita al tráfico transnacional o al conectado con el crimen organizado.[182] Mejor se coloca la Directiva de 2011, no sólo por ampliar las formas de explotación susceptible de trata, sino sobre todo por el esfuerzo en avanzar en la delimitación conceptual de las situaciones de vulnerabilidad, recogidas a partir de Palermo: éstas se reconducen a la falta de "alternativa real o aceptable" frente a la sumisión al abuso (art. 2.2), marcando una línea que, adecuadamente desarrollada, podría servir de ejemplo en el plano internacional en su conjunto, de cara a evitar el riesgo de identificación entre "migración voluntaria, aunque ilegal", y trata.[183]

Prescindiendo, por el momento, de los conocidos efectos negativos en los derechos internos del "enfoque *trafiquista*" –convertido, como ya se ha advertido, en la "principal coartada" para el despliegue de todo el arsenal del "Derecho penal en la estrategia global de cierre de fronteras sin exponerse a la crítica de estar abusando del ordenamiento punitivo para reforzar las normas administrativas sobre extranjería"[184]–, es, en efecto, de la mayor importancia insistir en el plano internacional en la no confusión y solapamiento en el tratamiento de los supuestos de tráfico irregular de personas y de los casos de trata.[185] Si bien a nivel mundial la variabilidad de los procesos de trata y de los métodos de reclutamiento, sistemas de transporte y mecanismos coercitivos es muy amplia y variada,[186] y sin perjuicio de que el control de las migraciones irregulares también pueda merecer y requiera,

180. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 427 y s.

181. DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico*... cit., p. 57.

182. SCARPA, S., Fighting... cit., p. 572.

183. Advierte de este riesgo, MAQUEDA ABREU, M. L., A propósito... cit., p. 1250.

184. LAURENZO COPELLO, P., El modelo... cit., p. 1152.

185. MATTAR, M. Y., *Incorporating the Five Basic Elements of a Model Antitrafficking in Persons Legislation in Domestic Laws: From the United Nations Protocol to the European Convention*, 2006, p. 15 (del texto descargado de *internet*, publicado también en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 14, 2005-2006).

186. Lo que es válido tanto para la trata ligada a la industria sexual como para la que tiene lugar al margen de ella. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing...,cit., p. 484.

como de hecho lo hace, la intensificación de la cooperación internacional, es hora ya de superar la confusión y mezcla entre ambos fenómenos y de propugnar un abordaje internacional de la trata de personas que no se vea tan influido, como todavía lo está, por la idea de transnacionalidad y delincuencia organizada[187] ya que, a pesar de sus puntos en común (e incluso del hecho de que en no pocas ocasiones lo que comienza como tráfico de migrantes finalice como trata de personas), son muchas y fundamentales las diferencias: "en el tráfico de personas el negocio deriva del movimiento de personas a través del cruce de fronteras, mientras que en la trata la mercancía es la persona misma",[188] a la que se degrada "a la condición de objeto(s)",[189] lo que no finaliza con la llegada al país de destino, sino que principalmente se da ahí, perdurando en el tiempo.[190] Coherentemente, las regulaciones sobre inmigración irregular ponen el foco central en la infracción de las normativas en materia de flujos de personas, los cuales pueden darse con explotación o sumisión a condiciones contrarias a la dignidad,[191] si bien estas circunstancias no son conceptualmente necesarias; como recuerda Martínez Escamilla,[192] "la irregularidad de la inmigración no supone per se un atentado a la dignidad", siendo los intereses de las políticas migratorias y no otros los que prevalecen en su regulación y sanción, por lo que resulta altamente incorrecto identificar, sin más, inmigración ilegal con abuso o explotación[193].

Por contra, y como se acaba de avanzar, lo propio de la trata (y no sólo cuando incorpora elementos transnacionales o de crimen organizado) es el atentado que, como "fenómeno horrendo y aborrecible",[194] supone a la "cualidad humana (...)

187. Sin embargo, la propuesta del "eurodelito" construye los tipos de trata de personas sobre la incriminación de la inmigración irregular, como supuestos cualificados. ARROYO ZAPATERO, L., "Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos", en L. Arroyo Zapatero/I. Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. IN Memoriam*, vol. II, Cuenca, 2001, pp. 25 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., Tráfico ilegal de mano de obra, en K. Tiedemann (dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003, p. 73 y ss.

188. BOLDOVA PASAMAR, M. A., Trata... cit., p. 105 y s.

189. MAYORDOMO RODRIGO, V., Nueva regulación... cit., p. 330.

190. SERRA CRISTÓBAL, R., El fenómeno... cit., p. 51.

191. También es posible la motivación de carácter humanitario. PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización*... cit., p. 27.

192. ¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-06 (2008).

193. CANCIO MELIÁ, M./MARAVER GÓMEZ, M., El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal, en S. Bacigalupo/M. Cancio Meliá, *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, p. 373.

194. PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico*... cit., p. 39.

que altera la concepción de la libertad en su más amplio sentido, y quebranta los más profundos valores que alimentan a una sociedad con pretensiones de ser justa y solidaria".[195] Estamos ante un abuso intolerable de la vulnerabilidad e impotencia de las víctimas, una "inhumana forma de explotación"[196] gravemente violadora de la dignidad y de los derechos humanos de las víctimas.[197] Equiparable a las que tradicionalmente han recibido atención significativa en el marco internacional,[198] merece todo el esfuerzo dirigido a lograr el mayor acuerdo internacional sobre su proscripción y rechazo al más alto nivel, algo plenamente compatible con el hecho de que, cuando se presente con una dimensión transnacional o en el marco de las actividades de la delincuencia organizada, se intensifique la demanda de aseguramiento e implementación de aquellos mecanismos llamados a garantizar la mayor y más eficaz cooperación entre los Estados. Todo ello, en la línea del preferible concepto omnicomprensivo de trata,[199] que, sin limitarse a las dos formas de explotación –la sexual y la laboral– hasta ahora predominantes, incluso en el marco europeo,[200] aborde "el problema de forma unitaria"[201] y abarque en su seno todo desplazamiento abusivo de personas con fines de explotación, llevado a cabo con amenaza, intimidación, uso de algún tipo de fuerza, fraude, engaño o aprovechamiento indebido de una situación de grave desigualdad de poder.

4.2 Por un verdadero enfoque integral basado en los derechos humanos

Si la mejor delimitación de los fenómenos de tráfico y trata constituye un punto de partida esencial, también es absolutamente precisa la superación del enfoque tradicional. Caracterizado por el "afán criminalizador"[202] y por el peso excesivo de las exigencias de "*law enforcement*" (y no tanto de las derivadas de la protección de los bienes jurídicos fundamentales afectados por la trata), el enfoque tradicional, de corte punitivista, sigue muy presente en los instrumentos más recientes de

195. DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico*... cit., p. 423.

196. MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico sexual de personas*, Valencia, 2001, p. 21.

197. Para las que "supone la negación de la condición de persona". PEREZ ALONSO, E. J., Regulación internacional... cit., p. 47.

198. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 490 y 488. Para un repaso de las consecuencias e impacto de la trata sobre las personas, UN.GIFT, *An Introduction to Human trafficking: Vulnerability, Impact and Action*, New York, 2008, p. 81 y ss.

199. Críticamente, por dudar de que sea posible hacer frente a todas las modalidades de trata con un mismo instrumento y mecanismos, EDWARDS, A., Traffic... cit., p. 46.

200. SCARPA, S., Fighting... cit., p. 568 y 581.

201. DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico*... cit., p. 423.

202. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva Directiva... cit., p. 7.

las Naciones Unidas, desarrollados en el marco de las actividades lucrativas de la delincuencia organizada.[203]

Frente a ello, como asume generalizadamente la doctrina y ha penetrado plenamente en los informes de carácter supranacional[204] y en los textos europeos, de entre los múltiples modelos o formas posibles de aproximación a la trata,[205] contemporáneamente, es la perspectiva de los derechos humanos la que debería predominar en un ámbito tan significativo, clave en "la intersección entre las fuerzas de la globalización económica y las posibilidades transformadoras del discurso de derechos humanos".[206] Conforme a los principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos[207] –contrarios a la reducción de la cuestión "meramente a un problema de migración, de orden público o de delincuencia organizada"–, reivindicar la perspectiva de derechos humanos en la trata de personas supone que cuantos "participan en las actividades encaminadas a combatirla deben integrar los derechos humanos en su análisis del problema y en las respuestas correspondientes", lo que obliga a valorar "las repercusiones" de cualquier acción, política (o medida) con objeto de "descartar todas aquellas respuestas que pongan en peligro los derechos y libertades fundamentales".[208]

Coherente con lo anterior es no sólo el reconocimiento expreso a nivel normativo internacional de la vulneración esencial de los derechos humanos (al igual que de la dignidad e integridad de las personas) que la trata supone,[209] como hizo el

203. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 455 y 481.

204. Por todos, *Report of the Experts Group*..., cit., p. 60 y ss. Y en este mismo sentido merece destacarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo "Lucha contra la trata de seres humanos – enfoque integrado y propuestas para un plan de acción" COM(2005), 514 final. ZANETTI, E., "L"approccio integrato" dell'UE nella lotta alla tratta di esseri umani", en *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di T.Rafaraci), Milano, 2011, p. 343 y ss.

205. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*..., cit., p. 145 y ss.

206. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 490.

207. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas. Comentario,* Nueva York y Ginebra, 2010, p. 3 y s.

208. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ibidem, p. 3 y s. Sobre los derechos humanos de las personas objeto de trata, p. 53 y ss. También, SERRA CRISTÓBAL, R., El fenómeno... cit., p. 101 y ss.

209. Y, en consecuencia, el establecimiento, como en casos similares, de mecanismos dirigidos a la recepción y tratamiento de las quejas individuales. *Report of the Experts Group*... cit., p. 75 y s.

Convenio de Varsovia, sino también la necesaria adopción por parte de los textos internacionales de un enfoque integral y no sólo ni predominantemente punitivo.

Hace tiempo que la Criminología destaca cómo la adecuada prevención y tratamiento de cualquier fenómeno complejo no puede dejarse en las manos exclusivas del Derecho penal, un instrumento demasiado pobre y limitado a tal objeto. En este sentido, en el plano interno se rechaza cada vez con más fuerza la racionalidad[210] de políticas penales que no se incardinen en verdaderos programas político-criminales, planteados desde la pluralidad y la "transdisciplinariedad"[211] y en los cuales, a partir del deslinde y adecuado conocimiento de la realidad (para lo que es esencial la apropiada metodología y sistematización en la recogida de datos), estén presentes, al menos, los que Pinatel[212] denominaba los tres niveles clásicos de la interpretación criminológica: la criminalidad/delincuencia (esto es, el fenómeno), el crimen/delito (o, lo que es lo mismo, sus concretas manifestaciones) y el criminal/delincuente, aspectos que, en la actualidad, deben completarse con la perspectiva victimológica y la evaluación permanente de los resultados y efectos de los procesos de criminalización y de victimización, y de la reacción social.[213]

Con las debidas distancias y matizaciones, lo anterior es, a su vez, válido en el plano internacional. También aquí el tratamiento de los fenómenos complejos muy poco puede beneficiarse de la mera y aislada estrategia punitiva (que sólo cuenta además con mecanismos indirectos de aplicación) y únicamente parece razonable la combinación integrada y multidisciplinar de una pluralidad de intervenciones en los distintos niveles. Así lo destacó el Informe del Grupo de Expertos en la Trata de Seres Humanos, creado por Decisión 2003/209/CE de la Comisión para poner en práctica las recomendaciones de la Declaración de Bruselas de 2002. El Informe sigue la estructura de la Declaración y, afirmando la perspectiva de derechos humanos, defiende un enfoque "holístico e integrado",[214] propugnando tres campos básicos de intervención: la prevención, la asistencia, protección e inclusión social de las víctimas y las estrategias de control. Avanzando en esta misma línea y reformulando la llamada "estrategia 3P" (*prevention, prosecution,*

210. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, 2003.

211. "Multi, inter y transdisciplinariedad". BERISTAIN, A., *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, 2000, p. 594 y ss.

212. *Criminología*, 2. ed., Caracas, 1974, p. 93 y ss.

213. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica, en J. M. Tamarit Sumalla (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Valencia, 2005, p. 240.

214. *Report of the Experts Group*... cit., p. 62.

protection),[215] apuntada ya en Palermo, hay quien llega a proponer un "Enfoque 5P" (*prevention, protection, provision, prosecution, and participation*), incorporando a las tres estrategias ya apuntadas la de prestación de servicios a las víctimas y, sobre todo, la apertura de cauces a la participación de la sociedad civil (muy en particular, las ONGs) y la coordinación interinstitucional en cualquier plan o actividad dirigidos contra la trata de personas.[216]

Excede del objeto de este trabajo el repaso pormenorizado de las estrategias a desplegar en cada uno de estos ámbitos. Nos limitaremos, por ello, en este momento a destacar el rico contenido y posibilidades de la línea preventiva,[217] cuya orientación primordial ha de ser "las causas profundas de la trata de personas",[218] lo único que a largo plazo podría conducir a contener el problema.[219] Aspectos como la adecuada investigación del fenómeno o la permanente evaluación de las políticas y de las campañas generales de concienciación y educación en derechos humanos han de encontrar aquí acomodo al lado de las acciones más específicas de información, dirigidas no sólo a la sensibilización sino también a la "desactivación de la demanda",[220] tanto en los países de origen (con formación de los distintos agentes intervinientes) como de destino, un marco en el que el desarrollo de políticas que favorezcan la inmigración legal y protectoras de los derechos de los trabajadores migrantes, evitando la explotación,[221] alcanza la mayor importancia. Todo ello al margen de la permanente mejora de los controles y servicios administrativos, y de las intervenciones preventivas focalizadas en menores y en los sectores más vulnerables o de riesgo, con el fin de asegurar el adecuado abordaje de los factores que aumentan la vulnerabilidad.[222]

4.3 La indispensable primacía de la perspectiva victimológica

Al lado de la adopción del enfoque integral, la primacía de las exigencias victimológicas constituye un corolario natural de la adopción, como criterio de base, de una verdadera perspectiva de derechos humanos y no primordialmente criminalizadora o reglamentista.

---

215. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 184.
216. MATTAR, M. Y., *Incorporating*... cit., p. 48 y ss.
217. *Report of the Experts Group*... cit., p. 83 y ss.
218. *Manual*... cit., p. 442.
219. SCARPA, S., *Trafficking*... cit., p. 81 y ss. y 206 y ss.
220. TERRADILLOS BASOCO, J., Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina, en L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema Penal y exclusión de extranjeros* cit., p. 63.
221. SCARPA, S., L'Unione europea... cit., p. 62.
222. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios*... cit., p. 109 y ss.

Conviene indicar que cuando se alude a las exigencias victimológicas no se está sólo hablando de la integración en los textos internacionales de disposiciones dirigidas a garantizar un determinado nivel de tutela, asistencia o protección de las víctimas. Esto es algo que viene dándose progresivamente y ha encontrado especial plasmación en los textos posteriores a la Convención de Palermo y su Protocolo sobre trata, el cual –como ya se ha dicho, y a pesar de que las medidas de protección "se quedan algo cortas"– puede calificarse como "el inicio del viraje desde el criminocentrismo hacia el victimocentrismo"[223]. En este sentido, y aun cuando ha de valorarse de modo muy positivo el avance por parte de la nueva Directiva 2011/36/UE, hay que reconocer el camino que queda por recorrer, pues la vaguedad y falta de fijación de "obligaciones claras y vinculantes para las partes"[224] continúan siendo rasgos predominantes de una normativa que, en su conjunto, debería quedar penetrada por la perspectiva victimológica, la cual tiene mucho que decir tanto por lo que respecta a los procesos de victimización (directa e indirecta) primaria –que demandan la adopción e implementación de políticas y medidas generales y específicas–, como en cuanto a las demás formas y procesos de victimización secundaria y/o terciaria, aspectos en los que la incidencia y repercusión de la intervención (y persecución) penal resultan decisivos.

Advertido lo anterior, y centrados ya en el campo de la protección y asistencia a las víctimas de la trata[225] el objetivo ha de ser caminar hacia el diseño de un modelo completo de protección que coloque a las víctimas de trata en el centro de toda acción. Imprescindible es, por ello, la superación del enfoque propio de las regulaciones de extranjería y, por tanto, de toda idea premial: el reconocimiento y ejercicio de sus derechos (o del disfrute de las prestaciones disponibles) por parte de las víctimas ha de ser "incondicional",[226] por tratarse de "seres humanos víctimas gravemente explotados y que precisan apoyo para su recuperación y asistencia",[227] y no derivado de su calidad de testigos o de su posible colaboración en cuanto a la persecución de los victimarios.

Por lo demás, la adopción de cualquier medida potencialmente criminalizadora[228] o lesiva de los intereses de las víctimas debería ser siempre sometida a una estricta evaluación de los riesgos que conlleva, algo particularmente exigible, por ejemplo, en materia de retorno (de la víctima o de sus familiares y, en particular, personas dependientes de ella) al país de origen, que en no pocas ocasiones puede ser

223. VILLACAMPA ESTIARTE, C. La nueva directiva, p. 7 y s.

224. SCARPA, S., Child trafficking *cit.*, p. 14.

225. *Report of the Experts Group*... cit., p. 100 y ss.

226. SCARPA, S., L'Unione europea... cit., p. 61

227. SCARPA, S. Fighting... cit., p. 573.

228. *Manual*... cit., p. 265.

incompatible con el respeto de la dignidad y derechos humanos de las víctimas. No debe olvidarse que, con carácter general, "pobreza, indiferencia hacia los derechos de los sectores vulnerable, gobiernos corruptos, conflictos armadas, desastres" etc. alimentan el fenómeno de la trata, siendo las víctimas, por lo común, "miembros de grupos marginales con muy limitadas opciones de empleo" que se hallan fuera (o a las que se extrae) de su contexto sociofamiliar y en "situaciones caracterizadas por el aislamiento la inseguridad, incertidumbre y miedo".[229] En este orden de cosas, la garantía de un período de reflexión y de recuperación suficiente, de duración "no inferior a tres meses",[230] se presenta como una buena vía para permitir que las víctimas, al tiempo que se van recuperando, puedan informarse adecuadamente antes de tomar las decisiones que les competa. Igualmente debe propugnarse una política de permisos de residencia[231] que contemple circunstancias como el hecho de contar con algún empleo u ocupación estable o la participación en programas sociales, así como razones humanitarias, las cuales han de permitir la concesión de asilo y la consiguiente aplicación del principio de no devolución.[232]

También la política de asistencia (en materia de salud, orientación psicológica, alojamiento, educación y formación, empleo...)[233] debe organizarse con profesionalidad y con pleno respeto de la dignidad y confidencialidad, garantizando la voluntariedad y no discriminación, así como la gratuidad en caso de falta de recursos; y prestando particular atención a la asistencia de carácter legal y en lo relativo a los procedimientos (en especial, penales) que les afecten, en los que evitar toda "retraumatización"[234] debería ser objetivo preferente.

4.4 Aspectos penales y responsabilidad estatal

El que los aspectos penales y de persecución sean los que más atención hayan venido ocupando en el marco internacional, no quiere decir que no presenten

229. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 482

230. *Report of the Experts Group*... cit., p. 105. Para el Comentario de la Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos (*Principios*... cit., p. 160), al menos treinta días, como en el art. 13 del Convenio de Varsovia.

231. *Manual*... cit., p. 327 y ss.

232. WAISMAN, V., Human Trafficking: State Obligations to Protect Victim's Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard, *Hastings International & Comparative Law Review*, 33, 2010, p. 422 y ss. Asimismo, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 239 y ss.

233. Incluso en cuanto a la asistencia lingüística y de traducción (*Manual*... cit., p. 382 y s.), así como al acceso a representantes diplomáticos para contar con el apoyo de éstos. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios*... cit., p. 146 y ss.

234. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 489.

muchos flancos susceptibles de mejora.[235] La propia naturaleza y estado de evolución del Derecho penal internacional y las limitaciones de sus mecanismos de aplicación encuentran pleno reflejo en este área que no por la multiplicación de instrumentos viene a ser el punto de mayor avance en la cooperación penal internacional. De otra parte, los problemas de delimitación adecuada del fenómeno, que ya se han referido, repercuten igualmente en un plano en el que es de evitar "tecnicismo(s)" que se traduzcan en la inaplicabilidad de los textos internacionales.[236] En este sentido, las disposiciones penales deberían partir de la realidad y complejidad del fenómeno en orden a la articulación de incriminaciones que permitan no dejar fuera ninguno de sus aspectos esenciales y, victimológicamente, conviene que ratifiquen plenamente la exención de responsabilidad penal de las víctimas por los hechos delictivos a cuya comisión hayan sido obligadas por los intervinientes en la trata.

Ciertamente, la intervención de organizaciones delictivas (muchas veces de carácter internacional) constituye sin duda una nota característica de los hechos de trata,[237] que debe ser adecuadamente regulada, hasta en relación con la desactivación de la demanda y otros aspectos colaterales, como la falsificación de documentos de viaje o identidad y, muy especialmente, la corrupción.[238] Siendo fundamentalmente el elevado lucro alcanzable el motor principal de la actuación de estas organizaciones, es natural que la agravación de penas se acompañe de medidas confiscatorias y de inhabilitación, así como de la apertura de espacios eficaces de intervención respecto de las entidades y personas jurídicas[239] que las organizaciones tantas veces utilizan para aprovecharse de los resultados de los delitos; y de previsiones específicas en materia de blanqueo, lo que, desde el prisma victimológico, debería completarse con la dotaciones de los correspondientes fondos dirigidos a financiar la protección, asistencia y reparación de las víctimas.

En la persecución penal, donde la formación especializada de los profesionales intervinientes deviene esencial, la perspectiva victimológica reclama el pleno reconocimiento y amparo de las víctimas y de sus derechos (a ser respetadas,

---

235. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios*... cit., p. 193 y ss.

236. Indica el informe de Unodc que no pocas veces las víctimas consienten inicialmente en el tráfico, y sólo después se convierten en víctimas de explotación sexual o laboral... *Trafficking*, p. 51. Ver también BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 455.

237. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, Vienna, 2010.

238. UNODC, *Issue Paper. The Role of Corruption in Trafficking in Persons*, Vienna, 2011; también *Report of the Experts Group*... cit., p. 125 y s.

239. *Manual*... cit., p. 116 y ss.

informadas y asesoradas de manera comprensible, a la intimidad, a la protección, a la reparación e indemnización), al margen de "su nivel de participación"[240] en el proceso; al igual que su tutela para permitir la personación (o la de las asociaciones de víctimas) y asegurar la prestación del testimonio contra los traficantes[241] y frente a técnicas de interrogatorio abusivas y sistemas de confrontación (que deben evitarse en lo posible) en la línea de protección de testigos.[242]

La adecuada delimitación de los criterios de competencia, perseguibilidad, extradición y otras formas de auxilio judicial,[243] la promoción del intercambio sincero y ágil de información entre las agencias intervinientes y el empleo de técnicas de investigación no sólo reactivas, sino también proactivas, son asimismo puntos importantes a desarrollar en el plano internacional, donde el reconocimiento de "la extraterritorialidad del tipo penal y la supresión del principio de doble incriminación"[244] serían muy relevantes.

Volviendo al plano sustantivo, los textos internacionales reclaman de la legislación penal de los Estados Partes la incriminación de la demanda,[245] esto es, de la utilización de servicios de las víctimas personas explotadas (esclavos sexuales, trabajadores baratos etc.), por ser éste uno de los "máximos exponentes" y de mayor peso en cuanto a los "factores de llamada".[246] En realidad, las recomendaciones más solventes demandan combinar la concienciación pública y la prevención (con formación de enseñantes, líderes religiosos, personal médico etc. en la identificación de las posibles víctimas y demás personas involucradas o beneficiarias finales de los servicios de aquéllas) con la mayor difusión de los resultados de las investigaciones desplegadas, así como hasta la exposición de los compradores de servicios a la "deshonra pública", e insisten, a su vez, como medidas a adoptar en el marco penal, en la "incriminación de la demanda" y en la persecución efectiva de éstos, con

240. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La nueva directiva... cit., p. 16.

241. MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito*... cit., p. 269 y s.

242. *Manual*... cit., p. 232 y ss.; *Report of the Experts Group*... cit., p. 111.

243. *Manual*... cit., p. 126 y ss.

244. PÉREZ CEPEDA, A. I., Propuesta legislativa para la armonización de las decisiones marco relativas a los delitos de tráfico ilícito de personas, en L. Arroyo Zapatero/A.Nieto Martín/P. Crespo Barquero (coords.), *La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa*, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento al núm. 2015, 15 de junio de 2006, p. 130.

245. Critica la utilización de este término, por su esterilidad y por vaciar la "realidad vivida tras él", llena de "actos abusivos, violentos y egoístas", SMITH, L./HEALY VARDAMAN, S., The Problem of Demand in Combating Sex Trafficking, *Revue International de Droit Pénal*, 81 3-4, p. 621.

246. VILLACAMPA ESTIARTE, C., El delito... cit., p. 859.

sanciones y penas efectivas que incluyan la confiscación de bienes.[247] Muchas son, con todo, las dificultades a las que se enfrenta la aplicación de estos tipos penales, destacando entre ellas, en la práctica, los complejos problemas de prueba del dolo requerido,[248] sin que resulten fácilmente admisibles los subterfugios o presunciones en que acaban cayendo algunas legislaciones con el fin de evitarlos. De todos modos, y al margen de las posibilidades, en su caso, abiertas de cara a la responsabilización penal de las entidades, a través de medidas u otras consecuencias accesorias se exige también la introducción de vías eficaces de intervención sobre las agencias de empleo, publicidad, adopción y viajes, organizaciones de contactos, clubes, centros de masaje, servicios de acompañamiento, de escort, etc. vinculados con actividades de trata.[249]

En un prisma más amplio de responsabilidad, cuestión de alta relevancia a la luz de los derechos humanos es la de la posible responsabilidad estatal, con base en el Derecho internacional y en el parámetro de la "diligencia debida",[250] por su inactividad o "pasividad" a la hora de la contención del fenómeno de la trata, y no sólo cuando son el propio Estado, su aparato o sus agentes los directamente involucrados, sino también respecto de violaciones producidas por agentes no estatales.[251]

4.5 Otras cuestiones

Por último, aunque no en relevancia, junto a la necesaria coordinación de las numerosas estructuras y agencias susceptibles de intervenir en este campo,[252] en el que a nivel internacional falta el establecimiento de liderazgos institucionales claros,[253] es de subrayar la importancia de que, como en los últimos instrumentos, se reconozca el papel de la sociedad civil, generalmente encauzado a través de las Organizaciones No Gubernamentales, tantas veces claves a la hora de la

247. SMITH, L./HEALY VARDAMAN, S., The Problem... cit., p. 622 y ss.

248. MATTAR, M. Y., *Incorporating*... cit., p. 55.

249. MATTAR, M. Y., ibídem, p. 57 y s.

250. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios*... cit., p. 79 y ss. y 126 y ss.

251. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito*... cit., p. 235 y ss. Ver también OBOKATA, T., Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, 2, 2005, p. 394 y ss; WAISMAN, V., Human Trafficking cit., p. 405 y ss.

252. *Report of the Experts Group*... cit., p. 71 y ss.

253. EDWARDS, A., Traffic... cit., p. 50 y ss.

prevención[254] y comunicación y denuncia de los hechos –que siempre deberían dar lugar a una primera investigación–, así como para la prestación de servicios y asistencia a las víctimas de cara a su repatriación, reinserción social y de cara a evitar su revictimización.[255]

Resulta a su vez fundamental el establecimiento de sistemas apropiados de investigación[256] y seguimiento del fenómeno, con empleo de metodologías cuantitativas y cualitativas compartidas que permitan una mejora significativa de los datos,[257] al igual que la monitorización y evaluación[258] sistemáticas tanto del seguimiento de los compromisos internacionalmente asumidos, como de las políticas y planes de acción desarrollados en este ámbito a nivel internacional y en el marco regional e interno de los Estados.

5. CONCLUSIÓN

Potenciados de manera especial por la globalización, también en cuanto a su relación con la delincuencia organizada, los fenómenos de tráfico y de trata de seres humanos se presentan en la actualidad como áreas muchas veces interconectadas, pero que merecen un tratamiento separado en el plano jurídico internacional: mientras que el primero consiste en esencia en el desplazamiento de personas violando las reglas (fundamentalmente, estatales) en materia de migraciones, en el caso de la trata, esencialmente caracterizada por el abuso con propósito explotador, nos encontramos ante graves lesiones de los derechos humanos de las víctimas, lo que la hace equiparable a otras violaciones objeto de rechazo por la comunidad internacional en su conjunto, al margen de la existencia de un componente transnacional o no.

Siendo la adecuada delimitación conceptual elemento decisivo de cara al abordaje de ambos fenómenos, partiendo del intolerable ataque a los derechos humanos, la perspectiva apropiada en el caso de la trata ha de ser el enfoque integral y primordialmente victimológico, el único que permite reconciliar y dar coherencia a los distintos niveles de intervención que necesariamente deben conciliarse en este marco, tratando de prevenir y evitar todo riesgo de victimización secundaria y/o revictimización.

---

254. BASSIOUNI, M.C. et al., Addressing... cit., p. 484 y ss.; *Report of the Experts Group*... cit., p. 76 y ss.

255. MATTAR, M. Y., *Incorporating...*, *cit.*, pp. 51 y s.

256. UN.GIFT, *An Introduction*... cit., p. 123 y ss.

257. BASSIOUNI, M. C. et al., Addressing... cit., p. 489; *Report of the Experts Group*... cit., p. 75 y s.

258. *Manual*... cit., p. 32 y ss. y 525 y ss.

La orientación centrada en la victima no es precisamente la que caracteriza a la pluralidad de textos e instrumentos internacionales, producto de una larga evolución y en los que lo prevalente es la combinación del modelo punitivo con el de control de las migraciones, y la escasa eficacia y mecanismos de aplicación. Otro es el caso de la normativa europea, plasmada tanto en el Convenio del Consejo de Europa como en la última Directiva de la Unión, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Ciertamente en ambos textos el peso de las disposiciones en materia criminal y de persecución penal es sensiblemente el más relevante e importantes aspectos relativos a la protección de las víctimas quedan todavía sin abordar, pero la sensibilidad victimológica se ha hecho ya presente, al menos por lo que se refiere a las medidas de protección y asistencia, habiendo encontrado plasmación hasta en el orden de las "cinco prioridades" de la "Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos,[259] aprobada en 2012 por la Comisión: A) detectar, proteger y asistir a las víctimas de la trata de seres humanos; B) reforzar la prevención de la trata de seres humanos; C) perseguir más activamente a los traficantes; D) mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas; E) conocer mejor y responder eficazmente a las nuevas tendencias relacionadas con todas las formas de trata de seres humanos.

Tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva 2011/36/UE constituyen en todo caso un reflejo normativo, aunque parcial, de las aportaciones doctrinales, así como, muy en particular, de las recomendaciones emanadas de los organismos especializados internacionales y europeos, las cuales urge ver plasmadas ya en un instrumento universal.

---

259. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. COM(2012) 286 final, de 19 de junio de 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos, de Luis Arroyo Zapatero – *RBCCrim* 84/49, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/935 (DTR\2010\195);
- Brasil em autopoiese no papel da segurança latino-americana: da estagnação à reinvenção de uma nova visada estratégica, de Gisela Biacchi Emanuelli – *RDCI* 69/147 (DTR\2009\586);
- De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, de José Luis Díez Ripollés – *RBCCrim* 71/70, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/973 (DTR\2008\170); e
- Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas, de Ana Luiza Almeida Ferro – *RT* 860/456, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/613 (DTR\2007\372).

65546

A JURISDIÇÃO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA COMO METAJURISDIÇÃO: EM ESPECIAL, A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE AS BASES DE JURISDIÇÃO NACIONAIS*

THE JURISDICTION OF THE EUROPEAN UNION IN CRIMINAL MATTERS AS META-JURISDICTION: IN PARTICULAR, THE COMPETENCE OF THE EU TO LEGISLATE OVER DOMESTIC GROUNDS OF JURISDICTION

PEDRO CAEIRO

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigador do Instituto Jurídico.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: O presente artigo analisa a competência da União Europeia para legislar sobre a jurisdição penal dos Estados-membros, antes e depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Assim, sustenta-se que a UE tem o poder de impor aos Estados o estabelecimento de bases de jurisdição penal mínimas, como parte do seu próprio programa de política criminal (em relação aos "crimes europeus") e como forma de prevenir conflitos negativos de jurisdição. Porém, ao legislar sobre as bases de jurisdição (estatais), a UE tem o dever de respeitar o direito internacional geral e de não potenciar conflitos positivos de jurisdição entre os Estados-membros. A UE deveria também desempenhar um papel importante na resolução de conflitos positivos de jurisdição, estabelecendo um mecanismo que deferisse a jurisdição (judicativa) ao melhor foro tão cedo quanto possível, criando um sistema onde o *ne bis in idem* aparecesse como uma consequência natural. Por último, o direito europeu deveria sujeitar o exercício de jurisdição extraterritorial sobre factos cometidos no território de outro Estado-membro a uma cláusula de dupla incriminação obrigatória (excepto em relação às regras da protecção de interesses nacio-

ABSTRACT: The text deals with the competence of the EU to legislate over the Member States' jurisdiction in criminal matters, before and after the entry into force of the Treaty of Lisbon. It is argued that the EU has the power to impose the establishment of minimum grounds of State jurisdiction, both as part of a European criminal policy (regarding "European crimes") and as a way of preventing negative conflicts of jurisdiction. However, while legislating over grounds of jurisdiction, the EU has the duty to respect general international law and it should not potentiate positive conflicts of jurisdiction between the Member States. The EU should also play an important role in the resolution of positive conflicts of jurisdiction, by establishing a mechanism that would grant (adjudicative) jurisdiction to the best possible forum as early as possible, putting a system in place where *ne bis in idem* would emerge as a natural consequence. Finally, it is argued that EU law should subject the exercise of extraterritorial jurisdiction over acts committed in the territory of another Member State to a clause of mandatory double criminality (except when dealing with the

* Publicado pela primeira vez em Fernando Alves Correia; Jónatas E. M. Machado; João Carlos Loureiro (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 179-210. vol. III.

nais e da universalidade), como consequência do reconhecimento mútuo entre sistemas jurídicos num espaço comum de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal europeu – Jurisdição – Aplicação da lei penal no espaço – Competência penal da União Europeia – Conflitos de jurisdição – *Ne bis in idem* – Espaço de liberdade, segurança e justiça.

protection principle and universal jurisdiction under international law), as a consequence of mutual recognition (of legal systems) in a common area of freedom.

KEYWORDS: European criminal law – Jurisdiction in criminal matters – Competence of the EU in criminal matters – Conflicts of jurisdiction – *Ne bis in idem* – Area of freedom, security and justice.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. A competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais como instrumento da definição do programa de protecção penal europeu: 1. O problema; 2. O direito anterior; 3. O direito vigente – III. A competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais como instrumento da prevenção e resolução de conflitos de jurisdição entre os Estados-membros: 1. O problema; 2. Conflitos de jurisdição em matéria penal: definições: 2.1 Conflitos negativos; 2.2 Conflitos positivos; 3. A prevenção e resolução dos conflitos negativos (remissão); 4. A prevenção e resolução dos conflitos positivos; 5. A prevenção de conflitos em "situações neutras" – IV. Conclusão.

O presente texto é uma refundição de dois estudos sobre o problema da jurisdição em matéria penal na (e da) União Europeia (UE) recentemente publicados,[1] que se justifica por duas razões.

Antes de mais, porque parece necessária uma compreensão integrada dos dois temas, englobando ambos os perfis da jurisdição da UE numa unidade de sentido que contribua para uma primeira aproximação a uma teoria da jurisdição da União Europeia em matéria penal,[2] pois o problema não pode permanecer semiencoberto

1. O primeiro, intitulado "Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond", *KritV* 4/2010, p. 366 ss., é o desenvolvimento da conferência "Conflicts of jurisdiction in the European Union: introducing the poor relation to the family", incluída no painel "European Justice as a control of mutual cooperation of EU Member States: the principle of 'ne bis in idem' and conflicts of competences as challenges" do simpósio "Criminal Justice in Europe: Challenges, Principles and Perspectives", organizado pela Universidade do Luxemburgo em Outubro de 2010.
O segundo – elaborado a partir de um comentário oral que fiz à apresentação de Anne-Sophie Massa intitulada "Jurisdiction in England and Wales and in the Netherlands: a comparative appraisal with a European touch", no âmbito do Colóquio "Substantive Criminal Law of the European Union" organizado pela Universidade de Maastricht em Janeiro de 2011 – foi publicado com o nome "Commentary on the 'European touch' of the comparative appraisal", juntamente com as restantes intervenções, no volume André Klip (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011.
2. Sobre a necessidade de uma teoria da jurisdição penal da UE, vd. por último Rosaria Sicurella, "Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law", in André Klip (ed.) (n. 1), p. 233 ss.

no domínio quase mágico da adivinhação, pontualmente iluminado, numa ou noutra vertente, por alguns actos de *revelação*.

Depois, porque se deu a circunstância fortuita de o tratamento dos dois temas se me ter apresentado pela ordem inversa daquela que a lógica aconselharia. Com efeito, o primeiro, versando sobre a prevenção e resolução de conflitos de jurisdição na UE, supõe já, de alguma forma – ao menos numa certa visão das coisas –, o esclarecimento do segundo, onde se trata *ex professo* da competência da UE para legislar sobre a jurisdição penal dos Estados-membros. Esta inversão pode ter causado perplexidades e incongruências que importa avaliar e superar.

I. INTRODUÇÃO

1. Os poderes da União Europeia derivam das atribuições e competências que lhe são conferidas pelos Tratados. Hoje, é inequívoco que a UE é titular de uma *jurisdição penal autónoma*, pois cabe-lhe estabelecer "regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções" nos domínios constantes dos ns. 1 e 2 do art. 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE),[3] bem como prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros, nos termos do art. 82.º, n. 1, *b*, do mesmo diploma, dispondo por isso dos poderes que caracterizam a jurisdição (prescritiva) em matéria penal (definir o conteúdo e o âmbito de aplicabilidade das proibições penais).[4]

Trata-se, todavia, de uma jurisdição *sui generis*. Com efeito, se a analisarmos, como devemos, a partir do paradigma estatal – dada a particular relação entre o Estado e o *ius puniendi*[5] –, notamos que ela apresenta, em relação àquele, quatro diferenças estruturais: a primeira prende-se com a determinação, nos Tratados, do seu âmbito material e do modo do seu exercício; a segunda, com a limitação das espécies de poderes que abarca; a terceira, com a sua natureza mediata perante a

3. Os dois números do art. 83.º prevêem a mesma competência de aproximação das leis penais nacionais, que parece todavia ligar-se a atribuições ligeiramente diferentes: enquanto a norma do n. 1 sugere o desenvolvimento de uma política criminal europeia *a se stante* relativamente a certos domínios de criminalidade grave com dimensão transfronteiriça (geneticamente mais próxima da idiossincrasia em que assentava o antigo "terceiro pilar"), o n. 2 incorpora a chamada "competência anexa", que supõe a pré-existência de uma política (não-penal) da UE em áreas que já foram objecto de medidas de harmonização, cuja execução eficaz só pode ser conseguida ("indispensável") por meio da aproximação das leis penais (geneticamente mais próxima da controversa "competência penal comunitária" do antigo "primeiro pilar").

4. Desenvolvidamente, Pedro Caeiro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado. O caso português*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Ed., 2010. p. 24 ss. e p. 215 ss.

5. Em pormenor sobre esta relação e os seus equívocos, idem, p. 47 ss. e p. 203 ss.

realidade que, em último termo, pretende regular; a quarta, com o específico dever que à UE incumbe de prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros.

1.1 A limitação do âmbito material e do modo de exercício da jurisdição penal da UE deriva directamente do *princípio da especialidade*, de acordo com o qual a UE só goza das atribuições e competências outorgadas nos Tratados, contrastando com o espaço de radical indeterminação e abertura onde vive a jurisdição penal estatal, coerentemente com a *Kompetez-Kompetenz* – *sc.*, "o poder para fixar em cada tempo os seus fins e os meios e processos através dos quais pretendem concretizá-los"[6] – que lhe subjaz.[7]

1.2 A jurisdição penal da UE tem um âmbito mais limitado do que a dos Estados quanto às *espécies* de poderes que abarca, pois a União não dispõe de jurisdição *judicativa* – *sc.*, do poder de definir certo facto concreto como crime através da efectiva aplicação das normas pertinentes, com vista à imposição das penas aí previstas ao seu agente[8] –, nem de jurisdição *executiva* – *sc.*, do poder de fazer cumprir as sanções impostas pela prática de crimes. Assim, a UE dispõe apenas de jurisdição *prescritiva* – *sc.*, do poder de decidir sobre as normas que ameaçam certas condutas com sanções penais e de definir o respectivo âmbito de aplicabilidade –, que todavia, como veremos nos dois pontos seguintes, tem também uma índole particular.

1.3 Admitindo, como ponto de partida, a proposição segundo a qual a UE não goza do poder de emanar normas penais com eficácia imediata, tendo apenas competência para impor aos Estados-membros deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade,[9] verificamos que a jurisdição da UE em matéria

---

6. António Barbosa de Melo. Soberania e União Europeia. *Temas de Integração*. n. 7. vol. 4. Coimbra: Almedina, jan.-jun. 1999, p. 21.

7. Sobre a "competência da jurisdição" dos Estados, cf., em perspectivas diferentes, Kai Ambos, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht., Völkerstrafrecht., Europäisches Strafrecht,*. 3. ed. Beck Juristischer Verlag, 2011, p. 23 s.; e Pedro Caeiro (n. 4) p. 325 ss.

8. A falta de titularidade de jurisdição judicativa não significa que o Tribunal de Justiça (TJ) não possa tomar decisões de grande relevo para os ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros, nomeadamente as que têm por efeito estabelecer a incompatibilidade de certa norma ou regulamentação penal nacional com o direito europeu, na medida em que clarificam os limites postos pelo último ao âmbito de aplicabilidade dos primeiros, bem como, naturalmente (porque são pressuposto deste jogo), as decisões que afirmam a prioridade aplicativa do direito europeu em face dos ordenamentos estatais. Todavia, estas decisões do TJ não integram poderes de jurisdição judicativa porque se limitam a interpretar o direito europeu e não produzem, portanto, a situação jurídica nova que tipicamente resulta da aplicação do direito (v. g., a qualificação de um facto como crime numa acusação ou numa sentença).

9. Ao longo do texto, usaremos os seguintes conceitos: as *normas primárias* descrevem o conteúdo da proibição (o que é proibido), para cuja violação prevêem penas, enquanto

penal é uma *jurisdição de segundo grau*, ou, mais rigorosamente, uma *metajurisdição*,[10] pois consiste no poder de determinar, sob certas condições, os poderes (estatais) que determinam os sistemas jurídico-penais internos.

A este propósito, observamos que boa parte da doutrina vê agora nos arts. 325.º, n. 4, e 33.º TFUE, uma base sólida para a adopção, através de regulamentos, de normas penais em sentido próprio, com incriminações e sanções directamente aplicáveis – em suma, a atribuição de uma jurisdição penal perfeita naque-

---

as *normas secundárias* (ou *regras de aplicabilidade*) desenham o alcance, ou âmbito, da proibição (o círculo de pessoas cujos factos são abrangidos pela norma: "wem gegenüber die Normen (...) gelten, auf wessen Taten sie angewendet werden sollen": Günter Stratenwerth; Lothar Kuhlen. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5. ed. 2004. p. 53) através da exigência de uma conexão da conduta com uma certa ordem jurídica (*bases de jurisdição*). Essa conexão pode misturar elementos fácticos e normativos (por exemplo, a territorialidade do facto e a nacionalidade do agente), ou ter uma natureza puramente normativa (por exemplo, uma obrigação internacional que vincule um Estado ao exercício de jurisdição extraterritorial sobre certas espécies de crimes). As duas categorias de normas formam uma *unidade funcional* e a sua conjunção dá-nos a imagem básica do conteúdo e alcance de um dado sistema jurídico-penal, que permitirá determinar se essa lei é *aplicável* a um facto concreto.

Quando certo sistema jurídico é aplicável a um *facto*, a jurisdição judicativa sobre o *caso* pode depender da ausência de alguns requisitos negativos (por exemplo, de uma decisão estrangeira relevante para efeitos do *ne bis in idem*, ou de imunidades *ratione personae* conferidas pelo direito internacional) e da verificação de requisitos positivos (por exemplo, a presença do agente no território do Estado do foro (jurisdição universal)). Em situações especiais (na rejeição de um pedido de extradição (administração supletiva da justiça penal) e na aceitação de um pedido de transmissão de um procedimento penal), a cooperação internacional em matéria penal instaura a jurisdição judicativa de um Estado sobre certo caso *apesar* de os factos subjacentes não caírem sob o domínio de aplicabilidade do seu sistema jurídico-penal – embora devam, por razões de ordem pública e em atenção ao próprio fundamento que justifica este poder, constituir *crime sc.*, preencher as respectivas normas primárias.

10. Parece preferível empregar esta expressão, pois "jurisdição de segundo grau" poderia sugerir alguma similitude com a distinção entre normas de primeiro e de segundo grau e trata-se, na verdade, de problemas inteiramente diversos. A circunstância de ser uma metajurisdição, com o sentido que aqui lhe é dado, não significa que estejamos perante um poder mais fundo e extenso, geneticamente anterior ou dotado de um grau superior de legitimação relativamente à jurisdição dos Estados-membros (diferentemente do que sucede, portanto, com aquilo que Anna Stilz. Why do States have territorial rights? *International Theory* (2009). 1:2. p. 185 ss., denomina de "*metajurisdictional right of the people*" sobre os poderes jurisdicionais do Estado). No contexto europeu, o "poder sobre poder" decorre, muito simplesmente, das características intrínsecas dos actos da União (cujos efeitos os Estados-membros se obrigaram a aceitar) e, em particular, do mecanismo da prioridade aplicativa, como ponto de equilíbrio entre sistemas normativos com domínios de aplicabilidade parcialmente coincidentes (desenvolvidamente, Pedro Caeiro (n. 4),, p. 440 ss.).

les domínios, que legitimaria um direito penal verdadeiramente supranacional da UE.[11] A alteração essencial dever-se-ia, nessa perspectiva, à circunstância de ter desaparecido de ambos os dispositivos legais a reserva constante dos antigos arts. 280.º, n. 4 e 135.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), que excluía das medidas de combate à fraude e de reforço da cooperação aduaneira aquelas que dissessem respeito à aplicação do direito penal nacional e à administração da Justiça nos Estados-membros, desaparecendo com ela, ainda de acordo com os mesmos AA, "o argumento mais forte" que militava contra a competência para criar normas penais perfeitas, naqueles domínios, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Não duvidamos de que a supressão da referida cláusula se projecta nas competências da UE, criando a *possibilidade* de surgimento de uma competência penal num lugar que lhe estava expressamente vedado, dotada até, talvez, de certas especificidades.[12] Efectivamente, aquela ressalva só se compreendia como forma de negar à então Comunidade Europeia o poder de legislar em matéria penal, com as consequências que tal poder implicaria – nomeadamente a utilização do procedimento legislativo aplicável no âmbito do primeiro pilar. Ora, com a unificação dos pilares e a generalização do (anterior) procedimento legislativo comunitário trazidas pelo Tratado de Lisboa, ela não faria qualquer sentido.

Porém, não nos parece que da supressão daquela cláusula resulte necessariamente a competência da UE para legislar em matéria penal através de normas penais perfeitas, dotadas de eficácia imediata, e isto por três razões:

a) Em primeiro lugar, não cremos que se encontrasse nela o "argumento de maior peso" (H. Satzger) para rejeitar uma competência penal comunitária: ao invés, a ressalva cumpria uma função *enfática*, sublinhando o regime que já deveria decorrer, em nossa opinião, da interpretação geral do sistema (ainda que contra a opinião do TJ) e, neste sentido, era até supérflua no plano normativo.

b) Em segundo lugar, a simples eliminação da dita cláusula deixa os arts. 33.º e 325.º, n. 4, TFUE, na *mesma* situação de "silêncio" acerca da competência penal da UE em que se encontravam as normas do TCE que atribuíam à Comunidade o poder de adoptar as "medidas necessárias" para certo fim. Ora, era precisamente essa situação de "silêncio" (*sc.*, a ausência de uma atribuição expressa) que levava a doutrina que vimos analisando a, muito justamente, considerar tais normas insuficientes para fundar uma competência penal da CE em sentido estrito (*Rechtssetzungskompetenz*), que lhe permitisse editar normas com incriminações e sanções ime-

11. Assim Helmut Satzger. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 4. ed. 2010. p. 100 ss.; Kai Ambos (n. 7),p. 388 ss.

12. Cf. as sugestões de Rosaria Sicurella (n. 2), p. 236 ss.

diatamente aplicáveis.[13] Não se compreende por que razão o silêncio teria passado a valer como atribuição de competência penal, pelo que, em nosso entender, continua a aplicar-se aqui quanto se expendia a esse propósito, bem como a ideia dos "limites implícitos das competências anexas".[14] Acompanhamos, por isso, Rosaria Sicurella, quando sustenta que "a necessidade de uma base legal específica implica que uma competência tão inovadora seja explícita e inequivocamente atribuída, não podendo ela ser implicitamente deduzida do uso da expressão genérica 'medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes', juntamente com a eliminação da referência à 'aplicação do direito penal nacional' (...)".[15]

c) Por fim, se bem vemos, o argumento de que os Estados, ao suprimir a cláusula de reserva estatal, não podiam ignorar a controvérsia que rodeava a interpretação dos arts. 135.º e 280.º, n. 4, TUE-N, e, por isso só, podiam pretender instaurar, dessa forma, uma competência para editar normas penais com eficácia imediata (através de regulamentos), prova demais. Na verdade, é precisamente por os autores do Tratado conhecerem a dita controvérsia que não parece crível que, tendo cingido a intervenção legislativa da UE em matéria penal, quando se lhe referem de forma *expressa*, à aprovação de *directivas* (arts. 82.º e 83.º TFUE), pretendessem simultaneamente atribuir-lhe uma competência *implícita* para legislar por meio de *regulamentos* em matéria penal através da expressão "adoptar as medidas necessárias".[16]

1.4 O dever "constitucional" da UE de prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros (art. 82, n. 1, *b*, TFUE) deriva directamente da sua natureza transestatal, pois um Estado não tem, em princípio, e salvo disposição convencional em contrário, o dever de organizar o seu sistema jurídico-penal de maneira a evitar conflitos de jurisdição com outros Estados.

Porém, esta obrigação que os Estados entenderam verter no Tratado – que é, atendendo às características da UE, uma atribuição natural, embora não co-natural aos poderes ali outorgados – condiciona sobremaneira, como veremos, o exercício da jurisdição penal por parte da União, porque as decisões tomadas nesta matéria

13. Vd., por exemplo, Helmut Satzger. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 2005. p. 83 ss.; Kai Ambos. *Internationales Strafrecht*. 2. ed. 2008. p. 415 ss. Diga-se, aliás, que, neste plano do argumento literal, o actual art. 325.º, n. 4, não permite a adopção de "todas as 'medidas necessárias'" (Helmut Satzger (n. 11), p. 100), mas apenas das "medidas necessárias".

14. Pedro Caeiro (n. 4), p. 535, nota 1306.

15. Rosaria Sicurella (n. 2), p. 236.

16. Da mesma forma, e apesar das dificuldades de interpretação causadas pelas diferenças entre as várias versões linguísticas, é erróneo ver no art. 86.º, n. 2, TFUE, a atribuição do poder de editar normas penais substantivas através de regulamentos: cf. Pedro Caeiro (n. 4), p. 563 (nota 1356) e, no sentido da conclusão, Rosaria Sicurella (n. 2), p. 238 s.

não podem *potenciar* os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros, sob pena de desrespeitarem aquela disposição.

2. Embora o poder de decidir sobre a qualificação de certo tipo de factos como crime também se integre na jurisdição prescritiva – é até, de alguma forma, a sua dimensão fundamental, pois molda a matéria da proibição e, correlativamente, o conteúdo dos deveres –, restringiremos as considerações seguintes à competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais.

II. A COMPETÊNCIA DA UE PARA LEGISLAR SOBRE AS BASES DE JURISDIÇÃO NACIONAIS COMO INSTRUMENTO DA DEFINIÇÃO DO PROGRAMA DE PROTECÇÃO PENAL EUROPEU

1. O PROBLEMA

Os instrumentos legislativos europeus mostram que as instituições da UE não concebem o poder de modificar as regras de aplicabilidade nacionais como um puro derivado da sua competência para prevenir e resolver conflitos de jurisdição, mas antes como parte integrante da atribuição de instituir um programa penal europeu através das leis estatais.

Com efeito, nenhuma das 13 decisões-quadro que impuseram aos Estados-membros deveres de incorporar certas bases de jurisdição nas respectivas leis nacionais foi adoptada ao abrigo do art. 31.°, n. 1, *d*, do Tratado da União Europeia, na versão introduzida pelo Tratado de Nice (TUE-N): todas se fundaram nos arts. 29.°, 31.°, n. 1, *e*, e 34.°, n. 2, *b*, do mesmo diploma. Como as bases de jurisdição não são "elementos constitutivos das infracções penais" (art. 31.°, n. 1, *e*, TUE-N), podemos inferir que a legislação sobre as regras de aplicabilidade nacionais foi entendida como um meio de aproximar "as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros" (art. 34.°, n. 2, *b*, TUE-N).

Mais recentemente, tanto a Directiva relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas[17] como a Proposta de Directiva relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, da Comissão,[18] onde se contêm normas expressas sobre jurisdição (respectivamente, art. 10.° e art. 16.°), seguem a mesma linha e adoptam como base jurídica os arts. 82.°, n. 2 e 83.°, n. 1, TFUE – e não o art. 82.°, n. 1, b, TFUE.

17. *Directiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05.04.2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho*, *JO* L 101, de 15.04.2011.

18. *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e que revoga a Decisão-Quadro 2004/68/JAI*, COM(2010)94 final, 2010/0064 (COD), de 29.03.2010.

Mas este entendimento suscita um problema: sabendo-se que a aproximação / harmonização das legislações é uma competência ("não é um fim em si mesma"[19]), a que atribuição ou atribuições deveria então estar ordenada a aproximação das bases de jurisdição? Vejamos.

2. O DIREITO ANTERIOR

2.1 No domínio do direito anterior, o art. 34.°, n. 2, *b*, TUE-N, ao definir as finalidades das decisões-quadro, fazia uma referência genérica à "aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros", que abrangia a (mas não se restringia à) aproximação das "disposições de direito penal dos Estados-membros, nos termos do disposto na alínea *e*) do art. 31.°" (art. 29.°) (ou seja, a adopção de "medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga"). Assim, o art. 31.°, n. 1, *e*, limitava, *ratione modi* (adopção de regras mínimas) e *ratione materiae* (os fenómenos criminais indicados), a aproximação das *normas primárias* (elementos dos crimes e sanções) levada a cabo através de decisões-quadro, mas, à primeira vista, a UE estaria legitimada para "aproximar" as *regras de aplicabilidade*, através do mesmo instrumento legislativo, ao abrigo do art. 34.°, n. 2, *b*, criando regras mínimas *e/ou* máximas relativamente à jurisdição dos Estados-membros sobre, virtualmente, *qualquer* crime, desde que essa intervenção legislativa fosse consistente com as atribuições estabelecidas no Tratado.[20] Porém, e precisamente por força des-

19. Joachim Vogel. Estado y tendencias de la armonización del Derecho Penal material en la Unión Europea. *Revista Penal* 10 (2002). p. 115; no mesmo sentido, Anabela Miranda Rodrigues. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra. Coimbra Editora, 2008. p. 95 ss.

20. Contra, Gert Vermeulen. Where do we currently stand with harmonisation in Europe? In: André Klip; Harmen van der Wilt (eds.). *Harmonisation and harmonising measures in criminal law. Proceedings of the Colloquium, Amsterdam, 13-14 December 2001*. 2002. p. 69, para quem a conjugação dos arts. 29.°, 31.°, n. 1, *e*, e 34.°, n. 2, *b*, deixava "little doubt that framework decisions cannot be used for the purpose of approximation of the laws and regulations of the Member States in view of reaching goals *other* than the progressive adoption of measures establishing minimum rules relating to the constituent elements of criminal acts and penalties, which are the two aspects of substantive criminal law mentioned in Article 31(e)". Deste modo, uma "interpretação estrita" do Tratado não permitiria a aproximação "in the area of jurisdiction law (...)". Porém, a formulação do art. 29.°, ao referir-se ao art. 31.°, n. 1, *e* ("aproximação (...) das disposições de direito penal"), era muito mais específica do que a formulação do art. 34.°, n. 2, *b*, que se referia, genericamente, à "aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros". Assim, parece que a conjugação das duas primeiras normas significava que a aproximação de normas primárias através de decisões-quadro tinha um âmbito material limitado e só podia visar o estabelecimento de elementos mínimos dos crimes e de sanções

ta condição, parece necessário distinguir entre o poder de instituir bases de jurisdição penal – que convoca, de jeito necessário, uma competência especificamente penal – e o poder de limitá-las – que é susceptível de fundar-se em competências de carácter genérico, v. g., tendentes a garantir certas liberdades contra os controlos estatais (independentemente da sua específica natureza):

a) Relativamente ao poder de *restringir* a jurisdição dos Estados-membros, nada teria impedido a UE de adoptar, ao abrigo do art. 34, n. 2, *b*, TUE-N, uma decisão-quadro que implementasse um *ne bis in idem* europeu,[21] que é um limite (*hoc sensu*, uma "regra máxima") de natureza geral e que vincula a jurisdição (judicativa) dos Estados-membros sobre qualquer espécie de crime, ordenado à protecção da liberdade de circulação.[22]

b) Já a aparente competência genérica para impor bases de jurisdição sobre qualquer espécie de crime seria pouco coerente com os limites *ratione materiae* postos pelo art. 31.°, n. 1, *e*, TUE-N: dificilmente se compreenderia que a UE pudesse desenhar o alcance de normas penais estatais relativas a domínios de criminalidade que não se incluíam no âmbito material da sua jurisdição – v. g., o furto, a difamação, ou mesmo o homicídio.[23] Assim, parece que devia distinguir-se entre duas situações:

---

mínimas, mas isso não afectava o âmbito do art. 34.°, n. 2, *b*, desde que as decisões-quadro adoptadas com essa base jurídica não incidissem sobre normas primárias.

21. Como pretendeu a *Iniciativa da República Helénica tendo em vista a adopção de uma decisão-quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio ne bis in idem* (*JO* C 100 de 26.04.2003, p. 24 ss.), que se baseava expressamente no art. 34.°, n. 2, *b*, TUE-N. Estranhando, com razão, que a regulação do *ne bis in idem* se encontre ainda numa "convenção de origem extra-comunitária" com mais de duas décadas, repousando pesadamente sobre a actividade "propulsora da integração" do TJ, que "talvez extravase os limites assinalados a esse órgão", cf. António A. Medina de Seiça, "A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)", In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, I, 2009, p. 1001. Sobre o problema do *ne bis in idem* na UE, vd. também Vânia Costa Ramos, *Ne bis in idem e União Europeia*, 2009, e Luís Silva Pereira; Teresa Alves Martins, O princípio *ne bis in idem* e os conflitos internacionais de jurisdição, *Revista do CEJ* 7 (2007), p. 313 ss.

22. Cf. A. A. Medina de Seiça (n. 21), p. 988 e *passim*.

23. Partimos aqui do pressuposto de que, antes do Tratado de Lisboa, só a UE, e já não a CE, tinha o poder de aproximar as normas penais materiais, e apenas relativamente aos fenómenos indicados no art. 31.°, n. 1, *e* (tráfico de estupefacientes, terrorismo e criminalidade organizada), apesar da decisão em contrário do TJ no AcTJ de 13.09.2005, *Comissão das Comunidades Europeias c. Conselho da União Europeia*, proc. C-176/03, (e jurisprudência subsequente): em pormenor, Pedro Caeiro, "A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa", In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, p. 1070 s., e Idem (n. 4), p. 130 ss., p.

– Em relação aos domínios indicados no art. 31.°, n. 1, *e*, TUE-N, a UE tinha legitimidade para impor qualquer base de jurisdição que pudesse ser considerada adequada a cada caso.

– Fora daqueles domínios, a competência para criar deveres de adoptar certas bases de jurisdição só poderia ser exercida com a finalidade de prevenir, genericamente, conflitos negativos (art. 31.°, n. 1, *d*, TUE-N), *como um meio de construir um espaço comum de segurança e justiça*. Assim, a acção europeia nesse contexto deveria restringir-se a garantir que factos cometidos em território europeu e incriminados pela lei dos Estados que com eles têm alguma conexão, ou cometidos contra a UE fora do seu "território", não ficariam impunes por falta de jurisdição sobre os mesmos. Uma regra que obrigasse os Estados a estabelecer a sua jurisdição sobre todos os crimes ocorridos nos respectivos territórios (*lato sensu*),[24] bem como sobre crimes cometidos no estrangeiro contra específicos interesses europeus fundamentais, seria suficiente para prevenir conflitos negativos de jurisdição sobre qualquer crime cometido *no ou contra o espaço de segurança e justiça*.

2.2 Muitas decisões-quadro limitaram-se a impor a conexão da territorialidade (concebida por vezes, é certo, num sentido muito amplo [25]), flanqueada pela na-

---

526 ss., com outras indicações bibliográficas; no mesmo sentido da limitação material da competência da UE, vd. A. Miranda Rodrigues (n. 19), p. 113, e Mário Ferreira Monte, *O direito penal europeu de "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a sua legitimação*, 2009, p. 135, embora o último A. parecesse aceitar uma coexistente competência penal da CE, nos termos em que aquele aresto a criou (cf. ibidem, p. 137 ss.).

24. Ou seja, crimes cometidos, no todo ou em parte, no território de um Estado-membro, ou a bordo dos navios ou aeronaves aí registados e lugares similares: vd. infra.

25. Incluindo: crimes cometidos apenas "em parte" no território do Estado-membro; crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves registados no Estado-membro ou arvorando o seu pavilhão: art. 8.°, n. 1, *a* e *b*, da (anulada) *Decisão-quadro 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal* (*JO* L 29, de 05.02.2003, p. 55 ss.); crimes cometidos através de um sistema informático acedido a partir do território do Estado-membro, independentemente de o sistema informático se encontrar nesse território: art. 8.°, n. 5, da *Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil* (*JO* L 13, de 20.01.2004, p. 44 ss.); crimes cometidos no estrangeiro contra um sistema informático localizado no território de um Estado-membro: art. 10.°, n. 2, da *Decisão-quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação* (*JO* L 69, de 16.03.2005, p. 67 ss.); crimes cometidos na zona económica exclusiva, ou equivalente, do Estado-membro, a bordo de um navio arvorando o seu pavilhão, e crimes extraterritoriais susceptíveis de causar poluição no seu território ou zona económica (desde que o navio se encontre voluntariamente presente num porto ou terminal *off-shore* desse Estado-membro): respectivamente, art. 7.°, n. 1, *b*, *c* e *f*, da *Decisão-quadro 2005/667/JAI do Conselho, de 12 de Julho de 2005, destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios* (*JO* L 255, de 30.09.2005,

cionalidade activa como mecanismo de compensação da não-extradição de nacionais,[26] naquela que pareceria ser, *de iure dando*,[27] uma abordagem sensata das regras mínimas europeias sobre o âmbito de aplicabilidade das leis nacionais. Noutros casos, esse padrão básico foi alargado ao dever de adoptar certas bases de jurisdição específicas, com fundamentos razoáveis.[28]

---

p. 164 ss.); e crimes cometidos através de um sistema de informação envolvendo material armazenado num sistema informático situado no território do Estado-membro: art. 9.°, n. 2, *b*, da *Decisão-quadro 2005/667/JAI do Conselho, de 12 de Julho de 2005, destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios* (*JO* L 255, de 30.09.2005, p. 164 ss.).

26. Por exemplo, os arts. 9.°, n. 1 e 2, e 10.° da *Decisão-quadro 2001/413/JAI do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário* (*JO* L 149, de 02-06-2001, p. 1 ss.); o art. 6.° da *Decisão-quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos* (*JO* L 203, de 01.08.2002, p. 1 ss.); o art. 7.° da *Decisão-quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado* (*JO* L 192, de 31.07.2003, p. 54 ss.); o art. 8.°, n. 1, 2 e 3, da *Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil* (*JO* L 13, de 20.01.2004, p. 44 ss.); o art. 8.°, n. 1, 2 e 3, da *Decisão-quadro 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga* (*JO* L 335, de 11.11.2004, p. 8 ss.); o art. 10.°, n. 1, 3 e 5, da *Decisão-quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação* (*JO* L 69, de 16.03.2005, p. 67 ss.); e o art. 7.°, n. 1 e 3, *da Decisão-quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada* (*JO* L 300 de 11.11.2008 p. 42 ss.).

27. Tecnicamente, a impunidade do nacional que cometeu um crime no estrangeiro e não pode ser extraditado não resulta de um conflito negativo de jurisdição (pois um dos Estados tem poder punitivo e pretende exercê-lo); em consequência, a imposição da regra da nacionalidade nas condições referidas não serve a prevenção de conflitos negativos, e só poderia enquadrar-se na competência repressiva prevista no art. 31.°, n. 1, *e*, TUE-N, limitada aos domínios que aí se indicavam. Daqui resulta que a imposição da regra da nacionalidade como mecanismo de compensação da não-extradição de nacionais (tal como, aliás, a imposição de mínimos de crime e de penas) em *outros* domínios violava o Tratado (por incompetência da UE).

28. Por exemplo, o art. 7.°, n. 2, da *Decisão-quadro do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras* (*JO* L 140, de 14.06.2000, p. 1 ss.), impondo o estabelecimento de uma jurisdição extraterritorial incondicionada relativamente à falsificação do euro; o art. 9.°, n. 1, *e*, da *Decisão-quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo* (*JO* L 164, de 22.06.2002, p. 3 ss.), impondo o estabelecimento de jurisdição, por cada Estado-membro, sobre crimes extraterritoriais cometidos contra esse Estado ou contra instituições ou agências da União que aí tenham a sua sede; o art. 9.°, n. 3, do mesmo instrumento, impondo o estabelecimento da administração supletiva da justiça penal; e os arts. 5.°, n. 1, *b*, da *Decisão-quadro 2002/946/JAI*

Todavia, algumas decisões-quadro multiplicaram, sem necessidade aparente, bases de jurisdição facultativas, potenciando as dissemelhanças entre os esquemas de aplicabilidade das leis nacionais, induzindo a sobreposição dos vários ordenamentos e criando assim as condições para o surgimento de conflitos positivos, em vez de os prevenir.[29]

Finalmente, em alguns casos, é duvidoso que a imposição de certas regras de aplicabilidade fosse consistente com as competências da UE[30] e/ou com o direito internacional.[31]

3. O DIREITO VIGENTE

3.1 Os tratados vigentes não contêm uma norma análoga à do art. 34.°, n. 2, *b*, TUE-N, que permita genericamente à UE "aproximar" as legislações penais dos Estados. Assim, à primeira vista, poderia parecer que o Tratado de Lisboa ordenou a competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais exclusivamente à prevenção e resolução de conflitos (negativos e positivos), ao abrigo do art. 82.°, n. 1, *b*, TFUE. Também aqui convém distinguir entre a limitação e a instituição de bases de jurisdição nacionais.

a) Visto que o TFUE não contém uma norma análoga à do art. 34.°, n. 2, *b*, TUE-N, a UE parece ter perdido o seu poder genérico para fixar "regras máximas" (limites) à jurisdição dos Estados-membros fora do âmbito do art. 82.°, n. 1, *b*,

---

do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (*JO* L 328, de 05.12.2002, p. 1 ss.) e 9.°, n. 1, *b*, da (anulada) *Decisão-quadro 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal* (*JO* L 29, de 05.02.2003, p. 55 ss.), instituindo um dever de perseguir nacionais que tenham cometido esses crimes no território de outro Estado-membro, quando a respectiva extradição seja pedida e recusada em virtude da nacionalidade (administração supletiva da justiça penal sobre nacionais).

29. Cf. os instrumentos referidos na n. 26, que atribuem a faculdade de estabelecer a jurisdição com base na nacionalidade activa e na circunstância de a pessoa jurídica em cujo interesse o crime foi cometido ter a sua sede, ou se encontrar estabelecida, no território do Estado-membro; e o art. 9.°, n. 1, *a*, da *Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo* (*JO* L 164, de 22.06.2002, p. 3 ss.), que permite a "extensão" da jurisdição dos Estados-membros a crimes cometidos no território de outro Estado-membro.

30. Cf. o art. 9.°, n. 1, *c*, da *Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo* (*JO* L 164, de 22.06.2002, p. 3 ss.), na parte em que impõe o estabelecimento de jurisdição sobre crimes extraterritoriais contra Estados terceiros, cometidos por nacionais de Estados terceiros residentes num Estado-membro.

31. Vd. infra, III, 4.1.

TFUE. Porém, esta modificação formal não tem consequências práticas significativas neste campo.

Desde logo, deve notar-se que a restrição da jurisdição penal nacional pode resultar mediatamente de intervenções legislativas cujo objectivo é garantir as liberdades europeias em geral e que não supõem – ao invés do que sucede com a imposição de bases de jurisdição mínimas – uma competência *penal* específica. No mesmo plano, o princípio da prioridade aplicativa do direito europeu pode tornar inaplicáveis não só as normas primárias, mas também as normas secundárias que lhes desenham a esfera de aplicabilidade (*rectius*: a norma resultante da conjugação de umas e outras), quando sejam incompatíveis com o direito europeu (geral).

Depois, fora desses casos, é difícil conceber uma intervenção legislativa especificamente destinada a limitar as bases de jurisdição penal nacionais que não integre uma forma directa ou indirecta de prevenir conflitos de jurisdição, que poderá, por isso, ser adoptada, em princípio, ao abrigo do art. 82.°, n. 1, *b*, TFUE.

Isto é tanto mais assim quanto se der a devida amplitude à noção de "conflitos de jurisdição": as situações em que múltiplas jurisdições apresentam pretensões contraditórias – por exemplo, a pretensão de proibir condutas extraterritoriais que são legítimas à luz da *lex loci* ("situações neutras") – também devem ser vistas como conflitos de jurisdição, visto que o destinatário das normas se encontra sujeito, ao actuar, a dois sistemas aplicáveis *prima facie* e, portanto, conflituantes.[32]

b) No que diz respeito à instituição de bases de jurisdição, a referência estrita, no art. 31.°, n. 1, al. *e*, TUE-N, às "regras mínimas quanto aos *elementos constitutivos das infracções penais*", foi substituída, nos n. 1 e 2 do art. 83.°, pela expressão "regras mínimas relativas à *definição das infracções penais*" (itálicos nossos). A nova formulação é suficientemente ampla para abranger as normas primárias e as regras de aplicabilidade, pois ambas são indispensáveis para a definição dos comportamentos puníveis, pelo que se mantém o poder de estabelecer bases mínimas de jurisdição (*sc.*, de impor aos Estados-membros a adopção de certas bases de jurisdição) independentemente de um possível conflito negativo. A única novidade reside em que esse poder se encontra agora *explicitamente* circunscrito ao âmbito material da jurisdição da UE sobre as normas primárias, incorporando os resultados da interpretação restritiva do art. 34.°, n. 2, *b*, proposta *supra*.

Deste modo, as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa não modificaram significativamente as competências da UE a este respeito: o estabelecimento de bases de jurisdição mínimas pode integrar o programa penal relativo aos "crimes europeus" (art. 83.°, ns. 1 e 2), ou visar apenas, nos termos expostos *supra*, a pre-

32. Vd. infra, III, 5.

venção genérica dos conflitos negativos de jurisdição (art. 82.°, n. 1, *b*). Em ambos os casos, a intervenção legislativa da UE deve respeitar a obrigação, que lhe incumbe, de não potenciar conflitos de jurisdição.

III. A COMPETÊNCIA DA UE PARA LEGISLAR SOBRE AS BASES DE JURISDIÇÃO NACIONAIS COMO INSTRUMENTO DA PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE JURISDIÇÃO ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS

1. O PROBLEMA

1.1 A prevenção de conflitos de jurisdição foi introduzida no Tratado da União Europeia pelo Tratado de Amesterdão, como um "objectivo" da "acção em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal" (art. 31.°, n. 1, *d*, TUE), que devia ser "instituída"para cumprir o objectivo de "facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça" (art. 29.°, TUE).

Porém, durante mais de 10 anos e apesar de certas iniciativas,[33] a prevenção de conflitos de jurisdição parece ter sido praticamente ignorada pelos decisores políticos. Com efeito, o dever da UE de prevenir conflitos positivos foi simplesmente violado por algumas decisões-quadro já citadas, que multiplicaram, sem necessidade aparente, bases de jurisdição obrigatórias e facultativas, circunstância a que, todavia, não se deu grande importância.[34]

1.2 De acordo com o art. 82.°, n. 1, *b*, TFUE, "o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam medidas destinadas a prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros".[35] Assim, o Tratado de Lisboa adicionou a *resolução* de conflitos às atribuições da UE e esclareceu que o Parlamento Europeu e o Conselho devem adoptar medidas *legislativas* para atingir aqueles objectivos.

---

33. A mais saliente das quais é o *Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio* ne bis in idem *no âmbito dos procedimentos penais*, de 23.12.2005 (COM (2005) 696 final), apresentado pela Comissão; sobre ele, detidamente, L. Silva Pereira; T. Alves Martins (n. 21), p. 332 ss.

34. Cf. Jorge de Figueiredo Dias; Pedro Caeiro, "A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n. 52/2003, de 22 de Agosto). Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 135 (2005), n. 3935, p. 75.

35. A concorrência de jurisdições entre a UE e os Estados-membros é organizada através das regras constantes dos Tratados (por exemplo, o dever dos Estados de transporem as directivas europeias para a lei interna) e nas Constituições nacionais (por exemplo, a recepção constitucional da integração europeia ou, hipoteticamente, a isenção do direito penal europeu da dimensão subjectiva do princípio da legalidade – *nullum crimen sine lege parlamentaria*), que assim estabelecem "pontos de equilíbrio".

1.3 A generalidade dos autores e dos documentos oficiais ligam a prevenção e a resolução dos conflitos de jurisdição à regra *ne bis in idem* e há, decerto, boas razões para tratar conjuntamente ambos os assuntos. A regra *ne bis in idem* pressupõe um conflito positivo e, de certa maneira, pode ser encarada como um mecanismo abstracto de resolver esse tipo de conflitos, que se formularia assim: "quando se dá um conflito positivo de jurisdição na UE, a decisão definitiva do caso transitada em julgado num Estado-membro impede todos os restantes Estados interessados de exercer a respectiva jurisdição".[36] Além disso, a própria existência desta regra atrai uma reflexão aprofundada sobre a necessidade de um mecanismo vinculativo que distribua a jurisdição de acordo com critérios previamente fixados, para que a prevalência de uma jurisdição e o sacrifício das restantes não seja um fruto do acaso.[37]

Todavia, a súbita relevância ganha pelo *ne bis in idem* e a crescente proliferação de estudos sobre esta regra parece terem "absorvido" o tema dos conflitos de jurisdição, estreitando a perspectiva. Assim, dir-se-ia que só existem conflitos *positivos* de jurisdição[38] e apenas na medida necessária para evitar certas consequências indesejadas do *ne bis in idem*.

Ora, cremos que o art. 82.º, n. 1,. *b*, TFUE, deve ter um âmbito muito mais largo, coerente com a construção de um espaço de liberdade e justiça no contexto do pluralismo jurídico europeu (= integração parcial do direito penal substantivo). Para sustentar o nosso entendimento convém relembrar muito brevemente certos conceitos.

2. CONFLITOS DE JURISDIÇÃO EM MATÉRIA PENAL: DEFINIÇÕES

A expressão "conflitos de jurisdição em matéria penal" não tem um conteúdo puramente factual. Não se pretende, assim, descrever situações em que uma pluralidade de titulares (Estados ou outras entidades) possuem ou não possuem jurisdição sobre um caso. Diversamente, aquela expressão significa que, de certo ponto de vista, algum Estado (ou entidade) *deveria* ter ou exercer jurisdição sobre um caso, quando de facto nenhum a tem ou exerce (conflitos negativos), ou, inversamente, que os titulares concorrentes *não deveriam* perseguir e julgar o caso como se não houvesse pretensões de outras jurisdições (conflitos positivos).

Deste modo, afirmar que existe um conflito de jurisdição tem um valor *normativo*: de acordo com certos critérios, alguém devia actuar, ou abster-se de actuar, ou actuar de certa forma.

---

36. Mas vd. infra, 4.3.

37. Cf. André Klip. *European Criminal Law*. 2. ed. Intersentia, 2012. p. 73 s.; L. Silva Pereira; T. Alves Martins (n. 21), p. 329 e p. 353.

38. Vd., por exemplo, Kai Ambos (n. 7), p. 474.

Os conflitos negativos e positivos surgem em casos concretos (conflitos de jurisdição *judicativa*), ao passo que a falta de jurisdição e a concorrência de jurisdições podem ser estabelecidas em abstracto, através da análise dos sistemas normativos em causa. Contudo, se é pacífico que a *resolução* de um conflito (negativo ou positivo) pressupõe sempre uma situação real, a *prevenção* de tais conflitos pode fazer-se, até certo ponto, em abstracto: respectivamente, expandindo o alcance dos ordenamentos jurídicos ou reduzindo a margem de sobreposição entre eles.

2.1 *Conflitos negativos*

Como dissemos, a afirmação de que se está perante um conflito negativo tem um valor normativo: alguém deveria ter, ou exercer, jurisdição. Tradicionalmente, o ponto de vista relevante é o dos Estados conectados com os factos: levando em consideração os respectivos sistemas jurídicos e programas de política criminal, pode inferir-se que a falta de jurisdição sobre aquela situação particular é um erro, uma lacuna. Consequentemente, um conflito negativo de jurisdição requer uma actuação por parte dos Estados, numa base individual ou colectiva, para alterar as suas regras jurisdicionais e evitar o resultado indesejado, ou para tomar medidas concretas no sentido de perseguir o suspeito e julgar o caso.

No contexto do nosso tema, haverá apenas que recordar que o ponto de vista relevante para a definição de uma situação como um conflito negativo de jurisdição passa a ser o da UE, a quem cabe eliminá-lo no quadro das suas atribuições e competências, transcendendo-se por essa forma os programas de protecção dos Estados individualmente considerados.

2.2 *Conflitos positivos*

Num momento lógico inicial, a concorrência de jurisdições (tomada em abstracto ou mesmo perante uma situação concreta) não dá origem a conflitos positivos de jurisdição, porque cada uma tem o poder autónomo de apreciar o caso, sem levar em consideração as pretensões alheias, desde que cumpra os seus deveres jurídico-internacionais: os titulares não têm que competir para prevalecer sobre os restantes, como se houvesse espaço para apenas uma decisão e, portanto, para a aplicação de uma única lei.[39]

39. Esta situação é completamente diferente do conflito de leis no direito privado, para cuja resolução é necessário escolher uma das leis conflituantes através de mecanismos abstractos e previamente estabelecidos (regras de conflito). No sentido do texto, segundo cremos, recusando, neste momento prévio da consideração das jurisdições interessadas, a possibilidade da violação do princípio do juiz natural, também L. Silva Pereira; T. Alves Martins (n. 21), p. 343.

Porém, a concorrência de jurisdições transforma-se num conflito quando vários Estados reclamam jurisdição sobre um determinado caso *e, de certo ponto de vista*, seria indesejável ou ilegítimo que várias decisões recaíssem sobre ele. Esse ponto de vista é exterior às jurisdições envolvidas, pressupondo portanto um contexto normativo interestatal (*sc.*, sujeito ao direito internacional geral e particular) ou trans-estatal (sob o domínio de organizações internacionais), e radica, *inter alia*, na protecção dos direitos e liberdades individuais e numa adequada administração da justiça. A primeira inclui a proibição da dupla punição, ou até dupla perseguição (*double jeopardy*), pelos mesmos factos; a segunda visa evitar decisões contraditórias e o desperdício de tempo e recursos.

3. A PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NEGATIVOS (REMISSÃO)

Se a UE tem competência para prevenir e resolver conflitos negativos de jurisdição entre os Estados-membros, isso significa que lhe foi conferido o poder de qualificar uma dada falta de jurisdição por uma pluralidade de Estados como um conflito negativo. As situações identificáveis como conflitos negativos e os modos da sua prevenção e resolução foram já analisadas em outros passos deste estudo,[40] para os quais remetemos agora.

4. A PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS POSITIVOS

4.1 A prevenção e a resolução de conflitos positivos no campo específico da integração europeia deveriam prosseguir uma perspectiva auto-referencial: a concepção da Europa como um espaço comum de justiça, construído sobre a assunção normativa[41] da confiança mútua entre os Estados-membros, que origina o reconhecimento mútuo de decisões judiciais estrangeiras.[42] A ideia básica que daqui se retira é a de que existe uma equivalência *prima facie* entre todos os Estados-membros para a perseguição e julgamento de qualquer caso.[43] Contra este pano de fundo,

40. Supra, II, 2.1, *b* e 3.1, *b*.

41. Vd. também André Klip, "European integration and harmonisation and criminal law", In: D. Curtin; J. Smits; A. Klip; J. McCahery. *European Integration and Law*. Intersentia, 2006. p. 137; e Valsamis Mitsilegas. *EU Criminal Law*. Hart Pub., 2009. p. 148.

42. Na verdade, o reconhecimento mútuo encontra-se mais dependente do *conhecimento* (do sistema jurídico de um Outro re-cognoscível) e da *vontade* (de tratar a acção do Outro como se Minha fora), do que da *confiança*, que consiste somente na assunção de que a prática do outro Estado respeita a respectiva ordem jurídica, ela sim previamente *reconhecida* como equivalente.

43. Como se depreende, aliás, do § 12 do Preâmbulo da *Decisão-Quadro 2009/948/JAI do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal* (*JO* L 328 de 15.12.2009, p. 42 ss. – DQ-CJur): "dentro

a concorrência de jurisdições sobre certo caso concreto é vista como geradora de conflitos que devem ser prevenidos ou resolvidos, pois a protecção dos direitos e liberdades individuais (através da proibição da dupla punição/perseguição) e a adequada administração da justiça (evitando decisões contraditórias e desperdício de recursos) *pensadas no plano europeu* conduzem a que, em princípio, o caso deva ser tratado, tão precocemente quanto possível, por uma única jurisdição.

4.2 Uma forma possível de evitar conflitos positivos de jurisdição seria preveni-los através da redução do âmbito de aplicabilidade dos sistemas penais nacionais e, consequentemente, das zonas de sobreposição entre eles. Contudo, o estabelecimento de regras abstractas e rígidas (por exemplo, excluindo a jurisdição extraterritorial sobre crimes praticados no território de outro Estado-membro)[44] depara com dificuldades pragmáticas e normativas:

a) Por um lado, a exclusão radical da jurisdição extraterritorial sobre crimes praticados em território europeu poderia conduzir a subestimar outros interesses que, em situações concretas, aconselham a que o procedimento penal tenha lugar numa jurisdição diversa daquela onde o facto foi praticado: é difícil afirmar, em abstracto, que o Estado territorial é *sempre*, em todos os casos, o melhor foro possível. Não pode excluir-se que, em certas circunstâncias, outros *fora* sejam mais adequados ou convenientes, e a limitação da respectiva jurisdição impediria, inelutavelmente, a aplicação daquela que se afiguraria, em concreto, a melhor solução. Por exemplo: se um cidadão português cometer um furto simples na Finlândia durante uma estadia de férias, e as autoridades finlandesas pedirem a sua entrega, o Estado Português pode condicioná-la à devolução do agente após o julgamento, para cumprir em Portugal a pena em que eventualmente tenha sido condenado na Finlândia.[45] Ora, num contexto de confiança mútua, seria talvez mais razoável que todo o procedimento tivesse lugar em Portugal; porém, uma limitação geral e abstracta da jurisdição extraterritorial

---

do espaço comum de liberdade, segurança e justiça, o princípio da legalidade da acção penal, que rege o direito processual em diversos Estados-Membros, deverá ser entendido e aplicado por forma a que se considere plenamente observado sempre que qualquer Estado-Membro garanta a instauração de um processo relativamente a uma infracção penal concreta".

44. Nesse sentido, conjugando a exclusão da jurisdição extraterritorial sobre crimes praticados em território europeu com um verdadeiro direito penal europeu único relativamente a um leque restrito de crimes e com a abolição da dupla incriminação em todos os procedimentos de cooperação judiciária, André Klip. The Constitution for Europe and criminal law: a step not far enough. *MJECL* 12-2 (2005). p. 119 ss.; cf. também, Anne-Sophie Massa. Jurisdiction in England and Wales and in the Netherlands: a comparative appraisal with a European touch. In: André Klip (ed.) (n. 1), p. 118 ss.

45. Art. 13.°, *c*, da Lei 65/2003, de 23.08 [= art.5(3) da *Decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros* (*JO* L 190 de 18.07.2002, p. 1ss.)].

impediria aquela solução, que só poderia ter lugar através de uma transmissão do procedimento penal, ao abrigo da Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais,[46] ratificada por menos de metade dos Estados-membros da UE, visto que (ainda) não se adoptou, no âmbito da União, um instrumento que discipline a matéria.[47] Já a existência de um mecanismo de resolução dos conflitos flexível (mas vinculativo) permitiria possivelmente ter este tipo de situações em consideração, adscrevendo imediatamente a jurisdição ao "melhor foro possível".

b) Adicionalmente, esta solução não resolveria os conflitos causados pela dispersão transestatal das condutas criminosas (crimes plurilocalizados). Na verdade, a limitação da jurisdição extraterritorial e até a redução de certas formas de territorialidade heterodoxas,[48] não abrange, por definição, o problema das infracções plurilocalizadas, que é provavelmente o assunto mais sensível nesta matéria e que continuaria a exigir uma ponderação das pretensões conflituantes.

c) Por último, no plano normativo, seria necessário reflectir mais demoradamente sobre as consequências desta abordagem: por exemplo, a limitação da jurisdição extraterritorial sobre crimes cometidos no território de outros Estados-membros afectaria, naturalmente, as regras relativas ao estatuto pessoal do agente (nacionalidade e residência) – mas excluiria, também, a defesa dos interesses nacionais? Em qualquer caso, tal limitação não poderia eliminar a jurisdição universal (legítima), pelo menos quando o seu exercício constitui um dever à luz do direito internacional (geral ou particular).

Assim, pode argumentar-se que seria mais conveniente implementar um mecanismo de resolução dos conflitos ágil, flexível, justo e fiável, assente numa base de dados europeia de perseguições penais em curso:[49] a notícia do exercício de múltiplas jurisdições desencadearia o mecanismo de resolução, permitindo uma célere adscrição do caso, através de critérios pré-estabelecidos, ao melhor foro possível, eventualmente através de consultas entre os Estados interessados, com a participação da Eurojust (se necessária), conjugada com uma decisão vinculativa por parte do Tribunal no caso de não haver consenso entre elas, ou de o suspeito/arguido não concordar com a decisão tomada pelas autoridades envolvidas.[50]

---

46. *Convenção do Conselho da Europa CETS n. 073 sobre a Transmissão de Processos Penais*, de 15.05.1972.

47. Como se sabe, a *Proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à transmissão de processos penais*, de 30.06.2009, não foi aprovada.

48. Cf., a propósito, Anne-Sophie Massa (n. 1), p. 105 ss.

49. Vd. o projecto *Feasibility study on the creation of a database on prosecutions and investigations* (JAI/AGIS/2003/002), coord. Helen Xanthaki; Constantin Stefanou, 2003. Disponível em: [http://ials.sas.ac.uk/postgrad/cls_JAI-AGIS-2003-002_vol1pdf.htm].

50. Cf. Otto Lagodny. *Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesminsteriums der Justiz*. Berlim, mar. 2001. p. 127 ss.; e L. Silva Pereira; T. Alves Martins (n. 21), p. 339 ss.

4.3 Apesar da aprovação da DQ-CJur e das competências da Eurojust nesta área,[51] não existem mecanismos *vinculativos* que regulem a distribuição da jurisdição.[52] Além disso, a abordagem seguida na DQ-CJur (os conflitos devem ser resolvidos *para evitar* possíveis incumprimentos da regra *ne bis in idem*) mostra-se muito equívoca, porque o respeito pelo *ne bis in idem* é um dever autónomo e independente, que já vincula os Estados-membros, e por isso, no presente contexto normativo, a concorrência de jurisdições nunca pode levar à postergação legítima desse obstáculo ao *ius puniendi* (salvo nas excepções previstas no art. 55.º da CAAS). Na realidade, os conflitos devem ser resolvidos ou prevenidos, não para assegurar o respeito pelo *ne bis in idem*, mas sim para alinhar a regra *ne bis in idem* vigente com uma noção de justiça comum. Quando tal acontecer, esta regra será vista como uma consequência natural da decisão do caso no melhor foro possível, no contexto de um espaço comum de justiça: *a tua justiça é a minha justiça.*[53] Toda-

51. Arts. 6.º, n. 1, *a*, (ii), e 7.º, n. 1, *a*, (ii), *da Decisão 2002/187/JAI do Conselho de 28 de Fevereiro de 2002 relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade* (*JO* L 63, de 06.03.2002, p. 1 ss.), na versão que lhe foi dada pela *Decisão do Conselho 2009/426/JAI de 16 de Dezembro de 2008* (*JO* L 138, de 04.06.2009, p. 14 ss.).

52. Ambas as abordagens se baseiam num consenso entre as *autoridades* competentes e sugerem que os conflitos de jurisdição devem ser resolvidos a favor da melhor *perseguição* possível, o que é, evidentemente, uma forma parcial de encarar o problema: de acordo com o Preâmbulo da DQ-CJur, que se louva no Programa da Haia, os Estados-membros devem ponderar "a aprovação de legislação sobre conflitos de competência *na perspectiva de aumentar a eficiência da acção penal* [na versão inglesa, *with a view to increasing the efficiency of prosecutions*], garantindo ao mesmo tempo a correcta administração da justiça" (§ 2, itálicos nossos), e "haverá que prestar especial atenção à questão da recolha de elementos de prova, que pode ser afectada pela condução de processos paralelos" (§ 4); vd. *infra* no texto e Valsamis Mitsilegas (n. 41), p. 156.

53. Uma justiça comum não significa, para este efeito, que o Estado que investiga, acusa e julga deva administrar a justiça como um representante funcional de todos os Estados com jurisdição sobre o caso, ou que o *conteúdo* da decisão deva ser, ao menos, satisfatório para todos eles. Como vimos, o reconhecimento mútuo permite a equivalência entre os Estados-membros como uma pré-condição *formal* para escolher o melhor foro possível (todos os Estados são elegíveis) e, nesse quadro, não pode referir-se à justiça material de decisões estrangeiras, nem depender da sua palatabilidade para a jurisdição "recognoscente". Subjacente ao reconhecimento mútuo está precisamente a ideia de que a adopção de regras formais comuns detém um valor intrínseco que compensa eventuais prejuízos para a justiça material do caso tal como a vê a jurisdição "recognoscente"; neste sentido, também L. Silva Pereira; T. Alves Martins (n. 21), p. 319.
Em sentido oposto, condicionando o reconhecimento mútuo, no contexto do *ne bis in idem*, à suficiente protecção do bem jurídico (na perspectiva do segundo Estado, cujo reconhecimento se pretende) proporcionada pela primeira decisão, cf. Martin Böse, "Der Grundsatz 'ne bis in idem' in der Europäischen Union", *GA* 2003, p. 760, e Kai Ambos (n. 7), p. 464.

via, na ausência de um mecanismo que adscreva previamente a jurisdição, a regra *ne bis in idem* cria uma situação bizarra, em que a primeira decisão "definitiva" impede a actuação das restantes jurisdições (não propriamente "quem primeiro chega, primeiro é servido", mas antes "só o primeiro será servido"), seja qual for a qualidade do seu título.

Na verdade, o *ne bis in idem* não é um critério para prevenir ou resolver conflitos de jurisdição, mas sim um obstáculo que impede o exercício da jurisdição dos restantes Estados.[54] Desse jeito, evita certamente a dupla punição, mas não garante que *a* decisão foi tomada no melhor foro possível.

Acresce que a regulamentação presente do *ne bis in idem* é susceptível de causar outras disfunções: as jurisdições conflituantes podem entrar em verdadeira competição – e até em modo de "não-cooperação", frontalmente oposto ao espírito dos Tratados – se cada uma delas pretender garantir que as restantes, portadoras de uma conexão menos importante com a situação (ou assim percebida), não lhe subtrairão o caso, impedindo-a de fazer *a sua* justiça.

4.4 Sublinhe-se que a equivalência de jurisdições a que nos referimos é uma mera *pré-condição* que permite eliminar o conflito adscrevendo o caso ao foro mais adequado.

A determinação do melhor foro possível deve ser um juízo puramente formal, que não incorpora considerações de justiça material ou de eficácia da administração da justiça, porque, no contexto transnacional, não existem parâmetros autónomos (supranacionais) e isentos, à excepção das "regras mínimas" estabelecidas pelos actos europeus. Consequentemente, não pode lançar-se mão de *topoi* como a abordagem mais ou menos punitiva adoptada pelas jurisdições conflituantes, a probabilidade de absolvição/condenação, a (in)existência de um dever legal de acusar (legalidade/oportunidade), o eventual decurso dos prazos prescricionais, o volume da prova disponível em cada Estado etc. O melhor foro possível é, em princípio, aquele onde o alegado crime abalou de forma mais intensa a confiança pública na validade das normas violadas e, consequentemente, onde a necessidade de uma reacção penal (aí se englobando todos os momentos relevantes: a investigação, a ritualização do julgamento e a execução da pena) se faz sentir com mais intensidade. Esta definição equivale, na maior parte dos casos, ao Estado territorial.[55]

---

54. O *ne bis in idem* inter-jurisdicional não é uma invenção moderna; na realidade, a regra foi utilizada, durante vários séculos, para regular as jurisdições paralelas dos Estados e da Igreja Católica em relação aos chamados crimes *mixti fori*: a primeira decisão fazia com que a outra jurisdição ficasse *preventa*.

55. Admitimos que a definição da figura do "melhor foro possível" necessite de maior elaboração. Porém, isso não significa que a sua concretização deva cristalizar-se em critérios positivos e vinculativos, mesmo que se adopte a fórmula mais flexível proposta por Otto Lagodny (n. 50), p. 104 ss., onde a "qualidade da jurisdição" seria avaliada através de uma

Uma vez determinado o melhor foro possível, e porque o exercício de múltiplas jurisdições é, na definição proposta, inconveniente ou ilegítimo, pode afirmar-se que várias acusações/julgamentos são desnecessárias. Só nesse momento é lícito assumir a univocidade da justiça penal e a eficiência dos recursos como *objectivos comuns*.[56]

5. A PREVENÇÃO DE CONFLITOS EM "SITUAÇÕES NEUTRAS"

5.1 Até ao momento, analisámos situações em que o conflito (negativo ou positivo) se dá apenas porque as ordens jurídicas em presença concordam na qualificação de certo facto (já praticado) como crime, mas divergem quanto à questão de saber quem deve/pode exercer concretamente a respectiva jurisdição (*judicativa*) sobre ele.

Porém, existe um outro tipo de conflito que não envolvem o exercício da jurisdição judicativa sobre um facto já praticado, antes são identificáveis em abstracto, sem todavia integrarem uma mera "concorrência" de leis, precisamente porque não concorrem, antes *conflituam* na qualificação do facto como criminalmente ilícito. Com efeito, pode suceder que a conduta não constitua crime (*rectius*, um facto ilícito-típico) à luz da *lex loci delicti*, mas seja punida como tal por outra lei aplicável ao caso (por exemplo, em virtude da nacionalidade, residência, defesa dos interesse nacionais, etc.). A situação não será muito frequente, mas é possível, especialmente se tivermos em atenção que a harmonização do direito penal substantivo se encontra sujeita ao parâmetro das chamadas "regras mínimas", que deixa aos Estados-membros a liberdade de criar incriminações mais amplas. Esta "harmonização" nunca acabada, conjugada com a circunstância de que muitos actos europeus impõem aos Estados-membros o dever de implementar regras de jurisdição extrater-

---

combinação de múltiplos factores, não hierarquizados (uma jurisdição seria tanto mais adequada quanto fosse o Estado territorial, ou o Estado da residência do agente, etc.), de acordo com um princípio de "concordância prática" (K. Hesse). Diversamente, a definição que propomos parece suficientemente determinada para permitir a sua aplicação directa pelas autoridades competentes, sobretudo quando a decisão ou o seu controle caiba a um tribunal. De todo o modo, alguns dos factores mencionados por Lagodny são da maior relevância para determinar a jurisdição mais atingida pela alegada infracção (por exemplo, o território onde se verificaram os factos mais característicos de certo crime ["*Schwerpunkt des charakteristischen Unrechts*"]).

56. Não obstante, a abolição da dupla punição (e talvez também da dupla perseguição) pode ser vista como um objectivo comum *independentemente* de a decisão final do caso ter sido tomada no melhor foro possível – e isso explica por que razão a proibição europeia do *bis in idem* precedeu todas as tentativas de organizar e distribuir a jurisdição em matéria penal. Admitimos que, mesmo não existindo (ainda) tal organização, é preferível ter a proibição já em vigor – mas essa não é necessariamente a melhor solução possível: cf. infra no texto.

ritorial que não incorporam a dupla incriminação, tornam o risco de desfasamento entre as várias leis aplicáveis ainda mais plausível.

Assim, em nossa opinião, também existe um conflito de jurisdição ali onde um indivíduo possa encontrar-se sujeito a duas leis contraditórias. Os conflitos de jurisdição não podem ser vistos apenas na perspectiva da *aplicação* da lei a uma conduta já ocorrida, devem sê-lo também na perspectiva da *selecção* da lei que deve ser cumprida pelos cidadãos quando agem; ou, por outras palavras, as normas não devem ser vistas apenas na sua função *sancionatória*, mas também na sua função de *determinação* de comportamentos.[57]

Nesses casos, há argumentos fortes para exigir uma limitação da jurisdição extraterritorial, requerendo a dupla incriminação obrigatória para factos cometidos dentro da UE, excepto onde ela for dispensada pelo direito internacional (regras da protecção e da universalidade e cláusulas convencionais). Na verdade, cada Estado tem o direito, e possivelmente o dever, de garantir não apenas a liberdade individual de agir, mas também a liberdade de decidir agir subordinando-se apenas à lei local. Consequentemente, todos os Estados deveriam assegurar que quem age nos respectivos territórios só pode ser punido se violar uma disposição da lei local ou se o direito internacional permitir a sua punição por outro ordenamento. Assim, se o direito internacional não dispuser diversamente, a pretensão de exercer jurisdição extraterritorial sobre condutas que não são proibidas pela *lex loci* – também nos casos da nacionalidade activa e passiva – é uma ingerência ilegítima perante o direito internacional.

As considerações precedentes aplicam-se genericamente na cena internacional,[58] mas têm uma força particular na UE.[59] No contexto de um pluralismo jurídico integrado, a aceitação da lei estrangeira que subjaz ao reconhecimento das decisões

---

57. Até ao momento, o TJ não tratou da questão de saber se as pretensões de aplicação extraterritorial da lei penal a factos praticados no território de outro Estado-membro que os considera lícitos constituem restrições ilegítimas às liberdades europeias; sobre a situação inversa (pretensão de aplicação da lei penal, ou outras medidas de carácter repressivo, a condutas territoriais com uma conexão com outro Estado-membro onde são consideradas lícitas), vd. AcTJ de 14.12.1979, *Henn and Darby*, proc.C-34/79, *ECR* 1979, p. 3795 ss., e AcTJ de 11.03.1986, *Conegate*, proc. C-121/85, *ECR* 1986, p. 1007 ss. Porém, atendendo ao teor do acórdão *Alpine Investments*, o TJ poderá vir a inclinar-se naquele sentido:"o artigo 59.°, primeiro parágrafo, do Tratado proíbe as restrições à livre prestação de serviços no interior da Comunidade em geral. Por conseguinte, esta disposição diz respeito não apenas às restrições impostas pelo Estado de acolhimento mas também às impostas pelo estado de origem" (AcTJ de 10.05.1995, *Alpine Investments BV v Minister van Financiën*, proc. C-384/93, *Col.* 1995, p. 1141 ss., § 30).

58. Cf. Kai Ambos (n. 7), p. 41 s., nm. 40, p. 48 s.

59. É a mesma preocupação com o respeito pela *lex loci* que subjaz à mencionada proposta de limitação do âmbito da lei penal interna aos factos territoriais (cometidos dentro da UE): cf. supra n. 44.

proferidas pelas autoridades deve produzir efeitos logo para a qualificação do facto como lícito sempre que se trate da *lex loci*. O mesmo raciocínio subjaz ao art. 4.º, n. 7, da *Decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu* (cit.), que permite a não execução do pedido de entrega pelo simples facto de a conduta ter ocorrido no território do Estado de execução, mesmo que se trate de um crime do catálogo enunciado no art. 2.º e ao art. 55.º, n. 1, *a*, CAAS, que permite aos Estados-membros declararem que não aplicarão o art. 54.º nos casos em que o julgamento estrangeiro diga respeito a factos que ocorreram, em todo ou em parte, no respectivo território.

5.2 De outra forma, no contexto criado pela implementação do *ne bis in idem* europeu, a ausência de uma regra de dupla incriminação obrigatória para o exercício da jurisdição extraterritorial pode conduzir a situações bizarras, como sucede no exemplo seguinte.

Portugal transpôs a *Decisão-quadro relativa à exploração sexual de crianças e à pornografia infantil*, cit., da forma mais escrupulosa e, desde 2007, o CP pune quem produzir, distribuir, adquirir ou possuir imagens pornográficas de "pessoas reais com aspecto de crianças", ou "imagens realistas de crianças não existentes".[60] Além disso, este crime está agora sujeito pela lei portuguesa à jurisdição universal (unilateralmente determinada e, portanto, ilegítima perante o direito internacional),[61] condicionada apenas (como nas restantes instâncias) pela presença do agente em Portugal e pela impossibilidade da sua extradição ou entrega,[62]

Recordemos que o art. 3.º, n. 2, da *Decisão-quadro* permitia que, em certas circunstâncias, os Estados-membros "isentassem de responsabilidade criminal os comportamentos" (*sic*) referidos – *rectius*, na mais correcta e precisa versão alemã, excluíssem estas condutas da *própria norma de proibição*.[63]

Daqui decorre que, se o agente for encontrado em Portugal, as autoridades portuguesas têm o dever de perseguir, julgar e punir um cidadão nacional ou estrangeiro que produziu, distribuiu, adquiriu ou possuiu material pornográfico daquele género num Estado-membro que tenha optado por não incriminar aquelas condutas, de forma inteiramente legítima perante o direito europeu.

Porém, há uma excepção à jurisdição (judicativa) do Estado Português sobre este caso: se o Estado territorial tiver perseguido e julgado o agente – porque, por exemplo, era duvidoso se fora ou não usado um menor "real" como modelo, o que já tornaria a conduta punível – e tiver absolvido o arguido com o fundamento de

60. Art. 1.º, *b*, ii e iii, da *Decisão-quadro 2004/68/JAI* cit. (= art. 176.º, n. 1, *d* e n. 3, CP).

61. Apontando vários exemplos de jurisdição universal ilegítima, cf. Kai Ambos (n. 7), p. 67 ss.; vd. também Pedro Caeiro (n. 4), p. 257 ss.

62. Art. 5.º, n. 1, *c*, CP.

63. "Ein Mitgliedstaat kann festlegen, dass die nachstehenden Handlungen im Zusammenhang mit Kinderpornografie *keinen Straftatbestand erfuellen*" (itálicos nossos).

que os factos não envolviam crianças "reais", então a jurisdição dos tribunais portugueses ficaria impedida por força do *ne bis in idem* (decisão de mérito sobre os mesmos factos, à luz do acórdão *Van Esbroeck*).[64]

Conclui-se, portanto, que, de acordo com o quadro jurídico europeu existente, os Estados-membros podem reclamar jurisdição extraterritorial sobre condutas que não constituem crime no Estado-membro onde ocorreram – excepto se o último tiver previamente *certificado* a não punibilidade da conduta através de uma absolvição (ou decisão final análoga).

Ora, cremos que a não-punibilidade, nestes casos, não deveria depender de circunstâncias irrelevantes como a existência de uma decisão judicial que se limita a certificá-la e a prevalência dessa decisão sobre as restantes jurisdições em virtude de uma (para este efeito) contingente regulamentação do *ne bis in idem*; diversamente, ela deveria decorrer directamente da proibição de jurisdição extraterritorial selvagem num *espaço comum de justiça*.

IV. CONCLUSÃO

As considerações precedentes permitem ter uma ideia básica do que deverá ser uma política europeia sobre as bases de jurisdição penal nacionais.

Como dissemos, existe uma diferença significativa entre a UE e um Estado quando legislam sobre bases de jurisdição: a primeira tem um dever "constitucional" de prevenir conflitos de jurisdição, ao passo que o último tem legitimidade para moldar livremente a sua jurisdição, desde que respeite o direito internacional. Assim, a UE, ao exercer a sua metajurisdição, não pode mandar adoptar, ou excluir, certa base de jurisdição apenas em virtude da sua (in)adequação: tem de ponderar, ao mesmo tempo, o impacto dessa decisão sobre os conflitos de jurisdição que lhe compete evitar. Daqui decorrem várias consequências.

1. Ao editar "regras mínimas relativas à definição das infracções penais", nos termos do art. 83.º, ns. 1 e 2, a UE deveria guiar-se por um *princípio de auto-contenção*.

---

64. AcTJ de 09.03.2006, *Van Esbroeck*, proc. C-436/04, § 25 ss. Uma solução diversa será porventura sustentada pelos autores que propõem uma abordagem de carácter mais normativo do *ne bis in idem*, no sentido de que o obstáculo não cobre factos que foram julgados pela primeira jurisdição de uma forma que não concede suficiente protecção aos bens jurídicos tutelados, na perspectiva, naturalmente, da segunda (insatisfeita) jurisdição (cf. supra, n. 53). Acompanhamos esta objecção sempre que a segunda jurisdição seja o Estado em cujo território o facto foi praticado (e daí a possibilidade aberta pelo art. 55.º da CAAS), mas já não no caso inverso, pois, exceptuado o já referido caso da regra de protecção, não vemos por que razão um Estado deveria ter o direito de exercer jurisdição extraterritorial sobre condutas que foram já objecto de uma decisão de absolvição (ou de não perseguição) por parte do Estado territorial em virtude de não constituírem crime perante a sua lei.

Desde logo, deveria abster-se de sugerir a adopção facultativa de certas bases de jurisdição: ou elas se mostram necessárias, e devem ser obrigatórias,[65] ou não, e a sugestão é tão inútil (porque os Estados-membros podem sempre adoptá-las se assim o entenderem) como inconveniente (porque contribui para aumentar a disparidade entre as bases de jurisdição e potencia os conflitos positivos).

Além disso, a UE não deveria impor a adopção de bases de jurisdição que não são comuns a muitos Estados (como, por exemplo, a residência do agente), nem deveria instituir deveres de adoptar bases de jurisdição incompatíveis com o direito internacional, como sucede com os casos em que a jurisdição extraterritorial não se subordina à dupla incriminação, salvo onde o direito internacional o autoriza.[66] Assim, os arts. 16.º, n. 1, *b*,e 16.º, n. 4, da *Proposta de Directiva sobre o combate ao abuso sexual de crianças e à pornografia infantil*,[67] constituem uma intervenção ilegítima na soberania de Estados-terceiros onde esses factos possam ser cometidos, na medida em que esses Estados não os considerem ilícitos e não se encontrem obrigados a tanto pelo direito internacional (como sucederá, paradigmaticamente, com a pornografia infantil virtual).[68] Ressalvadas as ditas excepções, o exercício da jurisdição extraterritorial desligado da dupla incriminação é contrário ao direito internacional e é também um caminho perigoso, a não ser que a UE esteja pronta a aceitar como legítima uma eventual pretensão de Estados terceiros de punir os respectivos nacionais ou residentes (que podem ser nacionais europeus) em virtude de, por exemplo, publicarem livros ou *cartoons* (como crimes contra a religião), ou manterem relações homossexuais (como crimes contra a família, os costumes etc.) *em território europeu*.

Por último, a UE deveria evitar a multiplicação de bases de jurisdição redundantes.

---

65. Cf. supra 28.

66. Vd. André Klip (n. 37), p. 94, que considera "surpreendente" que, na maior parte dos instrumentos europeus, a nacionalidade activa não esteja sujeita à dupla incriminação.

67. O controverso problema de saber se todos os crimes descritos na Proposta têm uma dimensão transfronteiriça, que parece ser presumida *iuris et de iure*, não cabe no âmbito deste artigo.

68. Independentemente do estatuto jurídico-internacional dos crimes sexuais contra crianças, em geral, a proibição da pornografia infantil virtual não é imposta pelo direito internacional costumeiro; consequentemente, o art. 25.º, n. 4, da *Convenção do Conselho da Europa CETS n. 201 contra a exploração sexual e o abuso sexual de crianças*, de 25.10.2007, que inspirou a abolição obrigatória da dupla incriminação relativamente a factos praticados por nacionais no estrangeiro prevista na *Proposta de Directiva*, encontra-se sujeito ao princípio da eficácia relativa dos tratados e a jurisdição que se funde nessa regra não pode ser oposta a países que não sejam partes na Convenção (nomeadamente, Estados não-europeus). Em 31.08.2011, apenas nove Estados-membros da UE (entre os quais não se conta Portugal) tinham ratificado a Convenção.

2. Em segundo lugar, a UE deveria adoptar uma política racional de prevenção genérica de conflitos de jurisdição negativos. Em vez de repetir, em cada instrumento, a regra obrigatória da territorialidade, com ligeiras, mas possivelmente indesejadas variações de conteúdo, a UE deveria impor aos Estados-membros o dever de estabelecer jurisdição sobre todos os crimes praticados, no todo ou em parte, nos respectivos territórios (ou a bordo de navios ou aeronaves aí registados), como um meio de evitar conflitos negativos sobre factos que podem afectar o *espaço comum de segurança*. Além disso, aceita-se que a construção deste espaço implique uma jurisdição extraterritorial ampla sobre crimes que afectam directamente interesses da União. A manutenção da intervenção legislativa dentro desses limites cumpriria também o dever de prevenir conflitos positivos, tal como exigido nos Tratados.

3. O referido mandamento da auto-contenção é já uma forma de prevenir conflitos positivos, mas não os evita por completo. Tendo presente que a regra *ne bis in idem*, vinculativa em todo o espaço europeu, garante que a concorrência de jurisdições não pode conduzir, em princípio, a uma dupla punição, ou a decisões finais contraditórias, a eliminação de conflitos positivos pode, ainda assim, servir três finalidades: (i) evitar uma dupla perseguição; (ii) assegurar que a decisão final do caso é tomada no melhor foro possível; (iii) evitar perdas de tempo e desperdício de recursos.

Tudo ponderado, parece preferível instituir um mecanismo que resolva os conflitos positivos quando estes se suscitem, adscrevendo o caso ao melhor foro possível, mecanismo que contribuirá para o fortalecimento de um *espaço comum de justiça*, tornando o *ne bis in idem* numa sua consequência natural.

4. A limitação da jurisdição dos Estados-membros desempenha um papel crucial na garantia de que as pessoas não se encontram sujeitas a duas normas contraditórias no *espaço comum de liberdade*, pelo menos nos casos em que a conduta é lícita perante a *lex loci* (e ilícita à luz da lei com uma pretensão de aplicabilidade extraterritorial). Estas situações implicam conflitos de jurisdição que poderiam ser resolvidos através da imposição da regra da dupla incriminação para todas as formas de jurisdição extraterritorial sobre factos praticados em território europeu, excepto quando o direito internacional permite uma solução diversa (regras da protecção e da universalidade). A aplicação, com este sentido, do princípio *locus regit actum* garantiria, simultaneamente, o respeito pelo direito internacional e, especificamente, o reconhecimento mútuo entre sistemas jurídicos no *espaço comum de liberdade*.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As bases do processo penal transnacional, de Bernd Schünemann – *RBCCrim* 90/189, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/595 (DTR\2011\1582);
- A União Européia e o espaço judicial europeu: os desafios do modelo *Corpus Juris* 2000 e da Procuradoria Européia, de John Alois Emericus Vervaele – *RBCCrim* 40/9, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/823 (DTR\2002\643); e
- Os desafios postos pelo direito europeu à defesa penal na Alemanha – Uma perspectiva brasileira, de Sabine Gless – *RBCCrim* 96/131 (DTR\2012\44696).

65547

A DIMENSÃO TRANSNACIONAL DO FENÔMENO *CHILD GROOMING* E SUA RECEPTIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PÁTRIO

THE TRANSACTIONAL PHENOMENON OF CHILD GROOMING AND HOW IT IS ADDRESSED BY THE BRAZILIAN CRIMINAL-LEGAL SYSTEM

RODRIGO SÁNCHEZ RIOS
Professor de Direito Penal da Graduação e da Pós-graduação da PUC-PR.
Advogado Criminalista.

SÓLON CÍCERO LINHARES
Doutorando e Professor da Graduação da PUC-PR.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: O advento de novas tecnologias possibilitou aos criminosos sexuais um meio diferente para se aproximarem de suas vítimas. Percebendo esse problema, a comunidade internacional, na Convenção de Lanzarote, editou diretrizes para orientar os países no combate ao *Child Grooming*. Este artigo tem o escopo de analisar o surgimento desse fenômeno e o seu tratamento no sistema jurídico-penal brasileiro. Na legislação pátria, atendendo-se à doutrina da proteção integral, elaboram-se tipos penais em favor de proteção à integridade física e psíquica dos menores. Entretanto, a técnica de tipificação usada nem sempre respeita o princípio da lesividade. É o que se dessume com a redação do art. 241-D do ECA.

PALAVRAS-CHAVE: *Child Grooming* – Crimes sexuais – Estatuto da Criança e do Adolescente – Princípio da lesividade.

ABSTRACT: The emergence of new technologies gave sex offenders a different way to approach their victims. Aware of this problem, the international community established guidelines at the Lanzarote Convention to help countries fight Child Grooming. This article aims at analyzing the birth of this phenomenon and how it is addressed by Brazilian criminal law. The national law, abiding by the doctrine of full protection, establishes rules in favor of the physical and mental integrity of minors. However, the technique used to classify this offense not always respects the principle of offensiveness. That is what can be inferred from article 241-D of the Statute of the Child and Adolescent.

KEYWORDS: Child grooming – Sexual offenses – The Statute of the Child and Adolescent – Principle of offensiveness.

SUMÁRIO: 1. Premissas iniciais – 2. As novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) como suporte à prática de delitos sexuais contra crianças – 3. A recepção da tipologia do *Internet Grooming* ou *Child Grooming* a partir do âmbito supranacional – 4. A Convenção de Lanzarote e a projeção de seus efeitos nos ordenamentos nacionais – 5. A receptividade da figura do *Child Grooming* na normativa brasileira – 6. Considerações finais.

1. PREMISSAS INICIAIS

Uma leitura da recente alteração legislativa na experiência comparativa[1] em matéria de delitos sexuais vem demonstrar que o legislador resiste em abdicar da norma penal num setor essencialmente permeado por aspectos atrelados à moralidade e onde prevalecem espaços privados que devem ser devidamente resguardados de qualquer intervenção restritiva do poder estatal.[2] Há muito é admitida a noção de que o Estado não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular[3] e, portanto, as normas penais não devem conter uma carga valorativa em prol de uma moralidade impositiva. Com isto se justifica a sua evidente exclusão quando da prática de atos sexuais entre adultos e da manifestação comportamental do indivíduo abrangidas pela liberdade constitucional de ação da qual é destinatário. A doutrina penal tem conferido os devidos contornos excludentes da tipicidade por meio do instituto do consentimento do ofendido, demandando absoluta capacidade de decisão e a observância da ausência de danosidade social.[4]

No entanto, o discurso intervencionista é assaz diverso quando está em questão a proteção da integridade física e psíquica da criança e do adolescente. E bem o justifica a conformaçãopeculiar da sua liberdade de autodeterminação em comparação com o exercício da sexualidade entre adultos. Daí porque se antevê situações de pluriofensividade, exigentes de mecanismos normativos específicos de defesa.[5] Na lição de Cancio Meliá, toda agressão sexual, física ou psicológica, praticada

---

1. A respeito do incremento da resposta penal e a criminalização das ofensas contra a liberdade sexual no plano nacional e internacional vide TAMARIT SUMALLA, Josep María. Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181,183, 183 bis). In: *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentários* (Gonzalo Quintero Olivares, Dir.). Navarra: Aranzadi, 2010, p. 166; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Delitos contra la libertad e Indemnidad Sexuales. In: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Jesús-Maria Silva Sánchez. Dir). Barcelona: Atelier, 2011, p. 120. Concernente a nova disciplina da normativa italiana em matéria de delitos sexuais a partir da Legge 15 febbraio 1996, n. 66, vide MENGONI, Enrico. *Delitti Sessuali e Pedofilia*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 5-6. Quanto à normativa espanhola anterior a reforma de 2010, vide DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. Delitos contra la libertad sexual: libertad sexual o libertad moral? In: *Nuevas Tendencias en Política Criminal. Una auditoria al Código Penal español de 1995* (Coord. Víctor Gómez Martín). Buenos Aires: Julio César Faira, 2006. p. 181-208.
2. Por uma visão ampla contrária ao uso da norma penal em eventuais desvios de caráter moral, vide HART, H. L. A. *Derecho, Libertad y Moralidad*. Madrid: Editorial Dykinson, 2006. p. 89 e ss.
3. Cfr. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega Universidade, 1986. p. 30.
4. Por todos vide ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. p. 517.
5. Vide SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 381.

contra uma criança gera um injusto de especial intensidade, pois nessa fase da vida qualquer conduta lesiva, compromete o desenvolvimento da liberdade sexual do futuro adulto.[6]

No marco legislativo pátrio, a Lei Maior dedica dispositivo próprio, contemplado no art. 227, no qual se evidencia o princípio da proteção integral[7] por parte da família, sociedade e Estado aos direitos das crianças, adolescentes e jovens. Em consonância com os ditames das diretrizes internacionais emanadas pela Convenção das Nações Unidas sobre a matéria (1989),[8] em cujo art. 34, impõe a todos os Estados-partes a tomar as medidas necessárias, de caráter nacional ou multilateral para impedir a "exploração da criança em espetáculo ou material pornográfico",[9] podemos apontar a elaboração e vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.060/1990).[10] Cuide-se em enfatizar que, transcendendo a matriz normativa de proteção e garantia, a Constituição Federal é explícita em reclamar maior punição quando do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, VII, § 4.º, CF/1988).[11]

Ao se salientar na doutrina de que todas as normas da Constituição têm eficácia plena, assevera-se que, nesta seara de proteção integral, as reflexões de Lenio Streck encontram ampla receptividade a partir da compreensão do papel assumido

6. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Uma nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*. Editorial La Ley Penal n. 80. Marzo de 2011. p. 9.

7. Vide RAMIDOFF, Mario Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente. Ato Infracional e Medidas Socieducativas*. 3. ed. Curitiba: Juruá Ed., 2011. p. 33.

8. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 20.11.1989, foi aprovada entre nós pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14.11.1990 e promulgada pelo Dec. 99.710/1990. Na esteira da doutrina da proteção integral à criança não pode deixar de ser mencionada a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20.11.1959.

9. Recordando que na última parte do Preâmbulo desta Convenção se reconhece a importância da cooperação internacional para a melhoria de vida das crianças em todos os países. A respeito do propósito dos instrumentos internacionais em matéria de prevenção à prostituição infantil e da utilização de crianças na pornografia, vide DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Los delitos de pornografia infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011, p. 20-21.

10. Na literatura pátria vide TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia. Aspectos psicológicos e penais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 140.

11. Cumpre observar que essa peculiar manifestação conclamando a uma "punição severa" estampada no § 4 do art. 227 da CF, denota um apelo no mínimo questionável por parte do legislador constituinte ao demandar uma exacerbação do poder punitivo em uma seara na qual o princípio da proporcionalidade também deve ser rigorosamente observado. A par deste questionamento, a legitimidade do bem jurídico na ordenação axiológica do texto constitucional encontra devido registro nas reflexões de FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 66 e ss.

pelo Estado Democrático de Direito e suas normas. Sob essa premissa, é possível se examinar o direito penal no âmbito de um *garantismo positivo*, indagando-se acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais por meio da norma penal. Nas suas palavras: "Isso significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula 'proibição de proteção deficiente' (*Untermassverbot*)".[12] Diga-se ainda que esta orientação foi assumida pelo STF nos autos do RE 418.376/MS, no qual se buscava a equiparação da união estável ao instituto do casamento civil, com o fim de pleitear a extinção da punibilidade do agente (conforme disposição anterior prevista no art. 107, VII). Depreende-se que o não provimento se assentou na negativa do reconhecimento da união estável em razão da violência sexual ter sido praticada, contra uma criança de nove anos, por seu tutor, evidenciando a necessidade da incidência da norma penal, a qual, se ausente, caracterizaria uma hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado.

Amparados nesta noção de garantismo positivo, poder-se-á aceitar de modo axiomático a tutela penal extensiva a indivíduos que não possuem capacidade de autodeterminação e, invalidando qualquer hipótese de apelo a eventual consentimento, uma vez que este restaria viciado por aquela insuficiência. Um estudo detalhado a respeito da aplicação da cláusula de "proibição de proteção deficiente", em matéria de direitos fundamentais, foi desenvolvido na doutrina pátria por Maria Luiza Schäfer Streck. Referido critério é cotejado com decisões jurisprudenciais garantistas no sentido negativo, em matéria de crimes sexuais.[13] Depreende-se da sua acurada análise o esforço hermenêutico por parte de alguns magistrados em desclassificar o delito de estupro (art. 213) e de atentado violento

12. STRECK, Lenio. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso* (Übermassverbot) *à proibição de proteção deficiente* (Untermassverbot) *ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: [www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploands/2011/10/2.pdf p.5]. Acessado no dia 17.09.2013. Merece especial transcrição o ponto crucial da perspectiva delineada por Lenio Streck. Segundo ele, a ordem de legislar no campo penal "traz implícita (...) a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas. Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa, nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso". Idem.

13. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 113.

ao pudor (art. 214)[14] em favor do tipo penal da corrupção de menores (art. 218), quando é notoriamente sabido que a subsunção da conduta do agente, agressão sexual a criança ou adolescente não condiz com as exigências de imputação da modalidade delitiva descrita no art. 218 da Lei penal substantiva.

Resulta evidente, quando da admissão por parte de alguns julgadores em considerar apenas um viés do princípio da proporcionalidade, a pretensão equivocada em excluir tanto a configuração da violência real quanto em afastar a violência presumida, mesmo na hipótese de se estar perante uma vítima menor de 14 anos. Tal resultado estaria justificado pelo alinhamento com práticas condizentes a um garantismo exclusivamente de matiz negativo, com questionáveis premissas de política criminal. Entretanto, uma análise detida, como a realizada por Maria Luiza Schäfer Streck, demonstra que tais decisões "(...) terminam por deixar descoberta a face escondida do direito fundamental protegido pela Constituição e por tratados internacionais: a dignidade da mulher, a proteção da criança e a liberdade sexual".[15] É sob a premissa da incidência do *princípio da proibição de proteção deficiente* que podemos compreender a necessidade da intervenção penal nesta matéria, a fim de tutelar a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, materializando a orientação normativa estampada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, a qual foi recepcionada pela lei pátria em 1990, em consonância com o alcance pretendido pela denominada doutrina da *proteção integral*.[16] Cuida-se, no próprio ECA, em seu art. 226, de invocar a remissão expressa dos crimes definidos nessa lei, as normas da Parte Geral do Código Penal e as pertinentes ao Código de Processo Penal. Não procede, portanto, a assertiva da exigência da criação de tipos que contenham no núcleo da incriminação o vínculo de parentesco ou dever de cuidado na lei especial quando de abusos sexuais infantis,[17] bastando a determinação expressa nos tipos especiais de causas de aumento de pena.[18]

---

14. Antes de ser revogada pela Lei 12.015, de 07.08.2009.

15. STRECK, Maria Luiza Schäfer. Op. cit., p. 123.

16. Segundo a lição de Ramidoff: "(...) ao se pretender instituir e consolidar uma rede de proteção à criança e ao adolescente, procurando, desta maneira, prevenir ameaças e violências, em especial, que se realizam no interior do núcleo familiar e comunitário – como por exemplo, 'violência doméstica', 'abuso' e ou 'violência sexual' entre outras formas de ofensas físicas, morais, psicológicas e sociais –, por certo, impõe-se a adoção de medidas específicas de proteção tanto para infantes, jovens, quanto e, senão, principalmente dirigidas a seus respectivos núcleos familiares'. Vide RAMIDOFF, Mario Luiz. Op. cit., p. 38. Também SILVA, Lilian Ponchio et al. *Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

17. Nesse sentido não se comunga da reivindicação lançada por Paula Inês Cunha Gomide, ignorando o instituto das agravantes previsto no Código Penal pátrio, art. 61, II, letras *e* e *f*. Cfr. A legislação brasileira sobre ofensas sexuais. In: WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. *Pedofilia: identificar e prevenir*. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 96.

18. Tal como reza, por exemplo, o atual art. 240, § 2.º, III, da Lei 8.069/1990.

Confere-se, pois, todo um entorno normativo direcionado a proteção da criança e do adolescente. Todavia, o alinhamento com esta tendência não implica em nenhuma hipótese na dispensa da constatação da violação ao princípio da ofensividade, nos moldes desenhado por Ferrajoli,[19] e esta assertiva encontra respaldo quando nos deparamos com a punição de crimes de mera posse de material pornográfico infantil, e de atos preparatórios de eventuais abusos sexuais, ambas condutas praticadas mediante o uso da Internet.

Eis a crítica vertida ao extensivo alcance dos arts. 241-B e 241-D do ECA onde se depreende um certo descompasso entre a teoria da proteção integral e o princípio da ofensividade. A título exemplificativo, se bem é certo que a posse poderá decorrer do *download* de arquivos, por outro lado, a sua mantença no interior de um *laptop* – sem nenhum tipo de compartilhamento ou permissão de acesso a terceiros – não enseja, ao nosso sentir, nenhuma agressão a qualquer bem jurídico digno de tutela penal.[20] Evidentemente que tal posse é passível de alta reprovabilidade moral, por denotar desprezo a dignidade alheia. Porém, é incontroverso que o Estado criminaliza condutas e não desejos ou vontades não exteriorizadas através de atos. Em sentido oposto, incorreríamos num Estado *orwelliano*, que agiria em menosprezo ao brocardo *cogitationis poena nemo patitur.*[21]

Esclareça-se ainda que o momento escolhido pelo legislador para fixar o marco inicial da proteção penal do bem jurídico, poderá denotar uma antecipação de tutela pela punibilidade de atos preparatórios,[22] os quais nem sempre apresentam o pressuposto de um resultado consistente na afetação direta e grave da tranquilidade da

---

19. Vide FERRAJOLI. Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 1989. p. 466-469.

20. Nas conclusões de um estudo específico a respeito, é indispensável a assertiva de Morillas Fernández: "Sea como fuere, el delito de posesión simple de pornografia infantil constituye en si mismo una manifestación de Derecho Penal simbólico ya que (...) alude al uso que en ocasiones se hace de las normas penales para contentar a la opinión pública ante conductas para las que la pena no es una respuesta,ni adecuada ni necesaria". Vide. MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. Cuestiones Conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografia infantil. In: CIBERACOSO. *La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet* (coord. Javier García Gonzáles). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 219.

21. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale – Parte Generale*. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 1992. p. 229 e 230.

22. Considere-se as ponderações de Bacigalupo ao elaborar uma crítica certeira à assertiva de que "excepcionalmente" a lei penal castiga também atos preparatórios. Dizia o célebre penalista: "Tal afirmación es, por lo menos supérflua y quizás errónea. Preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. em consecuencia, no hay 'actos preparatorios' en sí, ni 'actos de ejecución' en sí". Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1997. p. 335.

vítima ou em um prejuízo a seu desenvolvimento vital (incutidos pelo medo ou temor gerado pela modalidade comissiva de aliciamento causada pelo agente agressor). Desse modo, a opção pela linha tipificadora, na qual se constate que o tipo objetivo ignora um pressuposto de resultado lesivo – nos termos definidos acima – não configuraria um delito autônomo, por se colocar numa posição equidistante do princípio da subsidiariedade. Este é um dos desafios que se depreendem da redação do *caput* do art. 241-D do ECA, onde o assédio e a instigação a uma criança por qualquer meio de comunicação é destinado à prática de condutas libidinosas ulteriores.

Outrossim, é importante salientar que o presente estudo não objetiva uma análise detalhada dos diversos tipos previstos no ECA.[23] Interessa mencionar, conforme já asseverado por Spencer Toth Sydow, que nosso ordenamento, até novembro de 2008, *foi incapaz de punir determinadas condutas relacionadas com a pornografia infantil virtual por ausência de tipificação legal*.[24] Observe-se que no momento da promulgação do ECA, a pornografia infantil, estampada nos arts. 240 e 241, se referia às condutas de produção ou direção teatral, televisiva ou película cinematográfica utilizando criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, e as condutas de fotografar ou publicar cenas da mesma natureza com crianças e adolescentes. Os preceitos secundários de ambos os tipos determinavam penas de reclusão de um a quatro anos, e multa.

2. AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO (TICS) COMO SUPORTE À PRÁTICA DE DELITOS SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS

Em meados dos anos 1990, com o advento das novas formas de comunicação, notadamente a Internet, revestiu-se a problemática de outras exigências que anteriormente estavam assentadas em condutas destinadas à obtenção de vantagem patrimonial ilícita por meio de atos fraudulentos (cite-se, por exemplo, os delitos cibernéticos mediante supressão de dados). Aliás, no desenho dessa "aldeia global", propiciada pelo ambiente comum de interação, junto com as inegáveis e irrenunciáveis vantagens – sobretudo quanto à comunicação e expansão do conhecimento – a Internet, simultaneamente, tornou-se um espaço, por definição, sem fronteiras físicas, no qual, conforme a reflexão pontual de Perez Luño, podem ser afetados bens jurídicos relevantes ao convívio social, dentre eles os referentes à liberdade sexual, e, especificamente, os concernentes àexploração sexual infantil por intermédio da elaboração e divulgação de material pornográfico.[25]

23. SILVA, Lilian Ponchio e et al. Op. cit., p. 127.

24. TOTH SYDOW, Spencer. "Pedofilia Virtual" e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. *Revista Liberdades*. n. 1. p. 46. São Paulo: IBCCrim, maio-ago. 2009.

25. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio. Impactos sociales y jurídicos de Internet. In: *Argumentos de Razón Técnica*, n. 1. 1998. p. 35. Citando as reflexões de Pérez Luño para corroborar que

Percebe-se um consenso doutrinário em admitir um caráter industrial em larga escala e altíssima velocidade aos delitos praticados, dadas as facilidades de difusão que oferecem as novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC), convertendo-a, segundo Breier, no paraíso dos pedófilos.[26] Advirta-se que não se está diante de novas figuras típicas (como é o caso da pornografia infantil). Trata-se, da modernização de práticas existentes ao longo da história,[27] atualmente facilitadas pela particularidade dos meios empregados que propiciam um modo operativo mais abrangente aos seus agentes, interagindo com outras figuras delitivas (pense-se nos crimes vinculados a uma organização criminosa) e dificultando a identificação, ao dar azo a um caráter transnacional.[28] Daí porque é uma realidade inegável que a Internet se converteu no instrumento principal pelo qual os pedófilos intercambiam arquivos de vídeos e fotografias de menores, superando as fronteiras dos diferentes Estados, implicando numa exploração sexual das crianças num cenário global.[29]

---

o fenômeno da pornografia infantil é um "flagelo mundial" que se expandiu em razão das facilidades de difusão propiciadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação (TIC), vide GÓMEZ, Leopoldo S. M. *El delito de pornografía infantil*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012. p. 13 e ss. Segundo Morillas Fernandez, a propagação da Internet e do correio eletrônico representou uma revolução nos sistemas de telecomunicações originando novas modalidades delitivas. Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 21 e ss.

26. TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Op. cit., p. 103. O DSM-IV, Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (2002) inclui a pedofilia como manifestação de uma parafilia que, por sua vez, se engloba como um transtorno sexual. De acordo com Jorge Trindade: "*As parafilias caracterizam-se pela busca de satisfação sexual através de meios inadequados. Uma delas é a pedofilia, na qual a inadequação reside na escolha de criança como objeto de satisfação sexual, assim como na condição de risco em que naturalmente a coloca*". Idem, p. 32. Conforme as ponderações de Bianchini, insta observar que a Pedofilia é uma perversão: "O perverso sofre de um desvio de comportamento. O indivíduo pedófilo é um adolescente ou um adulto que padece de perversidade. Esses indivíduos sentem-se sexualmente atraídos por crianças impúberes (sem características femininas ou masculinas adultas). A Organização Mundial da Saúde considera a pedofilia não só como desvio sexual, mas como desordem mental e de personalidade. Assim, como se vê, o Direito, e mais especificamente o Direito Penal, deve considerar a questão de forma bastante cautelosa". BIANCHINI, Alice. In: *Prefácio* ao livro *Pedofilia e Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes*, de SILVA, Lilian Ponchio et al., p. 9.

27. Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *Análisis Dogmático y Criminológico de los delitos de Pornografía Infantil*, p. 458; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *Pornografía infantil en la red*. Fundamento y limites de la intervención del Derecho Penal. México D.F: Ubijus Editorial, 2008, p. 8.

28. MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. Op. cit., p. 458. Também FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Derecho Penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jovenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 16 e 17; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Op.cit., p. 13; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Op. cit., p. 299.

29. GÓMEZ, Leopoldo S.M. Op. cit., p. 13. Nestalinha, Breier pondera que "a Internet só agravou a difusão da pornografia infantil, em virtude da facilidade da proliferação onde qual-

Esta problemática adquiriu relevância no nosso ordenamento legal com a entrada em vigor da Lei 10.764/2003,quando o legislador, embora com atraso, atentou-se à célere expansão da utilização da Internet incluindo este meio tecnológico no núcleo do tipo do art. 241 do ECA. Significativo é constatar o recrudescimento do apenamento que, de uma sanção de reclusão de um a quatro anos, passou para de dois a seis anos, inaugurando um tipo qualificado com pena de três a oito anos de reclusão (§ 2.º, I e II, art. 241).

A doutrina pátria reconhece[30] que a reforma legislativa promovida com a Lei 11.829, de 25.11.2008, alinhou nossa normativa com as tendências internacionais orientadas a reprimir a mal denominada "pedofilia virtual".[31] As modificações inseridas nos arts. 240 a 241-E do referido Estatuto, denotam a devida preocupação do legislador com a matéria, albergando nas figuras típicas todo o *iter* da pornografia infantil via internet, circunstanciada desde a produção, comercialização, divulgação, publicação, posse e armazenamento. Diga-se ainda que referida reforma possibilitou uma atuação ativa dos provedores de serviços da Internet que passaram a colaborar na identificação dos autores das práticas delitivas.[32]

Aponte-se que a utilização nociva da Internet, integra as conclusões e recomendações vertidas pela assim denominada CPI da Pedofilia,[33] instaurada no Senado Federal em 2008, com expresso objetivo de investigar e apurar a utilização da rede para "prática de crimes de pedofilia" bem como a relação desses ilícitos com o crime organizado. O relatório final desta CPI, além de traçar a descrição crítica de uma realidade que superestima a resposta jurídico-penal, também está atenta ao alcance dos novos cenários inaugurados pela perspectiva do fenômeno *internet-grooming*.[34]

De fato, esse uso generalizado das novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC), notadamente pelos mais jovens, gerou uma nova forma de relacionamento social, trazendo consigo uma excessiva exposição da personalidade num espaço virtual sem fronteiras por meio dos provedores de serviços de redes sociais

---

quer pessoa, em qualquer parte do mundo, a qualquer momento, poderá ter acesso a esse tipo de material". Vide: TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Op. cit., p. 103.

30. TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Idem, p. 115; TOTH SYDOW, Spencer. Op. cit., p.46.

31. TOTH SYDOW, Spencer. Idem, ibidem. Recordando que ainda há um longo percurso de equiparação a ser seguido pelo legislador pátrio nesta matéria. Para citar um exemplo, o Brasil ainda não subscreveu a Convenção dos Cibercrimes assinada em Budapeste em 2001.

32. TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Op. cit., p.116.

33. O termo usado pela CPI, "pedofilia", é reducionista e não reflete toda a problemática que engloba as agressões contra os infantes e adolescentes, aproximando-se de um Direito penal do autor que teria como objeto o estudo de uma perversão desviante.

34. Relatório Final da CPI. p. 97 e ss. In: [www.senado.gov.br/noticias/.../pdfs/relatoriofinalcpi-pedofilia.pdf], acessado no dia 20.09.2013.

como Facebook, Twitter, blogs etc.[35] Como assevera Agustina, junto a essa revolução tecnológica do consumo em massa dos novos instrumentos de comunicação, houve a perda do sentido da privacidade, propiciando concomitantemente o incremento dos comportamentos delitivos já mencionados.[36]

Neste âmbito de incidência, também poderiam ser enquadrados os chamados *sexting*[37] e *ciberbullying*,[38] no marco de comprovação da frágil integridade sexual e psicológica das crianças e adolescentes. Contudo, cumpre recordar que ambos os fenômenos reclamam uma acentuada política de prevenção primária atrelada a uma conscientização pelo bom uso dos TICs, envolvendo desde a responsabilidade familiar, passando pela escolar e desaguando no Poder Público.[39] Esta orientação restringiria a exposição dos hipossuficientes a um mínimo tolerável preservando a vulneração a direitos fundamentais. Com isso, afastar-se-ia oportunamente qualquer pretensa manifestação repressiva por meio da norma penal.

---

35. Sob o viés estritamente sociológico ainda urgem estudos que apontem os efeitos negativos da exposição excessiva das pessoas na rede, sem a mínima reserva e preservação da intimidade e da privacidade, principalmente quando se trata de crianças e adolescentes.

36. Agustina, José R. Debe perseguir se penalmente la pornografia producida por y entre menores?. In: *La pornografia sus efectossociales y criminogenos*. Montevideo: BdeF, 2011. p. 87-88.

37. Agustina se apoia na contribuição de McLaughlin, para definir o *sexting* como "o fenômeno que englobaria as condutas ou práticas entre adolescentes consistentes na produção por qualquer meio, de imagens digitais, nas quais apareçam menores em estado de nudez ou seminudez, e na sua transmissão a outros menores, seja por meio de telefone celular, correio eletrônico, ou mediante a disposição a terceiros através de Internet (por exemplo, postando fotografias ou vídeos em sítios como Facebook ou MySpace)". Vide AGUSTINA, José R. Op. cit., p. 90.

38. Conforme Joaquin J. Marco, o *ciberbullyng* é uma variante do *ciberassédio* na qual uma criança ou um adolescente atormenta, ameaça, fustiga, humilha, molesta, uma outra criança ou adolescente fazendo uso da Internet, telefone celular ou outra tecnologia telemática de comunicação. Trata-se, portanto, de um assédio psicológico entre iguais sendo fundamental que ambos protagonistas sejam crianças ou adolescentes. Cfr. MARCO, Joaquin J. Menores, Ciberacoso y Derecho de la Personalidad. In: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet* (Cord. Javier García Gonzáles). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 99.

39. Para Pardo Albiach: "Es obligación de todos, cada uno desde sus posiciones, el informar a las nuevas generaciones que se incorporan a esta sociedad electrónica, de cuáles son los benefícios y perjuicios de la utilización de las tecnologias de la información. Como deben ser éstas utilizadas y cuál es su fin, y en todo momento saber cuales son los limites a los que nos debemos someter en favor de mantener derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, a la privacidad y a la propriedad industrial". Vide PARDO ALBIACH, Juan. Ciberacoso, Cyberbullyng, redes sociales y otros peligros. In: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet* (Coord. Javier García Gonzáles.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 81. Quanto ao bloqueio de acesso à material pornográfico na rede, vide DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Op. cit., p. 292-294.

Devidamente tem se indicado que o mau uso da Internet – por adultos interessados sexualmente em crianças – é meio hábil para a prática de condutas que podem ser assim classificadas: a) difundir as imagens de natureza sexual envolvendo menores, inclusive com fins comerciais; b) para estabelecer contatos e participar de redes sociais com outras pessoas com idêntico interesse sexual por crianças; e, c) finalmente, para participar de comunicação sexual imprópria com criança ou ainda para localizá-las visando o cometimento de abusos.[40] É neste último contexto, que, por excelência, pode-se identificar a incidência da figura do *grooming* preordenado para condutas ulteriores.

Deste modo, a problemática concernente ao *Internet Grooming* ou *Child Grooming*,[41] definido como o conjunto de estratégias usadas por uma pessoa adulta para ganhar a confiança de uma criança através da Internet, visando obter concessões de natureza sexual voluntárias ou forçadas[42] ou, em termos mais simples, a preparação sexual de menores através do uso das TICs,[43] traz consigo aspectos de relevante interesse na perspectiva da dogmática penal. Seja no tocante ao alcance da conduta incriminadora (pois na sua essência o aliciamento, o assédio ou o intento de aproximação é sempre um ato preparatório), seja quanto aos diversos entendimentos em matéria de concurso de crimes,[44] ou ainda nos documentos in-

40. Cfr. Cortés Díaz, Lina Mariola. El denominado "Child Grooming" del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio. In: *Boletín del Ministerio de Justicia*. n. 2138. Enero 2012. p. 4 e 5. Também disponível em: [www.mjusticia.gob.es/cs/.../ListaPublicaciones.html], acessado em: 09.08.2013.

41. Para uma ampla compreensão do problema do *Child Grooming*, vide: [www.europeanonlinegroomingproject.com], acessado em: 09.08.2013.

42. Vide Fernández Teruelo, Javier Gustavo. Op. cit., p. 153; Ramos Vásquez, José Antonio. *El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*. Disponível em: [www.mjusticia.es/cs/Satellite/1292344178 76?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Di], acessado em: 10.08.2013; Crisafi, Marina et al. *Pedofilia. Disciplina, tutele e strategiedi contrasto*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 163. Acertadamente na Itália, as organizações dedicadas à prevenção de referido fenômeno, têm divulgado o seguinte conceito: "un processo attraverso i quale il potenziale abusante 'cura' (grooms) la possibile vittima inducendola gradualmente a superar le proprie resistenza attraverso tecniche di manipolazione psicológica e seduzione affettiva al fine di poter ottenere un encontro offline a scopo sessuale" Vide: *Abuso Sessuale dei minori e nuovi media: spuntiteórico-pratici per glioperatori*, p. 22. In: [www.savethechildren.it] acessado em: 11.08.2013.

43. Gonzáles Tascón, Maria Marta. El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC. In: *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XXXI. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2011. p. 215. Para Cortés Díaz, o fenômeno do *Child grooming* é basicamente um "contacto TIC preordenado a la actividad sexual con menores". Vide: Cortés Díaz, Lina Mariola. Op. cit., p. 8.

44. Serrano Gonzáles de Murillo, José Luis. La regla concursal expresaenel delito de asechanza telemática. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2012. p. 387 e ss.

ternacionais motivadores da sua previsão tipológica, sem ignorar também os questionamentos decorrentes da aplicação da norma adjetiva.

Para desvendar intrincadas controvérsias, torna-se imperiosa aanálise do tratamento legislativo conferido a este fenômeno, designado pela expressão inglesa "child grooming",[45] denominado pela normativa italiana como "il reato di adescamento di minori online",[46] ou simplesmente "ciberacoso sexual", como preferem os espanhóis.[47] Após uma breve incursão na experiência comparativa, poderemos direcionar a reflexão sobre a procedência do *caput* do art. 241-D do ECA, com o escopo de confirmar se efetivamente entre nós esse preceito citado albergaria as condutas que perpassam o *grooming*.

3. A RECEPÇÃO DA TIPOLOGIA DO *INTERNET GROOMING* OU *CHILD GROOMING* A PARTIR DO ÂMBITO SUPRANACIONAL

Um dos primeiros documentos internacionais que contextualizam o fenômeno da conduta do *online-grooming* é a Convenção Europeia para a proteção das crianças contra a exploração e o abuso sexual, de 25.10.2007 do Conselho de Europa, conhecida como Convenção de Lanzarote.[48] No preâmbulo desta Convenção está

45. Recorda Ramos Vásquez, que na maioria das legislações anglo-saxônicas, não se pune o *grooming* em si mesmo (considerado como a fase de elogios, conversas, presentes etc.), mas sim a preparação de um delito sexual e, por conseguinte, a prova num processo restará em torno não sobre se existiu o *grooming*, mas se este estava preordenado ao abuso. Vide RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 9. Reforçando esta apreciação vide CORTÉZ DIAS, Lina Mariola. Op. cit., p. 7-8.

46. SALVADORI, Ivan. *Possesso di pornografia infantile, acesso a siti pedopornografici, child-grooming e tecniche di anticipazione dela tutela penale*. p. 26. In: [www.giappichelli.it/stralcio/3481877.pdf] acessado no dia 10.08.2013; CRISAFI, Marina et al. Op. cit., p. 166.

47. RAG UÉS I VALLÈS, Ramon. Delitos contra la libertad e Indemnidad Sexuales. In: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Dir. Jesús-Maria Silva Sánchez.) 3. ed. Barcelona: Atelier, 2011. p. 131. Também FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Op. cit., p. 153. Na lição de Tamarit Sumalla, o art. 183 *bis* do CP, é um tipo delitivo "de acoso cibernetico de menores". Cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. Op. cit., p. 171. Em contrário a esta denominação, vide RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 15. Sobre a concreta dimensão do *grooming* na Internet vide PARDO ALBIACH, Juan. Op. cit., p. 58.

48. Entre as iniciativas legislativas adotadas na União Europeia em matéria de luta contra a pornografia infantil, merece especial referência a Decisão marco 2004/68/JAI, a qual já previa uma antecipação da tutela penal nesta matéria. Quanto ao valor da Decisão Marco, diga-se que vincula aos Estados quanto aos resultados, deixando liberdade de meios. Significa que o Direito interno deve ser interpretado conforme a Decisão, malgrado esta não tenha efeitos diretos. Entretanto a Convenção de Lanzarote além de ter uma maior força vinculante revogou as propostas estampadas na Decisão quadro 2004/68/JAI. Cfr. GONZÁLES TASCÓN, Maria Marta. Op. cit., p. 222; SALVADORI, Ivan. Op. cit., p. 22; FERNÁNDEZ

devidamente registrada a constatação de que a exploração e o abuso sexual têm adquirido *proporções inquietantes a nível nacional e internacional nomeadamente no que se refere ao uso crescente das tecnologias da informação e comunicação tanto pelas crianças como pelos autores das infrações penais, e que a cooperação internacional se mostra fundamental para prevenir e combater a exploração e o abuso sexual de crianças.*[49] A clareza da motivação deste diploma legal não deixa dúvidas ao apontar o incremento dessas condutas delitivas e mesmo quando reclama a necessidade de uma maior cooperação judicial como mecanismo indispensável de políticas de prevenção.[50] Observa-se que o Capítulo VI desta Convenção é dedicado exclusivamente ao Direito Penal material, conclamando aos Estados-membros a devida incriminação das condutas dolosas de abuso sexual (art. 18), de prostituição de menores (art. 19), a pornografia infantil (art. 20), a participação de crianças em espetáculos pornográficos (art. 21) e a corrupção de menores (art. 22).

Finalmente neste âmbito se constata a previsão de incriminação de dois atos preparatórios. O primeiro diz respeito ao mero acesso através das TICs a sítios pornográficos (art. 20, par. 1, letra *f*) e o segundo se refere a tipificação como delito autônomo da conduta do adulto que usa as TICs, especialmente a Internet, para propor de forma dolosa a uma criança um encontro com o fim de cometer contra ela determinados delitos de abuso ou exploração sexual. É o que se depreende do art. 23 (*solicitacion of children for sexual purposes – abordagem de crianças para fins sexuais*), que expressamente disciplina o *grooming*.[51] Resta evidente que as escolhas

---

TERUELO, Javier Gustavo. Op. cit., p. 153; CRISAFI, Marina et al. *Op. cit.*, p. 165 e 166; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 8; CORTÉZ DIAS, Lina Mariola. Op. cit., p. 4; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Op. cit., p. 26-27.

49. Vide o Preâmbulo da Convenção de Lanzarote.

50. Observe-se que a Convenção de Lanzarote de 25.10.2007 do Conselho de Europa, tem igualmente presente o art. 34 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989) e o Protocolo Facultativo a essa Convenção relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil (Nova York, 2000);ademais do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e punição do Tráfico de Pessoas em especial de mulheres e crianças; e a Convenção da Organização Mundial do Trabalho sobre a interdição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil. Além de indicar outros instrumentos e programas jurídicos com relevância nesta área, o Programa de Ação de Estocolmo, adotado quando do Primeiro Congresso Mundial contra a exploração sexual das crianças com fins comerciais (agosto de 1996), dentre outros. Significa a presença de um marco normativo internacional apto a possibilitar a incidência da norma penal para a proteção do desenvolvimento normal da criança no Estado Democrático de Direito.

51. A redação do art. 23 é a seguinte: "Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infração penal o fato de um adulto propor de forma dolosa, através de tecnologias de informação e comunicação um encontro a uma criança que não tenha atingido a idade estabelecida em aplicação do n. 2 do art. 18, com a finalidade de

de política criminal direcionam-se em favor de uma antecipação da tutela penal, não prevendo a faculdade de formular reservas por parte do legislador nacional, no tocante a esta opção de normas incriminadoras.

Ressalte-se que as determinações desta Convenção, alertam acerca da necessidade de implementação de políticas de prevenção e de proteção aos interesses das vítimas em qualquer fase da investigação e dos procedimentos (art. 31), objetivando estabelecer programas e estruturas multidisciplinares de apoio às vítimas no decorrer de um processo relativo a tipos estabelecidos em conformidade com referido diploma.[52] Não exagera Salvadori quando afirma que a Convenção de Lanzarote: "rappresenta oggi uno degli strumenti più avanzati a livello Internazionale nella lotta alla pornografia infantile".[53]

Ao refletir sobre a escolha em favor da antecipação da tutela penal a atos preparatórios – conferindo um tratamento delitivo autônomo ao fenômeno do *child grooming* – Gonzáles Tascón aponta o caráter inovador oriundo das TICs, para respaldar a orientação de política criminal esboçada na Convenção de Lanzarote.[54] Para isso, apresenta uma descrição objetiva da prática assumida por essa modalidade delitiva antes do desenvolvimento das TICs, ou seja, o autor não precisa mais percorrer espaços físicos (esperar na saída da escola, parques, centros comerciais e esportivos etc.) para obter a confiança de uma criança com a finalidade de satisfazer sua própria lascívia. O surgimento do ciberespaço implicou novas formas de contatos além das vantagens que a rede virtual oferece: anonimato, maior possibilidade de encobrir sua própria identidade, comunicação em tempo real que torna as

---

cometer nesse encontro qualquer uma das infrações estabelecidas em conformidade com a alínea *a* do n. 1 do art. 18 ou com a alínea *a* do n. 1 do art. 20, desde que esta proposta seja seguida de atos materiais que visem a tal encontro". Vide a respeito CRISAFI, Marina et al. Op. cit., p. 166.

52. Anote-se que as recomendações também se orientam à punição de entes coletivos (art. 26) as inovações no campo das consequências jurídicas proporcionadas e dissuasivas. Dentre elas cite-se a colocação sob vigilância judiciária (art. 27, II, letra *c*), e prazos maiores de prescrição para permitir a instauração efetiva do procedimento penal após o momento em que vítima tiver atingido a maioridade (art. 33). O capítulo VIII se destina ao Registro e armazenamento de dados de pessoas condenadas por delitos de natureza sexual. Os princípios gerais sobre a cooperação internacional nesta matéria descritos no Capítulo IX mereceriam um espaço próprio de reflexão pelo seu alcance na prevenção, proteção e assistência às vítimas, bem como na fase da investigação e nos procedimentos. É mister informar que a entrada em vigor da Lei 12.650/2012, conhecida como "Lei Joana Maranhão" que alterou o art. 111 do CP pátrio, está em sintonia com o enunciado do art. 33 da Convenção do Conselho de Europa.

53. SALVADORI, Ivan. Op. cit., p. 21.

54. Cfr. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Op. cit., p. 221; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 8.

condutas do adulto menos arriscadas e, consequentemente, potencializam o perigo para as vítimas.[55]

A estratégia de aproximação de uma criança por parte de um adulto – utilizando-se das TICs – poderá consistir na busca de informações ou dados pessoais e do seu entorno de amizade, servindo-se de outros mecanismos de informática (por exemplo, encaminhando a vítima a um programa capaz de copiar a senha de acesso do seu computador e os respectivos arquivos) que permitam postar ameaças objetivando um encontro físico, a fim de cometer algum ato constitutivo de abuso ou agressão sexual.[56] Diga-se com isso, que o *grooming* representa um método de persuasão o qual se vale de técnicas de manipulação psicológica com o fito de reduzir a tênue expressão da vontade infantil, uma vez que a criança é induzida gradualmente a vencer as resistências, até admitir como normais relações sexuais entre adultos e menores.[57] Dessume-se das técnicas de manipulação de convencimento a exposição a material pornográfico, diálogos impróprios estabelecidos por meio da Internet ou mesmo por telefone e demais atividades rotineiras, cujo conteúdo insidioso não é transparente, propiciando uma mútua confidencialidade a denotar uma perversa e dissimulada vinculação afetiva.

Oportunamente tem se destacado que esta antecipação da tutela penal (tipificando atos preparatórios) representa a reação do legislador a uma prática surgida com a Internet, isto é, a conduta de adultos que se aproveitando do uso constante das redes sociais entre menores, se fazem passar por quem não são, objetivando obter a confiança da vítima e estabelecer um contato pessoal de cunho sexual.[58] Nesta toada, Ramos Vásquez, frisa que a estrutura típica desta modalidade delitiva contém dupla circunstância:atos de aproximação por parte de um adulto a uma criança por meio da Internet acompanhada da finalidade de facilitar a comissão de um delito sexual. Esta seria, resumidamente, a essência do *grooming* como conceito jurídico.[59]

---

55. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Op. cit., p. 216-217. A respeito dos riscos da navegação pela Internet por parte das crianças, considerando que as mesmas agem em uma dimensão de ausência de supervisão e de fragilidade psicológica na qual o espaço temporal tende a dissolver-se, vide CIFALDI, Gianmarco. *Pedofilia tradevianza e Criminalità*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 71 e ss.

56. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Op. cit., p. 218.

57. CRISAFI, Marina et al. Op. cit., p. 163.

58. CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 10; CIFALDI, Gianmarco. Op. cit., p. 94-95; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 2.

59. RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 4. Com propriedade, adverte que nesta classe de tipos penais o importante não é tanto a realização da conduta ulterior, mas sim a pura intenção do sujeito, resultando difícil, na prática, comprovar esses elementos intencionais. Idem, ibidem.

Após definiras margens precisas do *online child-grooming*, partindo de um referencial supranacional com caráter vinculante, e com o devido respaldo doutrinário, buscar-se-á identificar se esta categoria de incriminação de atos preparatórios (ou seja, a manipulação psicológica através das TICs), encontra-se penalmente sancionada nos diversos Estados-membros receptivos aos postulados da Convenção de Lanzarote e de outras legislações esparsas, para, numa análise comparativa, compreender o alcance desta orientação de política criminal. Ao mesmo tempo, olhos postos na perspectiva da doutrina da proteção integral, verificar se sua receptividade legal constitui uma efetiva tutela da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.

4. A CONVENÇÃO DE LANZAROTE E A PROJEÇÃO DE SEUS EFEITOS NOS ORDENAMENTOS NACIONAIS

Apesar do seu caráter vinculante[60] a irradiação dos efeitos da Convenção de Lanzarote – em matéria de incriminação do fenômeno do *Child Grooming* (art. 23) – não obteve a massiva acolhida nos Estados-membros que ratificaram até o momento os postulados dessa fonte regional.[61] Neste contexto, a legislação espanhola[62] e a italiana,[63] constituem verdadeira exceção. Quadro diverso é descrito nos sistemas de direito anglo-saxão, onde esse fenômeno delitivo acabou devidamente contemplado.[64]

Uma análise dos sistemas legais que recepcionaram a incriminação do uso das TICs deve ser feita com objetividade em virtude da novidade que referida tipificação representa, e, sobretudo, considerada a perspectiva temporal (a lei penal espanhola é de 2010 e, a italiana, de 2011), poderá se compreender uma eventual divergência de entendimentos no âmbito doutrinário,[65] refletida em escassas de-

60. TAMARIT SUMALLA, Josep María. Op. cit., p. 171; SALVADORI, Ivan. Op. cit., p. 22; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Op. cit., p. 297; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 8.

61. Para mais informações sobre o número de países europeus que ratificaram a Convenção de Lanzarote, vide SALVADORI, Ivan. Op. cit., p. 21, nota 8.

62. O legislador espanhol, com a Lei orgânica n. 5/2010, de reforma do Código Penal, sancionou o *Child Grooming* no seu art. 183 *bis*.

63. Na normativa italiana, vide o art. 606 – *undecies* do Código Penal. Sobre o *iter* parlamentar deste dispositivo, vide Crisafi, Marina et al. Op. cit., p. 166.

64. Apresentando a legislação australiana, inglesa, do País de Gales e da Irlanda do Norte, vide a análise comparativa propiciada por GONZÁLES TASCON, María Marta. Op. cit., p. 223 e ss. Vide também RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 3. Quanto a inserção do *grooming* na legislação penal do Canadá, de 1985, vide a figura do *Leurre* (*Luring a Child*) prevista no art. 172.1: "Commet une infraction quiconque communique au moyen d'un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(avec) (...)".

65. Sobretudo no tocante à doutrina penal espanhola onde o art. 183 *bis* recebe críticas acirradas por violar o princípio da intervenção mínima, vide CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p.

cisões jurisprudenciais,[66] em decorrência da inovação promovida pela *fattispecie dell'adescamento*:[67]

Aponte-se inicialmente o tratamento conferido pela legislação espanhola observando que a técnica de antecipação de tutela utilizada para tipificar a conduta objetiva do *Child Grooming* ou do *assédio sexual cibernético* se insere na tendência geral do *incremento da resposta penal e a criminalização das ofensas à liberdade e à integridade sexual*.[68] Este é um pressuposto inarredável (verificado tanto na perspectiva nacional quanto na internacional) com o qual se iniciaram estas reflexões.[69] Pois bem, a Lei Orgânica espanhola n. 5/10, de 22.06.2010, representou uma inovação em matéria de delitos de natureza sexual,[70] conduzindo à introdução de um novo capítulo no Título Oitavo (*Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*) do CP de 1995, denominado "*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*" (Cap. II *bis*). Este capítulo é considerado por Tamarit Sumalla, um dos mais importantes dentre os promovidos pela reforma de 2010.[71]

Restritos às inovações trazidas nesse quadro, cumpre assinalar que sua composição está delimitada a dois artigos. O primeiro deles é inaugural com a descrição de condutas que atentem contra a "indemnidad sexual" do menor de 13 anos (art. 183). Uma compreensão do bem jurídico da "indemnidad", ou entre nós, da *imunidade (no sentido da não aptidão consensual à prática sexual pela própria limitação etária)*[72] está atrelada à concepção de se evitar o envolvimento do menor num con-

---

10; TAMARIT SUMALLA, Josep María. Op. cit., p. 172; SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis. Op. cit., p. 398 e ss.

66. Na Itália a problemática do aliciamento a menores antes da vigência da Legge. 01.10.2012, n. 172, recebia o devido tratamento pelos Tribunais na figura do art. 600 – *ter* do Código Penal. Vide a decisão da Cass. pen. 5.3.2009. n. 15927. Referida sentença de 2009 advertia a necessidade de uma norma que tratasse de forma autônoma o "*adescamento di minori*". Sobre a influência desta decisão, vide CRISAFI, Marina et al. Op cit., p. 164-165.

67. Cfr. SALVADORI, Op. cit., p. 28.

68. TAMARIT SUMALLA, Josep María. Op. cit., p. 166; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 120. Descrevendo esta tendência já espelhada a partir da LO 15/2003, Vide DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. cit., p. 192 e ss.

69. Vide texto da nota 1 *supra*.

70. Apresentando uma leitura sistemática da reforma espanhola em matéria de delitos sexuais, vide inicialmente CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 6-20.

71. Vide TAMARIT SUMALLA, J. M. Op. cit., p. 169. Quanto a normative espanhola de 1995, vide MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 11. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 173 e ss. Sobre as diversas reformas operadas após 1995, vide CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 1-5.

72. Esclareça-se que na língua castelhana, o uso da palavra *indemnidad* (significando "livre de dano ou de prejuízo") é diverso do termo *inmunidad* (significando "isento de certos grava-

texto sexual sem que a tais efeitos importe um aparente consentimento,[73] afetando ao mesmo tempo a sua formação e o desenvolvimento da sua personalidade. Sobre o bem jurídico tutelado nesta modalidade típica, a doutrina penal espanhola tem sustentado a tese de que não se poderia falar, neste caso, da "liberdade sexual" da criança ou adolescente, pois ambos carecem de autodeterminação.[74] Nesse sentido, tem se sustentado que a conduta típica básica do art. 183 afetaria um aspecto diverso da liberdade sexual, qual seja o da imunidade, percebida na ideia da construção da liberdade do menor no futuro.[75] Diga-se que o reconhecimento deste conceito "fragmentado" de bem jurídico (imunidade sexual), não propicia um eventual questionamento quanto à legitimidade da atual política criminal na matéria. Aliás, como assevera Cancio Meliá, esta não é uma questão decisiva, interessando constatar se as condutas descritas são suscetíveis de constarem legitimamente do arcabouço jurídico-penal.[76]

Concernente ao segundo, eis a descrição do assédio sexual cibernético a menores de 13 anos, conforme o modelo legal espanhol: art. 183 *bis*: "aquele que por meio da Internet, de telefone ou de qualquer outra tecnologia de informação e comunicação entre em contato com um menor de 13 anos e proponha um encontro com o mesmo, a fim de cometer qualquer dos delitos descritos nos arts. 178 a 183 e 189, sempre que esta proposta esteja acompanhada de atos materiais direcionados a uma aproximação, será punido com a pena de um a três anos de prisão ou multa, de 12 a 24 meses, sem prejuízo das penas correspondentes aos delitos já praticados. As penas se aumentarão na metade quando a aproximação se obtenha mediante coação, intimidação ou fraude".[77]

Dessume-se, quanto à objetividade jurídica deste dispositivo, que as considerações vertidas em favor do tipo básico, serviriam à conduta incriminadora do art. 183 *bis*. Ou seja, o bem jurídico estaria refletido na proteção da imunidade sexual[78] e do uso seguro das TICs por parte das crianças, visando favorecer o desenvolvimento dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e de comunicação.[79] Tem se propalado que as razões de política criminal aptas a demonstrar a existência

---

mes, encargos ou penas"), que ao ser em confrontados com a língua portuguesa, encontra na palavra *imunidade* o sinônimo ideal para ambos significados.

73. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 130.

74. Em relação com a lei anterior, vide os questionamentos de MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 178.

75. Cfr. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Op. cit., p. 232.

76. CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 9.

77. Trad. livre.

78. Cfr. GONZÁLES TERUELO, Javier Gustavo. Op. cit., p. 155.

79. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Op. cit., p. 242.

de um segundo bem jurídico (além da imunidade), advêm dos riscos que apresentaria o fenômeno do *Child Grooming* ao demonstrar a vulnerabilidade das crianças que utilizam as TICs, demandando-se medidas de prevenção para garantir o uso confiável de tais instrumentos.[80]

No tocante ao sujeito ativo, a norma incriminadora não exige nenhuma qualidade especial, podendo abarcar qualquer pessoa. Saliente-se, neste ponto, a disposição do art. 23 da Convenção de Lanzarote, que delimitava sua abrangência unicamente à figura do adulto. Por tal motivo, na doutrina penal espanhola se exige uma leitura restritiva desta figura típicapara excluir do seu alcance os adolescentes ou maiores de 13 anos.[81] O exemplo é singelo: pense-sena realização de atos de aproximação mediante o uso das TICs, realizados por um adolescente de 14 anos tendo uma menor de 12 no papel da vítima. Tal como se encontra registrado na doutrina, a intenção do legislador espanhol, quando elevou à categoria de delitos determinados atos preparatórios até o momento considerados impunes em matéria de crimes sexuais, direcionava-se a pessoas adultas e não aos adolescentes por não possuírem estes últimos, capacidade suficiente para uma reprovação penal.[82] Em relação ao sujeito passivo, o preceito afeta apenas aos menores de 13 anos, limitando sobremaneira sua possibilidade de aplicação.[83]

Diga-se, valendo-sedas palavras de Tamarit Sumalla, que o tipo apresenta uma estrutura caracterizada pela sua incongruência em razão do excesso subjetivo, pois se exige uma intenção transcendente aos fatos e cuja manifestação é demandada no plano da tipicidade objetiva.[84] Transparece na descrição do preceito um elemento de tendência "a fim de cometer os delitos descritos nos artigos 178 a 183 e 189".[85] A doutrina tem assinalado este delito como um tipo misto cumulativo no qual se exigem os seguintes atos:[86] a) entrar em contato com um menor de 13 anos por meio das TICs; b) propor marcar um encontro com o menor, a fim de praticar um delito de natureza sexual; c) realizar atos materiais encaminhados à aproximação.

---

80. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Idem, ibidem. No que tange a segurança da navegação na Internet por uma criança, conveniente é a observância das regras propostas por CIFALDI, Gianmarco. Op. cit., p. 96-99.

81. Vide CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 10; GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Idem, ibidem. Considere-se todavia que Gonzáles Teruelo, admite a possibilidade de outros jovens menores de idade atuarem como sujeitos ativos deste delito. Vide GONZÁLEZ TERUELO, Javier Gustavo. Op. cit., p. 156.

82. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Op. cit., p. 243.

83. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 131; CANCIO MELIÁ, Manuel. Idem, ibidem.

84. TAMARIT SUMALLA, Josep María. Op. cit., p. 171.

85. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. Idem, ibidem.

86. RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p.12; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Op. cit.*, p. 156.

Pode-se deduzir de uma simples leitura desta modalidade típica, pontuais questionamentos de natureza dogmática, capazes de atestar, no mínimo, um certo açodamento por parte do legislador no momento da redação.[87] Inicialmente, confira-se que na demanda da segunda ação (propor marcar um encontro com fins de natureza sexual), exige-se uma resposta do menor, não podendo se vislumbrar qualquer tipo de ação como o mero envio de mensagens, às vezes sequer respondidas. Ademais o preceito insta por um ato que supere o contato virtual e se passe para o espaço físico, mesmo que a vítima não se faça presente.[88] Uma reflexão mais acurada sobre esta ação nos permite descartar a relevância penal das proposições pouco sérias.[89]

Quanto aos "atos materiais direcionados a uma aproximação", Ramos Vásquez tem defendido ser este um "elemento chave e inovador", pois apenas com a sua configuração poderá entender-se consumado o delito.[90] Como bem observou Gonzáles Tascon, esta última ação descrita no art. 183 *bis*, tem a particularidade de condicionar a punibilidade da conduta.[91] A interrogante em aberto passaria a ser justamente quanto às características que devem reunir estes atos materiais. Poder-se-ia falar como atos de aproximação, o envio de um cartão postal, de uma caixa de bombom, da entrega de um livro, da permanência nas cercanias da escola do infante para observá-lo detidamente, porém é fácil se depreender que a valoração de tais condutas não resistiriam a um cotejo concreto com o instituto da tentativa.[92] De fato, a exigência de um elemento finalístico (a fim de cometer ulteriores delitos), converte ao art. 183 *bis*, num tipo penal que só pune o *grooming* enquanto atos preparatórios de abusos sexuais. Retomando o pensamento de Ramos Vásquez, não resulta imprescindível que chegue a existir contato sexual, nem sequer que o menor e o sujeito cheguem a se conhecer presencialmente, senão que o delito se entenderá consumado quando, após ter estabelecido contato virtual, e ter-lhe proposto um encontro, o sujeito realize os "atos materiais direcionados a uma aproximação" com finalidade sexual.[93]

É essencial, portanto, para a relevância de atos materiais desta última conduta, na reflexão de Díaz Cortés: "No bastaria con que el adulto entrará en un chat y contactará con el menor, haciéndose pasar por un menor, sino que es necessário que establezca un contacto más cercano en el que luego de haber logrado su confianza le proponga que le remita fotos – o declaraciones – comprometidas (ej

87. CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 10.
88. TAMARIT SUMALLA, Josep María. Op. cit., p. 172.
89. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 131.
90. RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 12.
91. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Op. cit., p. 245.
92. RAMOS VÁSQUEZ, Jose Antonio. Idem, p. 13.
93. RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Idem, ibidem.

semidesnudo/a o declaracione s en matéria sexual) y luego bajo la amenaza de difundirlas le proponga un encuentro con el fin de abusar sexualmente de él".[94]

Considerando que a idade da vítima (menor de 13 anos, sem idade suficiente para consentir validamente relações sexuais)[95] é elemento essencial do tipo, a doutrina espanhola tem delineado que, na hipótese do sujeito ativo apreciar erroneamente que a pessoa com a qual estabelece um contato via TICs, não é menor de 13 anos, haverá a incidência do instituto do erro de tipo, implicando na exclusão da responsabilidade penal. Destaque-se que tal afastamento independe do desconhecimento ser vencível ou invencível, uma vez que a figura em discussão não acolhe a modalidade culposa. Por sua vez, quando o sujeito ativo, equivocadamente, acredita que o menor, com quem mantém contato, ainda não cumpriu os 13 anos, mas em verdade o fez, estar-se-ia num estado de erro em sentido contrário, capaz de conduzir a uma tentativa inidônea. Este não seria o resultado satisfatório por não se admitir neste delito a espécie tentada. Nesta temática, ainda tem se admitido a procedência do erro de proibição quando o sujeito ativo desconhece a existência do delito no ordenamento legal.[96]

Definitivamente a tipificação expressa de atos preparatórios a delitos de agressão ou de abuso sexual contra crianças, tendo como pano de fundo a utilização das TICs, poderá encontrar seu ponto de procedência no elevado índice de preocupação e de alarmismo social levantado pela constatação da facilidade que as TICs possam proporcionar à prática de delitos. Contudo, neste ponto é onde reside uma das maiores resistências em antecipar a punibilidade a meros atos preparatórios, sobretudo quando o legislador espanhol impõe uma regra concursal, conferindo um viés autônomo a este delito. Ou seja, ao não se admitir a modalidade tentada, pretende-se punir autonomamente os atos preparatórios independente da realização dos atos ulteriores, mesmo conhecendo – relevando a figura típica do art. 183 *bis* – que a mera utilização das TICs seria impunível em situações diversas à finalidade ulterior de natureza sexual, e caso estas se realizem, estes delitos fins deveriam absorver o uso daquelas. Eis a pontual ponderação crítica de Serrano Gonzáles de Murillo para quem, ao determinar a imposição da modalidade concursal, o legislador espanhol, arbitrariamente, denotando a ausência de visão sistêmica, menosprezou a regra específica do art. 8 da lei penal – que à diferença de outros ordenamentos – apresenta os critérios para a solução do conflito aparente de normas.[97]

---

94. DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. Op. cit., p. 22. Diga-se que a dedução de Díaz Cortés esta assentada no pensamento de María Martín Lorenzo. Idem, ibidem.

95. O elemento típico, *menor de 13 anos*,denota coerência com a Convenção de Lanzarote de 2007. Vide RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 12. Este autor critica abertamente a exclusão dos incapazes do âmbito de aplicação do preceito. Idem, ibidem.

96. Cfr. GONZÁLES TASCON, María Marta. Op. cit., p. 249.

97. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis. Op. cit., p. 393. De forma idêntica, assaz crítico quanto à opção pela inclusão da *regra concursal* é o pensamento de RAMOS VÁSQUEZ, Jose Antonio. Op. cit., p. 14.

Qual seria, portanto, a razão a justificar o tratamento autônomo, propulsor da intervenção das regras de concurso de crimes? No entendimento de Gonzáles Tascon, poder-se-ia identificar uma justificativa, sob o viés de política criminal, ao se depreender do art. 183 *bis* um bem jurídico lastreado no propósito da "utilização segura da TICs" comprometendo nas crianças o "desenvolvimento da formação e dos direitos fundamentais bem como da liberdade de expressão e comunicação".[98] Esta orientação doutrinária defende a natureza *pluriofensiva* do delito do art. 183 *bis*, ao corroborar que a redação típica da conduta incriminadora albergaria, desta forma, dois bens jurídicos (o da imunidade sexual e o do uso seguro das TICs).[99]

Data máxima vênia, discorda-se de tal orientação, uma vez que assentar uma objetividade jurídica na "segurança informática no uso das TICs", conferindo a essa circunstância uma feição de bem jurídico (além da tutela da imunidade) é desrespeitar frontalmente o princípio da intervenção mínima incorrendo num "tosco punitivismo".[100] Isto porque, ao tratar da carência de visão sistêmica do legislador ao optar pela regra concursal – em menoscabo dos critérios vertidos pela Parte Geral (art. 8 do CP espanhol) em matéria de conflito aparente de normas – restou devidamente apontado que o uso das TICs bem pode ser direcionado à prática de delitos diversos inclusive mais graves (homicídio, extorsão mediante sequestro, fraudes bancárias, dentre outros) e nem por isso se poderá outorgar um revestimento punitivo autônomo a este ato de preparação. Principalmente se a pretensão do tratamento autônomo, propenso a se inserir numa modalidade concursal de crimes, estiver amparada na suposta afetação de dois bens jurídicos.

As ponderações críticas ofertadas por Serrano Gonzáles de Murillo são assumidas *in totum* nesta reflexão.[101] É fato inexorável que há uma miríade de canais de comunicação e meios de aproximação aos menores, não se restringindo em absoluto às TICs, que apenas representam um veículo da contemporaneidade para tais intentos. Aliás, dados estatísticos comprovariam à exaustão que o maior risco a que são expostos crianças e adolescentes advém da proximidade ou da convivência no núcleo familiar. Por tal motivo, deve ser descartado o

98. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. *Op. cit.*, p. 242.

99. Cfr. GONZÁLES TASCÓN, María Marta. Idem, ibidem.

100. Frase de TAMARIT SUMALLA, Josep María. Op. cit., p. 170. Serrano Gonzáles de Murillo compartilha desta opinião, sobretudo, ao tratar da temática concursal inserida expressamente no art. 183, *bis*, do CP espanhol. Vide SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis. Op. cit., p. 391. Defendendo apenas a imunidade sexual como objeto de proteção no art. 183 *bis*, vide FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Op. cit., p. 155.

101. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis. Op. cit., p. 393 e ss.

entendimento de que o art. 183 *bis*, teria a natureza de delito *pluriofensivo*, integrado por dois bens jurídicos autônomos (a imunidade sexual e o uso seguro das TICs) que seriam nesse caso, receptivos, portanto, da incidência de regras atinentes ao concurso de delitos uma vez realizadas as condutas de abuso sexual ou os tipos previstos nos arts. 178 a 183 e 189 do CP espanhol.

Em outras palavras, se estamos a tratar da antecipação da barreira punitiva a um ato preparatório, atendendo a uma orientação de política criminal expansiva nesta matéria, não se pode desconhecer que o bem jurídico do *Child Grooming* é albergado também na objetividade jurídica da conduta ulterior (o abuso sexual efetivo), ou, em uma acepção ampla, a imunidade sexualencontra-se compreendida tacitamente pela liberdade sexual.[102] Portanto, a interpretação admissível quanto à determinação da regra concursal imposta pelo art. 183 *bis*, deverá ser restritiva.[103] Quer dizer: uma vez praticada a conduta ulterior por meio do uso das TICs, incidirá a regra da subsidiariedade expressa e não a do concurso material de delitos.

E a defesa em favor da incidência do critério da subsidiariedade expressa também poderá ser depreendida da visão abrangente quando da presença fática da conduta incriminada no art. 183 *bis*. Isto se presume por uma razão muito simples: raramente poderemos encontrar de forma isolada a conduta do *Child Grooming*. Esta prática estará associada a outras modalidades delitivas de natureza mais grave (neste marco indique-se a violência sexual contra o vulnerável, arts. 179 e 180 do CP espanhol) sem descartar a concretização de outros tipos penais (como, por exemplo, delitos de falso material e ideológico), atrelados teleologicamente a anteriores ou posteriores condutas lesivas.

A contrário senso, quando houver uso restrito das TICs, com o escopo de praticar delitos sexuais com menores não transcendendo o âmbito virtual, restaria enfatizada a conduta vinculada à pornografia infantil. Pondere-se ainda neste ponto, enfatizando sua legitimidade motivada em razões de política criminal, a exigência de dois pressupostos indispensáveis para a constatação do chamado assédio virtual (art. 183 *bis*): a conduta comissiva de aliciamento caracterizada pela intromissão na vida da criança e a presença de um resultado consistente na afetação direta e grave da tranquilidade da vítima. Além deste duplo pressuposto o tipo objetivo requer atos materiais direcionados a uma aproximação tendente a ulteriores condutas sexuais. Depreende-se com isso, o papel preventivo desta figura típica, corroborada pelos critérios meticulosamente demandados para sua configuração como delito autônomo.

---

102. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 8.

103. TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. Op. cit., p. 172.

De forma mais adequada o legislador italiano, recepcionando a diretriz de tipificação externada na Convenção de Lanzarote, por meio da Legge n 172, de 12 de outubro de 2012, conferiu nova redação ao art. 609 *unidicies* e impôs a regra da subsidiariedade expressa ao determinar na descrição da conduta incriminadora "se il fato non constituisce reato più grave".[104] E esta assertiva encontra amparo no alcance pretendido pelo art. 23 da Convenção de Lanzarote, o qual reclama a antecipação da tutela penal de atos preparatórios, contudo sem referendar qualquer iniciativa sobre a possibilidade da aplicação da regra concursal.

Não obstante a constatação de um respaldo legal em instrumentos internacionais que demonstram o suporte das diretrizes de política criminal favoráveis à tipificação do *Child Grooming*, é preciso atentar ao fato de que na experiência comparativa, as considerações críticas atinentes ao bem jurídico, a configuração do preceito com diversas condutas, da apreciação da prova para caracterizar o elemento subjetivo final, da regra concursal etc., propiciam pertinentes reparos de matizes dogmáticas principalmente quando se busca legitimar a antecipação da punição de atos preparatórios. Não é um campo fácil. Aliás, a ausência de uma reflexão mais apurada tanto no que se refere ao desvalor da ação quanto ao desvalor do resultado deste injusto, poderá dar margem à incursão imprópria de transformar esta modalidade delitiva num tipo meramente simbólico ao atender discursos midiáticos que, via de regra, endossam propostas punitivas direcionadas aos chamados "pedófilos", como a solução de todos os males. Essa antecipação da barreira punitiva, poderá estar mais condizente com um Direito penal do autor do que com o um Direito penal do fato, em claro desprezo ao princípio da lesividade.[105]

5. A RECEPTIVIDADE DA FIGURA DO *CHILD GROOMING* NA NORMATIVA BRASILEIRA

Tem se asseverado que a figura típica do art. 241-D do ECA representa o alinhamento com a política criminal que incrimina antecipadamente o aliciamento

104. Segundo o art. 609-*undecies* (Adescamento di Minorenni): "Chiunque allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter e 600-quarter, anche se relative al material pornografico di cui all'articulo 600-quarter.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quarter, 609-quinquies e 609-octies, adesca un minore di anni sedici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifice, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione".

105. Vide por todos RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 18-19.

por meio das TICs.[106] Diga-se também que, na nossa realidade, o fenômeno do *Child Grooming* passou a integrar o campo de recomendações lançadas pela assim chamada CPI da Pedofilia, instaurada pelo Senado Federal em 2008.[107]

O texto legal do *caput* do art. 241-D está assim redigido: "Aliciar, assediar, instigar ou constranger por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso". Malgrado possamos presumir que a *ratio legis* deste tipo penal de ação múltipla, tenha buscado conferir uma necessária atualidade normativa decorrente da importância e indispensabilidade das TICs na sociedade contemporânea, também é verdade que a técnica legislativa usada pelo legislador pátrio demonstrou as evidentes limitações deste injusto penal, sobretudo se comparado com a redação acolhida na legislação espanhola e italiana.

Significa que, retirada hipoteticamente a polêmica proveniente de uma suposta dupla objetividade jurídica e da indevida aplicação do instituto concursal, quando da realização de condutas finais, poder-se-á comprovar um maior esforço hermenêutico por parte do intérprete para deduzir que a intenção do legislador – e em sintonia com as balizas da proteção integral – era justamente recepcionar o fenômeno delitivo do *Ciberassedio* ou *Child Grooming*. Senão vejamos: a exigência da norma é inconteste, o constrangimento que afeta a integridade sexual da criança (em razão de sua natural vulnerabilidade) deve ocorrer através de *qualquer meio de comunicação,* entabulando-se um contato virtual. Frise-se que a expressão *qualquermeio de comunicação* poderá oferecer um sentido elástico não condizente com os parâmetros rigorosos do princípio da reserva legal.

Desse modo, deve se interrogar: há procedência em se considerar atos como simples acenos, gestos, atos quiçá inoportunos, ou elogios realizados por um adulto a uma criança como forma de aliciamento? Estes fatos podem se dar nas proximidades de uma escola, num parque de diversões, em centros comerciais ou em qualquer outro lugar de acesso público. Quer nos parecer que estas ocorrências ou contatos (reais e presenciais) estão mais circunscritos ao art. 61 da Lei de Contravenções Penais,[108] do que a atos preparatórios via de regra impuníveis.[109] E por este motivo Canto Condack tem entendido que a expressão

106. Vide as discussões a respeito do *grooming* no Relatório da CPI da Pedofilia, fls. 373.

107. Cfr nota 34, *supra.*

108. O art. 61 da LCP tem a seguinte redação – Importunação ofensiva ao pudor: "importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor" Pena – multa.

109. É esta a opinião desenvolvida pelo Des. Paulo Afonso Brum Vaz, do TRF-4.ª Reg., ao proferir seu voto nos autos de ApCrim 5001153-10.2010.404.7008/PR.

qualquer meio de comunicação, deveter um sentido amplo "a incluir o aliciamento feito não só através da imprensa escrita ou falada, mas também por carta ou bilhete a vítima. Inegável, porém, a atipicidade do fato, se o aliciamento ocorrer presencialmente, hipótese não contemplada na redação do dispositivo".[110]

Por outro lado, diga-se objetivamente que, se a intenção do legislador era coibir práticas de aliciamento verificadas no ambiente virtual,[111] a referência parca e insuficienteda expressão "por qualquer meio de comunicação", não reflete a exata dimensão a ser deduzida,[112] apenas com a previsão expressa do uso das TICs na redação da própria figura típica. Consequentemente, podemos asseverar que o acanhamento, a contenção do legislador, acabou propiciando paradoxalmente um alcance amplo desse termo, podendo incidir, amparado numa interpretação da doutrina da proteção integral, tanto no espaço virtual quanto no presencial. Afirma-se que este entendimento encontraria respaldo no argumento de que os dispositivos previstos no ECA assumem sempre um fim protetivo, devendo ser aplicados conforme sua utilidade social,[113] não sendo compreensível a restrição do aliciamento apenas ao espaço virtual, deixando à própria sorte (como mera contravenção) o contato presencial.

Todavia, se o propósito consistia em incriminar todas as formas de aliciamento, no espaço real e no virtual, o resultado estampado no *caput* do art. 241-D do ECA, também não parece deter os atributos mais precisos de uma técnica legislativa apurada. Isto porque o fenômeno do *Child Grooming* – concebido em suas diretrizes pela Convenção de Lanzarote – irradia seus efeitos apenas no espaço virtual. Ou seja, se o que se está a tratar é de uma antecipação de tutela, com a incorporação de um delito de preparação, o correto seria inserir expressamente no preceito primário o aliciamento via o uso das TICs, além de evidentemente contemplar que a aproximação deva objetivar a concretização de um encontro com o fim da realização de condutas de natureza sexual de maior gravidade

110. CANTO CONDACK, Cláudia. *Curso de direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1203-1204.

111. Vide TOTH SYDOW, Spencer. Op. cit., p. 56.

112. Na doutrina pátria, segundo Nucci: "o tipo incriminador (...) volta-se, primordialmente, ao agente que se comunica via Internet (embora a lei mencione qualquer meio de comunicação), por intermédio de salas de bate papo, sites, mensagens eletrônicas, dentre outros instrumentos, com crianças, buscando atraí-las para a mantença de relacionamento sexual". Vide NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 2, p. 139.

113. Verificar a posição assumida pelo MPF no Recurso Especial propostonos autos da Apelação Criminal 5001153-10.2010.404.7008/PR, perante o TRF da 4.ª Região.

(como a violação do vulnerável ou um atentando violento ao pudor com violência presumida) ressaltando o elemento de tendência "com o fim de".

Da forma como redigido o *caput* do art. 241-D, comporta uma interpretação flexível da expressão por "qualquer meio de comunicação" englobando seja o contato presencial, seja o virtual. Defender esta interpretação com amparo na doutrina da proteção integral (que encontra sintonia com o bem jurídico como critério positivo de criminalização) é ignorar que, mesmo nesta principiologia se deve demonstra um mínimode lesão ao bem jurídico, caso contrário se instrumentaliza a norma penal para objetivos diversos, desrespeitando o princípio da ofensividade.

Toth Sydow antes de limitar o aliciamento ao espaço virtual, apontou de forma crítica que o art. 241-D também desvirtua as funções do Direito Penal. De forma acertada entende o autor que o uso da rede mundial de computadores significa interagir em um ambiente de riscos, cabendo aos pais instruir o uso seguro da informática aos seus filhos: "A anonimidade virtual leva o delinquente a buscar satisfação de sua sexualidade ou sua fantasia e a presença da criança em certos ambientes com consequente ofensa chega a poder ser interpretada como uma concorrência de culpas: do ofensor e do genitor que não cumpriu com os deveres de cuidado quanto a seu filho".[114]

Cumpre assinalar que o dispositivo do art. 241-D integra *ipsis literis* o Capítulo VII "Dos crimes contra grupos vulneráveis" do atual projeto de reforma do CP brasileiro.[115] É o que se depreende da leitura do art. 513, cujo título o *Assédio de criança para fim libidinoso*, mantém em aberto a temática acerca da natureza do contato, não precisando se o mesmo dar-se-á num espaço presencial ou virtual. Entretanto, reproduzir idêntica redação, sem a menção de referência expressa no preceito ao uso das TICs, e, ademais, ao seu caráter subsidiário, configura plena inobservância da função preventiva que estes atos preparatórios poderiam ter, nos moldes da lei penal italiana de 2012, buscando reduzir a execução de condutas mais graves.

Indique-se que o legislador pátrio não incluiu como possível vítima deste delito o adolescente, assimilando as diretrizes da normativa comparada (que reconhece apenas a criança como digna de tutela) e em atenção ao entendimento criminológico de que esse período biológico é compatível naturalmente com a descoberta da sexualidade.[116]

---

114. Toth Sydow, Spencer. Op. cit. Idem.

115. Cfr. [www.senado.gov.br/atividade/material/getPDF.asp?t=1345327tp=1]. Acessado no dia 25.09.2013.

116. Toth Sydow, Spencer. Idem, ibidem.

Digna de especial referência é a notória incipiência de decisões jurisprudenciais capazes de uniformizar o tratamento da matéria. É do nosso conhecimento que se aguarda, na 6.ª Turma do STJ,[117] o julgamento de um precedente oriundo da 4.ª Região, no qual o Ministério Público – amparado na decisão proferida em 1.º grau – reivindica, com base na teoria da proteção integral, uma interpretação extensiva do preceito do art. 241-D, abrangendo, dentre "qualquer meio de comunicação" também o aliciamento presencial.

Quanto ao preceito secundário, a cominação da pena de um a três anos de reclusão,e multa, encontra-se em sintonia com a sanção imposta à figura do "ciber acoso sexual" previsto na legislação penal espanhola (art. 183 *bis*), e no tipo do "adescamento di minorenni" da normativa penal italiana (art. 609, *undicies*). Uma vez comprovada a autonomia deste delito, deverá se admitir a suspensão condicional do processo e em caso de sentença condenatória torna-se viável a imposição do regime aberto, bem como a admissibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao não ser o crime (na modalidade dos verbos do preceito do *caput*) cometidos com violência ou grave ameaça.[118] É salutar que em matéria de pena privativa de liberdade o legislador pátrio não percorra os caminhos inaugurados pelo legislador espanhol que impõe a medida de *liberdade vigiada* (art. 192, I) aos condenados a pena de prisão por um ou mais delitos contra a liberdade ou imunidade sexual. Tal imposição deve ser executada posteriormente à pena privativa de liberdade, tendo uma duração de cinco a dez anos (se o delito praticado for grave) e de um a cinco (se o delito for menos grave).[119]

Finalmente a título de complementação, resta expor, suscintamente, o tipo incriminador previsto nos incisos do parágrafo único do art. 241-D.[120] Nucci tem ressaltado o caráter preventivo do tipo penal "punindo-se o pedófilo em ativi-

117. STJ, REsp 1342531/PR, 6.ª T., rel. Min. Assusete Magalhães.

118. Vide NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 140.

119. A respeito da redação do art. 192 do CP espanhol que impõe a medida da "Liberdade Vigiada" a ser aplicada após o cumprimento da pena privativa de liberdade, vide TAMARIT SUMALLA, Josep María. Delitos relativos a la pornografia infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192). In: *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios* (Gonzalo Quintero Olivares. Director). Navarra: Aranzadi, 2010, p. 178. Considerando a configuração desta medida pós-delitiva "um completo absurdo", vide: CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 6.

120. Eis a descrição legal: "Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:
I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;
II – pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita"

dade de captação do menor, evita-se o mal maior que é justamente a ocorrência da relação ou outro envolvimento sexual".[121] Sob essa perspectiva se entende que o inc. I é um desdobramento do *caput*, pois a maneira de aliciar ou assediar a criança ocorre de forma velada. A constatação de que o tipo é essencialmente preventivo se dessume por não se exigir um envolvimento sexual. Deste modo, por exemplo, ao se exibir um filme pornográfico a criança no mesmo local onde poderão ocorrer os atos libidinosos, se entende que a ação preparatória (a exposição do filme pornográfico) integra o desdobramento da ação, que culmina na atividade fim, devendo ser sancionado como crime único.[122]

O inc. II do parágrafo único contém os mesmos verbos do *caput* e similar objeto, qual seja o de induzir criança à prática de determinados atos: se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita. Neste sentido, tem se enfatizado que no presente tipo*remetido*, altera-se o elemento subjetivo específico, consistente na finalidade de obter cenas pornográficas ou de sexo explicito de criança.[123] Estudos doutrinários têm indicado que esta modalidade típica estaria configurada quando, na aproximação virtual de assédio à criança pela Internet ou redes sociais, o pedófilo pede, por exemplo, para que o vulnerável mostre algumas partes do corpo pela webcam.[124] Poderemos deduzir que não obstante se presuma, apoiados em uma precária interpretação sistêmica, que a figura do inc. II é a prevenção das outras figuras típicas dos arts. 240, 241 e 241-A do ECA, permaneceria inalterada a problemática quanto ao alcance do âmbito onde se realiza a intromissão da conduta de aliciamento,[125] associada com o pressuposto do resultado da afetação direta e grave da tranquilidade da vítima, por não haver menção expressa no tipo (241-D) ao uso das TICs.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em matéria de tutela penal, a integridade física e psíquica diante de condutas lesivas de natureza sexual, praticadas por um adulto contra uma criança ou um adolescente, o *princípio de proibição de proteção deficiente* se coaduna com a *dou-*

121. NUCCI, Guilherme de Souza. Idem, ibidem.

122. Vide TJDF, Ac 565674, 20090810021715APR, 2.ª Turma Criminal, j. 09.02.2012, rel. João Timóteo de Oliveira, Revisor Souza e Avila, *DJE* 17.02.2012. p. 229.

123. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 141.

124. Vide SILVA, Lilian Ponchio e et al. Op. cit., p. 140.

125. A interpretação sistêmica é de difícil acepção e de aceitação, sobretudo, na seara penal, pois em nenhum momento o legislador expressamente faz referência à rede mundial de computadores (Internet), nos dispositivos dos arts. 240 e 241 do ECA preferindo utilizar-se da vaga expressão "por qualquer meio".

trina da proteção integral sempre e quando a intervenção da norma penal respeite rigorosamente o princípio da lesividade. Se bem é certo que as novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC) são consideradas agentes importantes para o desenvolvimento da habilidade cognitiva e de socialização dos infantes e da juventude, também representam – em razão da vulnerabilidade do menor – um instrumento eficiente para a realização de delitos vinculados a imunidade sexual dos menores. De fato, devido à liberdade e ao anonimato que proporciona a Internet, quando do seu uso deturpado por parte de adultos na comunicação de aliciamento objetivando a comissão de abusos sexuais.

Nessa perspectiva é que incide o fenômeno do *grooming online*, reivindicando-se a incorporação de tipos penais que protejam a liberdade ou imunidade sexual do menor. Concretamente na realidade Europeia a Convenção do Conselho de Europa sobre a proteção de crianças contra a exploração e o abuso sexual, de 25.10.2007 (Convenção de Lanzarote), estabeleceu no seu art. 23 a necessidade de sancionar penalmente as proposições a crianças com conteúdo sexual e tornou-se referencial legítimo de diretriz de política criminal.

A receptividade desta orientação na experiência comparativa (leia-se Estados signatários) tem denotado acentuadas críticas de ordem dogmática relacionadas à descrição do injusto penal em comento. Isso se verifica na legislação penal espanhola (art. 183 *bis*) bem como na normativa italiana (art. 609, *undecies*). E a procedência dos questionamentos encontra alicerce no cerne da sua própria técnica de tipificação. Trata-se sempre da antecipação de punição de atos preparatórios acompanhados de um elemento subjetivo especial (de difícil apreciação probatória). Acrescente-se a isso a inclusão de uma indevida regra concursal que em nada contribui na consolidação de uma eventual admissão autônoma.

Entendemos que a parte de uma profunda necessidade em favor de reflexões críticas aptas a promover a assimilação criteriosa do fenômeno do *Child Grooming* – já devidamente apontado pelo legislador pátrio (CPI da Pedofilia) – é imperioso propugnar por um aprimoramento do preceito primário do art. 241-D do ECA. A sua ampla redação ("por qualquer meio de comunicação") reforça o seu caráter preventivo, todavia ao pretender englobar todos os âmbitos (virtual e presencial), recai num mero simbolismo, subvertendo o princípio da lesividade.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crime e risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social, de Carolina Barreto Lemos e Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – *RBCCrim* 97/393; (DTR\2012\450327);
- Pedofilia nas redes sociais, de David Augusto Fernandes – *RT* 928/255 (DTR\2013\436);
- Pornografia simples e qualificada, de Camila Garcia da Silva – *RCP* 16/237 (DTR\2012\450250);
- Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil, de Alexandre Assunção E Silva – *RT* 890/444 (DTR\2009\687);
- Vitimização secundária de crianças e adolescentes e políticas criminais de redução de danos, de Luciane Potter Bittencourt – *RCP* 8/257 (DTR\2008\11); e
- Violência sexual intrafamiliar: interfaces com a convivência familiar, a oitiva da criança e a prova da materialidade, de Maria Regina Fay de Azambuja – *RT* 852/424, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/1055 (DTR\2006\676).

65343

As iniciativas de reforma à Lei de Segurança Nacional na consolidação da atual democracia brasileira: da inércia legislativa na defesa do Estado Democrático de Direito à ascensão do terrorismo

Initiatives to reform the National Security Law in the consolidation of the current Brazilian democracy: from the legislative inertia to fight the democratic rule of Law all the way to the rising of terrorism

Diego Nunes

Doutor em História do Direito pela *Università degli studi di Macerata* (Itália). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica *Ius Commune* (UFSC/CNPq). Foi pesquisador visitante no *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt, Alemanha) e Professor Substituto de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFSC.

Área do Direito: Penal, Fundamentos do Direito

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar as correntes de pensamento jurídico que basearam o *iter* ainda não concluído acerca das possibilidades de reforma da vigente Lei de Segurança Nacional (LSN) de 1983. Para tanto, são analisados os regimes jurídicos da legalidade penal na reforma da LSN (especialmente, a discussão sobre incluir os crimes políticos na codificação ou mantê-los em legislação extravagante), e a transformação do bem jurídico-penal "segurança nacional", de "crimes contra o Estado Democrático de Direito" para o terrorismo. Os instrumentos de análise são os Projetos de Lei desde a proposta que veio a ser a atual LSN até o Anteprojeto de Código Penal de 2012, além da produção doutrinária sobre a matéria. Foi possível perceber que após o fim da Ditadura Militar a tutela penal do Estado Democrático de Direito não logrou êxito em tornar-se direito vigente, de modo que se mantém uma lógica securitária, ainda que as novas proposições não se voltem à velha segurança nacional, mas ao combate ao terrorismo nos moldes da sociedade ocidental pós-11 de setembro de 2001.

Palavras-chave: Lei de Segurança Nacional – Estado Democrático de Direito – Legalidade penal – Terrorismo.

Abstract: This paper aims at analyzing the currents of legal thinking which served as basis for the "iter", not yet concluded, about the possibilities of reforming the current National Security Law (the LSN) of 1983. For this purpose, the legal systems of criminal legality of the National Security Law reform will be taken into account (moreover, the discussion about including political crimes to the Code or keeping them in uncodified legislation), and about changing the legal-criminal object of "national security" for crimes against the "democratic rule of law" to fight terrorism. The analysis addressed the bill that became the current National Security Law all the way thorough the Draft version of the 2012 Criminal Code, it also took into account the legal academic literature related to the topic. In the end, we were able to conclude that the idea of penal protection of the democratic rule of law did not succeed in becoming law in effect after the end of the Military Dictatorship, so much so that a security logic still remains, even if these new proposals do not focus on old national security matters, but on fighting terrorism along the lines of a post-September 11 western society.

Keywords: The National Security Law – The Rule of Law – Criminal legality – Terrorism.

SUMÁRIO: 1. Introdução: contexto histórico-penal e aspectos metodológicos – 2. Entre a "reserva de código" e lei especial: os regimes jurídicos da legalidade penal na reforma da LSN durante a redemocratização brasileira – 3. Da fuga da lógica securitária à proteção do Estado Democrático de Direito – 4. Epílogo: da doutrina de segurança nacional ao terrorismo global (acerca do Anteprojeto de Código Penal de 2012).

1. INTRODUÇÃO: CONTEXTO HISTÓRICO-PENAL E ASPECTOS METODOLÓGICOS

Com o estabelecimento gradual da democracia após o fim da ditadura militar (1964-1985) e o advento da "Constituição cidadã" em 1988, o respeito aos direitos e garantias do cidadão passaram a ser território comum no discurso jurídico brasileiro. Uma das consequências deste fenômeno foi a reestruturação da ordem jurídica nacional.

No campo penal, destacou-se a reforma penal de 1984, que trouxe uma nova Parte Geral ao Código Penal de 1940. Baseada definitivamente sobre o princípio da culpabilidade, essa reforma proporcionou uma nova abordagem da lei pelo juiz criminal, especialmente na aplicação da pena. Outro fruto daquela reforma foi a nova Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), que, se ainda encontra-se longe da aplicação efetiva, ao menos proporcionou uma mudança no discurso jurídico e uma maior responsabilização das autoridades administrativas e judiciárias sobre o destino dos encarcerados.

Especificamente com relação aos crimes políticos, uma das heranças da transição entre ditadura e democracia foi a edição da Lei 7.170, de 14.12.1983.[1] Positivamente, essa última "Lei de Segurança Nacional"[2] (LSN) da ditadura estabeleceu

1. "Mentre i movimenti sociali che si opponevano alla dittatura militare e ai suoi meccanismi di potere corrodevano politicamente le basi ideologiche che erano servite come fondamento per i governi dei generali, anche le critiche contro la politica sulla sicurezza nazionale attuata dal 1967 delegittimavano la disciplina del 1978 a tal punto che, nel 1983, venne promulgata una nuova *Lei de Segurança Nacional*, che conteneva una significativa flessibilizzazione dei vecchi e iniqui dettami della dottrina dell'*Escola Superior de Guerra*. I meriti di questo cambiamento vanno soprattutto attribuiti ad un ampio movimento costituito da partiti politici di opposizione e da altre entità sociali che propugnavano "(...) a idéia de que a redemocratização do país era incompatível com a lei em vigor (...)". La conservazione della legge del 1978 veniva chiaramente indicata da questi stessi movimenti come opera di un governo insincero "(...) que falava em abertura democrática e mantinha a lei infame e tirânica". In alcuni punti, la nuova disciplina ha mutato quello che potrebbe essere indicato come il nucleo centrale della politica sulla sicurezza nazionale, in parte abbandonando i fondamenti della vecchia dottrina che, strategicamente, avevano creato la perenne confusione fra criminalità comune e criminalità politica". DAL RI JR., Arno. Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall'Estado novo alla dittatura militare (1935-1985). In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo (org.). *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata: eum, 2011. p. 367.
2. Importante salientar que as leis extravagantes destinadas aos crimes políticos desde 1935 denominam-se "Lei de Segurança Nacional", mesmo que a "doutrina de segurança nacio-

um critério rígido para sua aplicação, que exigia, além do dolo para cada conduta típica descrita, uma finalidade específica de ameaça ao Estado Democrático de Direito.[3] Além disso, o novo texto legal não continha nenhuma referência aos princípios e objetivos de segurança nacional constantes nas leis ditatoriais, como "guerra psicológica",[4] mas ainda se pautava por uma lógica anticomunista.[5]

---

nal" só tenha vindo a ser expressamente assumida durante a Ditadura Militar: "A literatura em geral trata a segurança nacional como um fenômeno típico da guerra fria (...) No Brasil, até os anos 1950 os conceitos de segurança, defesa, segurança nacional, defesa do Estado foram usados de forma meio aleatória. De fato, a guerra fria obrigou a uma conceituação mais aprimorada (...) Este foi o caso do Brasil. Os estudos no Brasil sobre segurança nacional têm como marco simbólico a criação da Escola Superior de Guerra (ESG) em 1949. A exemplo do que aconteceu em outros países da América Latina, houve desde então uma militarização do tema que nem mesmo a redemocratização dos anos 1980 conseguiu superar" in D'ARAUJO, Maria Celina. Justiça Militar, segurança nacional e tribunais de exceção. *30.º Encontro Anual da ANPOCS*. Caxambu, 2006. p. 1-2.

3. É o resultado da combinação entre os arts. 1.º e 2.º da LSN/1983:
"Art. 1.º Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:
I – a integridade territorial e a soberania nacional;
II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;
III – a pessoa dos chefes dos Poderes da União.
Art. 2.º Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:
I – a motivação e os objetivos do agente;
II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior."

4. É o que predispõem os idênticos art. 3.º do "Decreto-Lei n. 898, de 29 de setembro de 1969. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências" e da "Lei n. 6.620, de 17 de dezembro de 1978. Define os crimes contra a Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências":
"Art. 3.º A Segurança Nacional envolve medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva. § 1.º A segurança interna, integrada na segurança nacional, corresponde às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país.
§ 2.º A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos políticos, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.
§ 3.º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que vise à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação."

5. A lei continuou a se referir à "luta de classes" como delito nos arts. 22 e 23:
"Art. 22. Fazer, em público, propaganda:
(...)

Todavia, as Forças Armadas mantiveram um papel de destaque não condizente com a nova ordem política nessa legislação. A competência da Justiça Militar para processo e julgamento de tais crimes foi mantida, mesmo que estes fossem cometidos por civis.[6] Ainda, estabeleceu que os casos omissos na lei devessem ser resolvidos com os princípios e normas do direito e processo penal castrense, mais rígido que o comum.[7]

Assim sendo, tornava-se claro que tal norma penal não condizia com a nova realidade democrática. Todavia, isso não significou uma imediata reforma legislativa. Não seria a primeira e provavelmente não será a última lei ditatorial que, mesmo com patente conteúdo autoritário, permaneceria (permanecerá) em vigor

---

II – de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa (...).

Pena: detenção, de 1 a 4 anos"; e

"Art. 23. Incitar: (...)

II – à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

III – à luta com violência entre as classes sociais (...).

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos."

Tal figura se encontra no nosso ordenamento desde a Lei n. 38, de 4 de abril de 1935:

"São crimes contra a ordem social além de outros definidos em lei:

Art. 14. Incitar directamente o odio entre as classes sociaes.

Pena – De 6 mezes a 2 annos de prisão cellular.

Art. 15. Instigar as classes sociaes á luta pela violencia.

Pena – De 6 mezes a 2 anos de prisão cellular."

A questão é como ela poderia ser interpretada na nova ordem democrática:

"Temos, porém, sustentado que é possível dar à lei uma interpretação que se ajuste às exigências de um sistema democrático de defesa da segurança do Estado. Nenhuma lei é suficientemente má quando existem bons juízes. O próprio Superior Tribunal Militar adotou invariavelmente, no passado, uma concepção democrática do crime político. Essa orientação que se refletia em constante jurisprudência, foi elaborada mesmo nos tempos difíceis, em que tínhamos uma criminalidade política violenta e grave". FRAGOSO, Heleno Cláudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. *O Estado de S. Paulo*. 21.04.1983, quinta-feira, p. 34.

6. "Art. 30. Compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes previstos nesta Lei, com observância das normas estabelecidas no Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com disposição desta Lei, ressalvada a competência originária do Supremo Tribunal Federal nos casos previstos na Constituição.
Parágrafo único. A ação penal é pública, promovendo-a o Ministério Público."

7. "Art. 7.º Na aplicação desta Lei, observar-se-á, no que couber, a Parte Geral do Código Penal Militar e, subsidiariamente, a sua Parte Especial.
Parágrafo único. Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial."

já em regime democrático. Assentimos, porém, à ideia de que todo ordenamento jurídico possui memória,[8] o que se demonstra deveras pernicioso no caso em discussão.

De fato, a LSN/1983 continua em vigor sem quaisquer alterações legislativas. Todavia, muitos dos efeitos nefastos foram neutralizados pela Constituição de 1988, que devolveu à Justiça Federal a competência de processo e julgamento[9] e não recepcionou a incomunicabilidade dos presos políticos para investigações.[10]

Mas Executivo e Legislativo não se mantiveram inertes a tal realidade. Houve uma série de iniciativas de projeto de lei, baseadas em diferentes modelos técni-

8. "Un ordenamento jurídico, como todo sistema social, también tiene memoria. En él operan continuamente referencias al passado (...) Este fenômeno puede ayudar o dificultar la creación de consensos sociales en la sociedad sobre la que el derecho ha de ser aplicado pero puede inspirar también la aplicación misma del derecho. Esta revisitación del franquismo tiene otra función: puede ayudar a eliminar cualquier resto de franquismo que pudiese quedar em la ley, em la jurisprudencia o en conportamentos de los agentes jurídicos (...) Una sociedad democrática merece tener un derecho libre de cualquier elemento dictatorial". ARAGONESES, Alfons. El derecho bajo el franquismo: transformaciones del sistema jurídico español (1936-1978). In: CAPELLÁ, Margalida; GINARD, David. *Repression politica, justicia e reparación: la memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*. Palma de Mallorca: Plural, 2009. p. 126.

9. "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
(...)
IV – os *crimes políticos* e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral" (grifo meu). Todavia, a garantia do duplo grau de jurisdição é exercida de modo anômalo:
"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)
II – julgar, em recurso ordinário:
(...)
b) o *crime político*" (grifo meu).
Escolheu-se o mesmo sistema da Constituição Federal de 1891:
"Art 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:
(...)
i) os crimes políticos"; e
"Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(...)
II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1.º, e o art. 60."

10. Isto se depreende do art. 136, § 3.º, IV, CF/1988, que não permite tal medida excepcional nem mesmo durante o Estado de Defesa e Estado de Sítio (art. 137, I, c/c art. 139).

cos e concepções políticas. O presente trabalho voltar-se-á às várias proposições existentes,[11] destacando:

a) O Parecer 3/1984, que consiste numa sistematização póstuma dos trabalhos da Comissão parlamentar responsável pela LSN/1983;[12]

b) O Anteprojeto de Lei do Executivo realizado entre 1985-1986, a cargo de uma comissão de juristas composta de notáveis advogados defensores de presos políticos – Evandro Lins e Silva (coordenador), Nilo Batista, René Ariel Dotti e Antônio Evaristo de Moraes Filho – denominado "Lei de Defesa do Estado Democrático";[13]

c) Projeto de Lei [ACR n. após "Lei"] 4.873/1990, também de iniciativa do Executivo, que desejava revogar a LSN e incorporar o título "Crimes contra o Estado Democrático de Direito e a humanidade" ao fim da parte especial do Código Penal vigente;

d) O Projeto de Lei 2.462, de 1991, do Deputado Hélio Bicudo, idêntico ao anterior, mas deslocado para uma lei especial;

e) O Projeto de Lei 6.764, de 2002, do Poder Executivo, que insere o Título XII ("Crimes contra o Estado Democrático de Direito") ao Código Penal, realizado por comissão de juristas nomeados pelo então Ministro da Justiça, Prof. Miguel Reale Jr., e composta pelo Ministro do STJ Luiz Vicente Cernicchiaro (coordenador), e

---

11. Foi possível rastrear e visualizar grande quantidade de Projetos de Lei sobre a matéria por meio da busca virtual do sítio da Câmara dos Deputados. Porém, muitos são repetitivos entre si ou não são pertinentes à análise qualitativa proposta a seguir. De qualquer forma, segue a lista das demais proposições: Projetos de Lei 8.404/1986 do Deputado José Frejat e 4.582/1998 do Deputado Maurício Requião, que "altera dispositivos da Lei n. 7.170, de 14 dezembro 1983" a respeito das disposições processuais e subsidiariedade do CP e CPP ao invés da legislação militar; Projeto de Lei 3.163/2000 do Deputado Vivaldo Barbosa para a simples revogação da LSN; Projeto de Lei 9.655/2006 do Deputado Alceste Almeida, para evitar problemas semânticos com o termo "nação" na aplicação da lei a indígenas; Projeto de Lei do Senado 7.485/2006 do Senador Álvaro Dias e outros, que "acrescenta parágrafo ao art. 20 da Lei 7.170 de 14 de dezembro de 1983, para prever o ato terrorista de quem invade propriedade alheia com o fim de pressionar o governo"; Projeto de Lei 1.558/2011 do Deputado João Campos, que "dispõe sobre as organizações terroristas, os meios de prevenção, investigação, obtenção de prova, o procedimento criminal"; Projeto de Lei 149/2003 do Deputado Alberto Fraga, que "altera o Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, tipificando o crime de terrorismo" e Projetos de Lei n. 7.765/2010 do Deputado Nelson Goetten e n. 3.714/2012 do Deputado Edson Pimenta, que "tipifica o crime de terrorismo" em lei extravagante. Omitem-se aqui os projetos anexados a outros, que são remetidos a partir daqueles já citados.

12. BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984*. Parecer do relator da Comissão Especial que examina a Lei de segurança nacional. Relator: Senador Murilo Badaró.

13. BRASIL. Ley de Defensa del Estado Democrático. Exposición de motivos del Anteproyecto. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 2, San José, Jul.-Dic., 1985.

pelos Juristas Luiz Roberto Barroso, Luiz Alberto Araújo e José Bonifácio Borges de Andrada; e

f) O Anteprojeto de novo Código Penal (2012), ora em tramitação no Senado Federal, que não trata especificamente de segurança nacional tampouco de defesa do Estado, mas contém disposições esparsas sobre o tema ao longo da parte especial, com destaque para os crimes contra a paz pública, centradas na categoria "terrorismo", mas também com disposições nos crimes cibernéticos, nos relativos a estrangeiros, nos crimes de guerra e contra os direitos humanos.

O presente trabalho tem como objetivo perceber como se tentou articular nesses projetos a transição entre o discurso penal de segurança nacional para a defesa do Estado de Direito e da ordem democrática, até as presentes proposições relativas ao terrorismo. Qual matriz de pensamento jurídico estava por detrás das proposições? Qual a contribuição de uma lei sobre os crimes políticos para o processo de redemocratização?

Para tanto, analisar-se-á a questão por dois ângulos privilegiados. Um deles é a escolha da técnica legislativa, ou seja, a opção entre a continuidade de uma lei especial para reger o assunto ou a inserção de tais dispositivos no Código Penal e seus reflexos no regime da legalidade penal. A historiografia jurídico-penal italiana traz fundamental contribuição nesse sentido, pois demonstra o lugar privilegiado dos crimes políticos na discussão da função da lei penal como garantia ao cidadão ou como exercício de autodefesa do Estado, e o quanto a forma legislativa (código ou lei especial) influi nesse contexto.[14]

Sob outro prisma, também serão analisadas as estratégias para a "fuga" da lógica securitária presente na LSN para a proteção da ordem constitucional democrática. Três principais aspectos serão levados em consideração: (a) a construção dos tipos penais, de modo a respeitar materialmente o princípio da legalidade;[15] (b) os es-

14. "Il punto di tenuta dell'ordine giuridico sarebbe venuto a consistere (solo) nel formato legale che il penale eccezionale avrebbe dovuto comunque conservare (cioè il fatto di essere il prodotto di una legittima attività di legiferazione) (...) Ciò avrebbe prodotto una complicazione strutturale: una dimensione di legalità speciale avrebbe affiancato l'altra incastonata nella forma codice, andando a formare un doppio binario su cui il diritto penale si sarebbe legittimamente svolto. Le due legalità avrebbero corrisposto a finalità diverse: quella del codice avrebbe assolto una funzione di tutela della persona anche contro le ingerenze dello Stato quella dei provvedimenti per l'emergenza avrebbe svolto una funzione di difesa dello Stato (cioè dell'ordine costituito) anche contro la persona. È un tratto aporetico destinato a persistere fino ai giorni nostri". MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica. *Quaderni Storici*. Bologna, n. 131, anno XLIV, fascicolo 2, ago. 2009, p. 502.

15. "È suficiente un rapido sguardo, storico e comparato, alla disciplina riservata alle fattispecie, a cui tradizionalmente (e normativamente talvolta) si riconosce la qualifica di reati politici, lesivi dei supremi interessi dello Stato, visto nella sua unitarietà e non quale

forços para libertar a matéria do Direito Penal Militar;[16] e (c) o difícil manejo da categoria "terrorismo" dentro do Direito Penal.[17] Assim, serão examinados os projetos de lei e debates parlamentares que trouxeram para a discussão tais temáticas.

Sob o prisma histórico-jurídico, poder-se-ia questionar a legitimidade de um trabalho cujo objeto de análise seja próximo do presente imediato.[18] Todavia, a temática torna-se historiograficamente relevante na medida em que, de um lado, a duplicação da legalidade penal por meio da dialética entre código e leis extravagantes adquire uma característica de longa duração na história republicana brasileira. Desde o fim da República Velha, com o anarquismo; passando pela dura repressão

---

Stato-amministrazione, per riconoscere la specificità che caratterizza le tecniche di tutela apprestate. L'intervento penale si focalizza non sulla produzione di un evento di danno per l'asseto dei poteri democratici, ma su fatti prodomici in funzione anticipatoria della tutela, secondo cadenze ampiamente esperimentate nei vari ordinamenti, dalle fattispecie di accordo e di associazione a quelle di istigazione e attentato, nelle quali il bene giuridico tende ad allontanarsi del fatto tipico per collocarsi sullo sfondo un po' 'sbiadito' dello scopo della tutela". PELISSERO, Marco. *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*. Napoli: Jovene, 2000. p. 1.

16. "O sistema de leis especiais para repressão desses crimes surgiu para submetê-los a disciplina especial, abandonando garantias elementares do direito e do processo penal, em nome de suposta repressão mais eficaz. Isso é profundamente antidemocrático e termina por conduzir a um terrorismo penal". FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sobre a lei de segurança nacional. *Revista de Direito Penal*. n. 30. p. 6. Rio de Janeiro, 1980.

17. "No art. 20 [da LSN/1983], onde se punem diversas ações heterogêneas, inclusive o terrorismo, encontramos uma das disposições mais defeituosas da lei. A definição do terrorismo apresenta dificuldades técnicas consideráveis, porque não há clara noção doutrinária do que ele significa". FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova lei de segurança nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. n. 35. p. 64. Rio de Janeiro, jan.-jun. 1983.

18. Sobre a questão da "história do tempo presente", vale a percuciente reflexão recente de Pietro Costa sobre o processo penal da Itália republicana: "È in gioco quella che è forse la più 'problematica' delle storiografie: la storiografia contemporanea; problematica perché continuamente esposta al sospetto di mettere in parentesi la dimensione costitutiva della storiografia – il rapporto fra il passato e il presente – perdendo in questo modo la sua ragion d'essere e confondendosi con la sociologia, la politologia, il sapere giuridico. In realtà, fare storia del presente (nonostante l'apparente ossimoro) rivela (al fondo) le medesime caratteristiche e le medesime difficoltà di qualsiasi altra impresa storiografica: quale che sia la sezione temporale prescelta, si tratta comunque di studiare i fenomeni sull'asse della diacronia, ricostruire i mutamenti e la loro direzione di senso, cogliere il sottile gioco e la frequente compresenza delle continuità e delle fratture". COSTA, Pietro. Il modello accusatorio in Italia: fra 'attuazione della costituzione' e mutamenti di paradigma. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio – Ferrara, 12-13 novembre 2010*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 151. Para uma síntese metodológica e referências nacionais e estrangeiras, veja-se: FERREIRA, Marieta de Moraes. História do tempo presente: desafios. *Cultura Vozes*. vol. 94. n. 3. p. 111-124. Petrópolis, maio-jun. 2000.

à direita e esquerda, durante a Era Vargas; até o combate do comunista-terrorista, na Ditadura Militar: em todos esses períodos foram utilizados expedientes excepcionais para a repressão do dissenso político.[19]

A outra questão relevante para a História do Direito é o debate sobre o terrorismo. Alguns dos projetos analisados já podem ser considerados como parte do passado na medida em que foram superados pelo paradigma do terrorismo, como será apresentado avante. Atualmente, mesmo que não haja indícios concretos de presença terrorista, essa imagem passa pelo imaginário nacional.[20] Se durante a ditadura a figura do terrorista se identificava com o comunista revolucionário, inimigo interno, atualmente passa pela imagem dos fundamentalistas islâmicos apresentados pela mídia globalizada.

O atual Anteprojeto de Código Penal composto por uma comissão de juristas pelo Senado Federal, que começou a tramitar no Congresso Nacional desde junho de 2012, é a prova evidente disso. O terrorismo, dentro dos paradigmas da segurança nacional e da defesa do Estado Democrático de Direito, tradicionalmente foi uma categoria normativa para delinear uma das tantas formas dos crimes políticos, mas diante do novo projeto de lei passou a ser uma dimensão autônoma que ultrapassou a questão meramente política. Sob as escusas do *boom* econômico e da respectiva posição que o país venha a tomar no cenário internacional, o projeto coloca como centro do debate a "guerra contra o terror", abandonando a tipificação de condutas clássicas de defesa da ordem constitucional.[21]

---

19. D'ARAUJO, Maria Celina. Justiça Militar, segurança nacional e tribunais de exceção cit.; DAL RI JR., Arno. Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall'Estado novo alla dittatura militare (1935-1985) cit.; DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

20. Nesse sentido, ver a série de estudos coordenados pelo Gabinete de Segurança Institucional, vinculado à Presidência da República. BRASIL. Gabinete de Segurança Institucional. *II Encontro de Estudos: Terrorismo*. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2004; Idem. *Encontro de estudos: terrorismo* (Brasília, 2005). Brasília: Presidência da República, Gabinete de Segurança Institucional, Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2006. Ambos disponíveis em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 10.12.2012.

21. "*O mandado constitucional e supralegal de criminalização do terrorismo*. A Constituição Federal indica, no artigo 5.°, incisos XLIII e XLIV, claramente, a necessidade de tipificação do crime de terrorismo. Não fosse ela, e já tratados internacionais firmados pelo Brasil demandam a mesma providência. Cita-se, entre outros, a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, objeto do Decreto-Legislativo n. 890, de 1.° de setembro de 2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Em adição, registre-se a total incompatibilidade da Lei de Segurança Nacional, n. 7.170, de 1983 com o Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988. Assim embora ofereça arremedos de tipificação de terrorismo e da ação de grupos armados, é lei inaplicável, para qual propõe a Comissão revogação expressa. Noutra linha de argumentação,

Assim, o discurso jurídico desse passado recente ganha autonomia e passa a ser objeto historiográfico factível e de relevo, na medida em que tem como motor a adaptação da ordem penal à nova ordem democrática constitucional pós-Ditadura militar. Assim, cabe uma análise pormenorizada desse discurso jurídico que (ainda) não logrou tornar-se direito vigente.

2. ENTRE A "RESERVA DE CÓDIGO" E LEI ESPECIAL: OS REGIMES JURÍDICOS DA LEGALIDADE PENAL NA REFORMA DA LSN DURANTE A REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA

A discussão sobre o lugar devido das normas relativas à repressão penal do dissenso político dentro do sistema legal jurídico-penal possui um longo histórico de discussão no Brasil. A escolha entre o Código Penal ou legislação extravagante para os crimes políticos ou, mais ainda, se se trata de um *jus specialis*, assumiu contornos dramáticos na história do direito penal nacional.

Se, durante a Era Vargas, as normas, mesmo que excepcionais, mantinham conexão com o direito penal comum, durante a ditadura militar o "direito da segurança nacional" buscava as analogias e subsidiariedade (e até mesmo a jurisdição) no direito militar.

Desta feita, o advento da LSN/1983, mesmo que se afastando da lógica vigente nos "anos de chumbo", ainda é lei especial e faz referências ao direito penal militar, e não ao comum. Por isso, a questão posta nas propostas de reforma posteriores a 1985, ou seja, se os ali denominados "crimes contra o Estado Democrático de Direito" deveriam ser incluídos no Código Penal ou mantidos à parte, adquire uma importância não só formal, mas também material quanto à constituição do regime

---

não pode nosso país imaginar-se, para sempre, 'deitado em berço esplêndido', protegido *ad eternum* de condutas de intolerância política e humanitária, capazes de valer-se de indizível violência para o prevalecimento de seu ideário. A constante inserção do país no quadro econômico, social e militar internacional não permite este grau de ingenuidade. Urge, portanto, trazer uma definição de terrorismo compatível com o regime de liberdades constitucionais, destinada a protegê-las. Conjura-se, com a proposição ora feita, o risco da legislação de urgência que poderia advir, se algum dia – que oxalá jamais venha – o Brasil for palco de atos terroristas. A proposta da Comissão está alerta para evitar que movimentos sociais venham, por inadvertência ou preferência, a receber o epíteto e a qualificação de terroristas. Não são eles o alvo da presente tipificação. Daí a ressalva claramente feita de que 'desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade', os movimentos sociais não são clientela para os tipos do terrorismo". BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal (Requerimento n. 756, de 2011, do Senador Pedro Taques). *Relatório Final que inclui o histórico dos trabalhos, o anteprojeto de novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas*. Brasília, 18.06.2012, p. 351.

de legalidade penal da nova ordem democrática. Seriam essas normas excepcionais ou de direito penal comum?

Por isso, chamou atenção a referência à "reserva de código" presente no atual Anteprojeto de Código Penal.[22] Tal proposta, elaborada por Luigi Ferrajoli,[23] enten-

22. "Foi aprovada pela Comissão a seguinte diretriz, constante do Plano de Trabalho: 'Fazer a Parte Especial o centro do sistema penal, reduzindo o peso da legislação especial extravagante'. Isso significa que a Comissão de Reforma trabalhou para tornar o Código Penal o centro do ordenamento jurídico-penal. Esse modelo otimiza o controle sobre a expansão desordenada do direito penal, assim como facilita o conhecimento do universo penal em vigor, tanto para seus operadores como para a sociedade como um todo. Nesse sentido, consagra-se a reserva de código: ou seja, que as normas em matéria de crimes e penas devem ser objeto de modificação ou integração do texto do Código Penal. Não por outra razão que a Comissão traz para o Código Penal todas as disposições de direito penal material que hoje estão fora dele e atendem aos critérios supracitados". GONÇALVES, Luiz Carlos Dos Santos. *Relatório final da comissão de juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento n. 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de n. 1.034, de 2011, de Vossa Excelência, com aprovação pelos Senadores da República em 10 de agosto de 2011*. Brasília, 18.06.2012. Disponível em: [www.senado.gov.br]. Acesso em: 10.12.2012, p. 6-7. Tal preocupação já se manifestava em outros projetos de reforma da codificação penal: "A exemplo do ocorrido com a Reforma Penal de 1984, deliberou-se remeter à fase posterior não apenas a reforma da Parte Especial do Código, que necessita, antes e acima de tudo, um amplo processo de consolidação das leis penais com harmonização dos crimes ainda previstos na legislação complementar que se avoluma constantemente. Mas não foi só a Reforma da Parte Especial adiada. Igualmente, a da teoria do crime na própria Parte Geral, fruto também de polêmica que o momento recomendava evitar". GREGORI, José. *Exposição de Motivos do Ministério da Justiça n. 318, de 11.08.2000. Projeto de Lei que altera a Parte Geral do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências*. Disponível em: [www.mj.gov.br]. Acesso em: 10.12.2012. p. 2.

23. "C'è tuttavia una riforma di cui voglio sottolineare, ancora una volta, sia la praticabilità che l'importanza: il rafforzamento del principio di legalità mediante la sostituzione della semplice riserva di legge con una riserva di codice; inteso con questa espressione il principio, da introdursi a livello costituzionale, secondo cui nessuna norma può essere introdotta in materia di reati, di pene e di processi penali se non attraverso una modifica o un'integrazione, da approvarsi con procedura aggravata, del testo del codice penale o processuale (...) Si tratterebbe bensì di una ricodificazione dell'intero diritto penale sulla base di una meta-garanzia contro l'abuso della legislazione speciale ed eccezionale. La razionalità della legge, contrapposta da Hobbes alla '*iuris prudentia* o saggezza di giudici disordinati' propria del vecchio diritto comune, è stata infatti dissolta da una legislazione di legislatori ancor più disordinati il cui effetto è esattamente quello di riprodurre, tramite la crescita della discrezionalità nella pratica giuridica, un diritto di formazione prevalentemente giurisprudenziale, secondo l'antico modello del diritto pre-moderno". FERRAJOLI, Luigi. Crisi della legalità e diritto penale minimo. In: CURI, Umberto; PALOMBARINI, Giovanni. *Diritto penale minimo*. Roma:

de que tipos penais deveriam constar apenas nas codificações penais, que por sua vez deveriam possuir quóruns qualificados para alterações. A ideia a ser preservada é que o Código enquanto sistematização de um ramo do direito necessita de maior reflexão nas reformas penais.

A questão sobre a dialética entre código e lei especial no tocante aos crimes políticos é aventada no Brasil desde a Lei de Segurança de 1935.[24] O Anteprojeto de Código Penal de Alcântara Machado propunha o retorno da matéria à codificação.[25] A comissão revisora, capitaneada por Nélson Hungria, trabalhou de acordo com o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, e manteve a questão fora da codificação.[26] Alcântara Machado apresentou crítica mostrando a incongruência criada no

---

Donzelli, 2002. p. 19-20. Contra a ideia de que a ascensão do direito jurisprudencial seja uma "regressão pré-moderna", vejam-se GROSSI, Paolo. *Introduzione al novecento giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2012; BARTOLI, Roberto. Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale. In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Le regole dell'eccezione* cit., p. 169-203; MECCARELLI, Massimo. Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*. Firenze, XL (2011), p. 721-745; MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica. *Quaderni Storici*. Bologna, n. 131, anno XLIV, fascicolo 2, p. 493-522, ago. 2009; e ARAGONESES, Alfons. Continuidad y discontinuidad del pasado en la justicia del presente. In: FERNÁNDEZ-CREHEUT, Federico; GARCÍA LÓPEZ, Daniel (org.). *Derecho, dictadura y memoria*. Granada: Comares, 2009. p. 61-78.

24. DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos* cit., p. 264-280 e NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro*. Florianópolis: UFSC, 2010. Dissertação de Mestrado em Direito.

25. MACHADO, José de Alcântara. *Nova redação do projeto de Código Criminal do Brasil: organizado por incumbência do Prof. Dr. Francisco Campos, Ministro da Justiça*. São Paulo: Ed. RT, 1940.

26. "Pensei, porém, que convinha retirar do código, deixando para leis especiais, não só toda a matéria de contravenções, como também os crimes contra a ordem política e social e os crimes contra a economia popular, que já estão definidos em leis especiais e, pela sua natureza eminentemente política, não devem entrar, a meu ver, numa codificação de direito comum (...) Na intenção de proporcionar ao Código Penal um máximo de estabilidade, a comissão, como eu próprio, julgou aconselhável excluir do seu texto todos os delitos que são atualmente objeto de legislação especial e julgados por uma justiça especial. Assim, os chamados crimes político-sociais, cuja disciplina está sujeita a uma adaptação mais freqüente às necessidades de uma repressão que varia com a diversidade dos meios de agressão, não farão parte do corpo do Código, continuando a ser regulados à parte (...) A lei deve durar, e um código ganha sempre, em eficiência e prestígio, com a estabilidade do seu texto". CAMPOS, Francisco. *O estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 142-144.

sistema penal de então[27] e Galdino Siqueira chegou a alcunhar a nova codificação de "semicódigo" dada a ausência de matéria tão importante.[28]

O fato é que de lá para cá, como sabido, os crimes políticos permaneceram fora do Código Penal. Mas desde a proposição da LSN/1983,[29] ora em vigor, debateu-se a ideia de recolocar tais crimes dentro do Código,[30] fato que não sucede desde o

27. Veja-se o histórico artigo em: MACHADO, José de Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, mar.-abr. 1941. p. 9-42.

28. "*Inexplicavelmente, foram excluídos* do código, tornando-o um semicódigo, crimes que vemos contemplados em todos os códigos antigos e modernos, e até na maioria com *preeminência*, como os crimes contra a *personalidade do Estado* (que não se devem confundir com os políticos), por afetarem as condições básicas de uma sociedade policiada, bem como os crimes contra a economia popular, relegados todos para leis especiais (art. 360)!!". SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. p. 84.

29. A questão foi colocada em jogo indiretamente já no Anteprojeto de Nélson Hungria em 1963, que não logrou entrar em vigor. Veja-se AZEVEDO, Noé. A ultratividade das leis excepcionais ou temporais. Instituto latino-americano de criminologia; Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo. *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto de Código Penal brasileiro*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1965. p. 379-391. Sobre a inserção do genocídio no Código, veja-se MELLO, José Luiz de Anhaia. A Constituição e o Anteprojeto Nélson Hungria. Instituto latino-americano de criminologia; Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo. *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto de Código Penal brasileiro* cit., especialmente p. 197-198. Interessante ainda perceber em artigo quando da edição da LSN/1967 que, de todos os exemplos buscados em direito comparado, apenas o Brasil se valia de lei extravagante. O autor, porém, não parece ter se dado conta do fato: CASTIGLIONE, Theodolindo. Lei de segurança nacional. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. ano IV. n. 16. Rio de Janeiro, jan.-mar. 1967. p. 37-54, em especial p. 41-43.

30. Tal opinião foi expressamente manifestada por Célio Lobão Ferreira durante a audiência com juristas durante os debates acerca da LSN/1983. Apresentou seu trabalho sobre o tema como contribuição aos debates, onde explica: "Classificamos as diversas figuras delituosas, constantes da Lei 6.620/78, para que melhor pudéssemos estudá-las, embora o resultado obtido deixasse a desejar, em razão da orientação que presidiu a elaboração da Lei como, aliás, vem acontecendo desde o Dl. 38/35, ou seja, compilação de dispositivos legais estrangeiros, sem a preocupação de aprofundar o conhecimento dos diversos institutos, para utilizá-los racionalmente. Nosso trabalho fica como tentativa de que, partindo-se da classificação dos diversos delitos contra a segurança do Estado, proceda-se ao estudo mais profundo da matéria, tomando-se como ponto de partida os Códigos Penais do Império e da República (1890), e elabore-se um diploma penal, de acordo com os interesses maiores de nossa Pátria, compatíveis com nossa formação social e política, evitando a tradução, pura e simples, da legislação estrangeira, como tem sido feito até agora. Quanto à inclusão dessa espécie de delitos no Código Penal, sem dúvida alguma, terá, como conseqüência, o surgimento da doutrina, na medida em que os tratadistas brasileiros não ficariam dispensados de abordar a matéria em suas obras de Direito Penal. Por outro lado, haveria a desvantagem de alterações periódicas e substanciais no Código Penal, sempre que a

Código Penal de 1891. Esse era um dos principais motes de Heleno Fragoso, um dos juristas que exerceu militância destacada na matéria.[31]

Todavia, não foi uma proposição fácil de ser materializada. Elaborado por Evandro Lins e Silva, Antonio Evaristo de Moraes Filho, Nilo Batista e René Ariel Dotti, penalistas de indubitável orientação democrática, o projeto de 1985/1986 (que serviu de inspiração às proposições subsequentes) apresentou uma "Lei de Defesa do Estado de Direito Democrático", com parte geral e especial, além de disposições processuais específicas.[32]

Somente o projeto apresentado em 1990, também de iniciativa do Executivo, propôs a inserção de tais crimes no Código Penal de 1940. Justificava-se este último pelo fato de que a "solução brasileira do Império e da Primeira República, que perdurou por quase um século e que consiste em elencar no Código Penal os delitos contra o Estado, continua prevalecendo em inúmeros países (...) e vem sendo recomendada pela Ordem dos Advogados do Brasil".[33]

Certo que os motivos historicamente determinantes dessa escolha podem ser muito diferentes. O *Codice Rocco* (Código Penal italiano de 1930, ainda vigente), por exemplo, apresentava esses crimes dentro da codificação, mas justamente para destacar tal categoria delitiva (a primeira da Parte Especial), importante ao fascismo, sem abrir mão de um "duplo nível de legalidade" no interior do próprio

---

momentânea situação política assim o exigisse". FERREIRA, Célio Lobão. *Crimes contra a segurança do Estado*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982. p. 7.

31. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sobre a lei de segurança nacional cit., p. 2; FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova lei de segurança nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. n. 35. p. 60-69. Rio de Janeiro, jan.-jun. 1983.

32. Tal questão não foi ali expressamente discutida. Poder-se-ia levantar as seguintes hipóteses: (a) a comissão não teve liberdade em escolher o método (inserção no Código ou lei especial); (b) a comissão não entendia que tal questão fosse relevante; e/ou (c) aguardando a futura reforma da parte especial da codificação penal, que deveria ser tarefa imediata à reforma da parte geral realizada em 1984, preocuparam-se apenas em extirpar a LSN o quanto antes. Todavia, manifestaram-se sobre seu entendimento quanto à lei: "O texto proposto realiza cabal inversão na concepção, prevalente nas leis anteriores, de defesa do Estado. A defesa do Estado não se confunde, como nas leis anteriores, com a defesa do aparelho do Estado contra o movimento social, e sim se exprime na defesa dos elementos históricos e jurídicos que caracterizam o Estado: a nação, a integridade territorial e a soberania". LYRA, Fernando. Exposição de Motivos EM/GM/SA/16/86, em 21 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29.01.1986, quarta-feira, Seção I, p. 1604.

33. RAMOS, Saulo. Exposição de motivos do Ministro da Justiça. Projeto de Lei n. 4.873, de 1990, do Executivo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 28.10.1994 (correção ao DCN 05.04.1990), p. 30.

Código.[34] O Projeto de 1990, por sua vez, é evidentemente uma reação ao binômio LSN-ditadura, sendo o retorno ao Código uma possibilidade de reconciliação dos crimes políticos com o direito penal.

Os fatos mostram que tal metodologia de se inserir os crimes políticos no Código Penal era alvo de suspeitas. No ano seguinte, realizou-se proposição parlamentar de idêntico teor, modificando apenas a técnica legislativa. Passaram a tramitar no Congresso Nacional dois projetos com conteúdo idêntico, apenas com a diferença de que um seria uma integração ao Código (proposição de 1990) e o outro, uma lei especial (proposição de 1991). Justificava-se ser uma necessidade técnica a adoção de lei especial para o caso. Salientavam-se os problemas de interpretação da lei, de redação legislativa e de bem jurídico diferenciado.[35] Nos casos das circunstâncias agravantes, por exemplo, o anteprojeto previa aumento de pena maior do

34. É o caso das normas especiais presentes dentro daquele código que derrogavam a disciplina geral, como o próprio art. 8, que conceituava como crime político não somente os "crimes contra a personalidade do Estado" como qualquer crime comum de conotação política. Para mais, vejam-se SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990). In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti: 1972-2007*. Milano: Giuffrè, 2009; MECCARELLI, Massimo. Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento: una comparazione tra Italia e Francia. In: COLAO, Floriana; LACCHÈ, Luigi; STORTI, Claudia; VALSECCHI, Chiara. *"Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane": le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*. Macerata: eum, 2011.

35. "Já tendo anteriormente nos posicionado pela impossibilidade de a matéria, dada a natureza, ser examinada em regime de urgência, apresentamos agora projeto de lei autônomo que, se aprovado e convertido em lei, não ensejará qualquer modificação ou mesmo inclusão de dispositivos no Código Penal. Com efeito, em termos técnicos, parece-nos ser esta a melhor solução, eis que o Projeto de Lei n. 4.703, de 1990, na forma como apresentado pelo Poder Executivo, traz, de um lado, repetições desnecessárias e até colidentes com a parte geral do Código Penal, situação esta que pode, quando da aplicação da lei, ensejar dúvidas de ordem interpretativa, com provável prejuízo ao sistema (vide art. 373, inciso II, ora eliminado no substitutivo – art. 11, dada a regra do art. 62 do Código Penal; art. 379, ora eliminado no substitutivo cuja regra se torna conflitante com o art. 16 do Código Penal). De outro lado, também a nível técnico, ao invés de acréscimos à parte geral do Código Penal, optamos (e isto, aliás, somente é possível por se tratar de projeto com vistas à edição de lei especial), nas disposições gerais, de circunscrever os dispositivos genéricos somente aos crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade, evitando acréscimos desnecessários e prejudiciais, inclusive na parte geral, deixando o sistema hoje oriundo da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, totalmente íntegro (vide art. 2.º – atual art. 19, art. 3.º, atual art. 20)". Projeto de Lei n. 2.462, de 1991 (do Sr. Hélio Bicudo) – Define os crimes contra o Estado Democrático de Direito e a humanidade. Substitutivo do PL n. 4.783, de 1990 – insere título XII ao CP. Disponível em: [www.camara.gov.br]. Acesso em: 10.12.2012. p. 3.

que o Código;[36] porém, estendia a "terroristas" a possibilidade de arrependimento posterior, restrita a crimes de baixa gravidade na codificação.

Além disso, separar os crimes comuns dos crimes políticos, dada a diversa natureza, seria uma forma de manter "íntegro" o sistema de direito penal comum:

"Julgamos, destarte, que os crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade, por se distanciarem dos crimes denominados comuns, eis que direcionados de forma mais ampla e global, supra-individual [*sic*], para atentar contra um estado de coisas (regime democrático, soberania do país) (...), mais se ajustam a uma lei específica, deixando-se ao estatuto penal os delitos que, no intuito da defesa da sociedade, definem a violação de outras formas de convivência, que surgem no relacionamento entre indivíduos (...)."[37]

A dicotomia entre codificação e legislação especial aqui, ao contrário do usualmente realizado, não tem como objetivo "salvar" o direito penal comum da emergência.[38] Ao contrário, a proposição era clara em anunciar a estabilidade institucional como maior vitória: "O que se deseja, nessa matéria, é uma legislação per-

---

36. O art. 378 previa o aumento de 1/3 contra o consenso jurisprudencial – hoje uma regra não escrita baseada na proporcionalidade – de 1/6 por serem estas "agravantes genéricas" à diferença das "majorantes" (causas especiais de aumento da pena) que, partindo do mínimo de 1/6 até 2/3, são consideradas mais graves.

37. *Projeto de Lei n. 2.462, de 1991* (do Sr. Hélio Bicudo) – Define os crimes contra o Estado Democrático de Direito e a humanidade. Substitutivo do PL n. 4.783, de 1990 – insere título XII ao CP. Disponível em: [www.camara.gov.br]. Acesso em: 10.12.2012, p. 3.

38. "Figure autorevoli, orientate a difendere l'idea originaria che vedeva nella legge penale uno istrumento di garanzia per il cittadino contro lo Stato, si impegnarono a contestare i provvedimenti eccezionali. La dottrina, per operare questa difesa, sembra però aver eletto come terreno strategico il piano giuridico-formale, affermando, da un lato, l'estraneità del problema dell'emergenza penale al programma della codificazione e proclamando, dall'altro, l'irriducibilità del diritto penale politico nel sistema penale. Esemplificativa è al riguardo la posizione di un penalista di primo piano come Francesco Carrara espressa già negli anni Settanta (...) Codificare significava per Carrara non solo salvare una concezione del penale ancorata al primato della legge, ma insieme quei principi che gli derivavano dall'essere espressione della 'suprema ragione giuridica' e istrumento di difesa delle 'libertà dei moderni'. Il progetto di 'codicizzazione' non era pensato per fare del diritto un semplice strumento della sovranità dello Stato legislatore; piuttosto serviva ad ancorare il diritto penale a un complesso di valori indisponibili. Per questo le misure eccezionali, che erano suggerite dalle 'transitorie condizioni dei tempi', non dovevano essere consolidate in un codice. La necessità di accettare l'esistenza di una legislazione penale speciale – separata dal Codice – era poi rafforzata dall' altro profilo argomentativo che rendeva irriducibile il diritto penale politico nel sistema penale. Il delitto politico, nella misura in cui risultava incompatibile con la concezione del penale che si voleva difendere, non poteva essere oggetto di una trattazione scientifica". MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale cit., p. 505.

manente, legitimada pelo consenso, para proteger valores incontestes e que não oscile ao sabor de mudanças políticas, resguardando a incolumidade do Estado democrático e os direitos dos cidadãos".[39]

Todavia, isso não significa que o projeto estivesse livre da dicotomia entre ordinário e emergencial. Não se trata apenas de preferência entre uma ou outra técnica legislativa. Ainda que a exceção possa ser inserida dentro da codificação penal, as leis extravagantes potencializam ainda mais a valência excepcional da repressão ao dissenso político. É justamente o excesso de colisões entre a disciplina da Parte Geral e os crimes contra o Estado que, por trazer a exceção para dentro da codificação em larga escala, faz optar-se pela manutenção da matéria em lei especial. Quando se afirma que o afastamento da disciplina "supra-individual" era necessário para a manutenção do sistema de "relacionamento entre indivíduos", mesmo com finalidade democrática, a exceção demonstra-se incompatível sistematicamente, o que a deixa vulnerável quanto ao estabelecimento de regras.[40]

Com a apresentação de novo projeto por parte do Executivo (2000), novamente optando por inserir os crimes contra o Estado na codificação, findou-se tal discussão.[41] Buscava-se doravante não mais ver os crimes políticos como uma exceção, mas como regras potencialmente harmônicas ao sistema penal.

---

39. RAMOS, Saulo. Exposição de motivos do Ministro da Justiça cit., p. 30.

40. "In certe letture il fenomeno delle leggi eccezionali appare fisiologico o comunque necessario nella misura in cui contribuisce al salvataggio dell'ordine costituito. Significativa, sotto quest'aspetto, è la distinzione tra strumenti di tutela dell'ordine morale e dell'ordine sociale. Il codice sarebbe servito a proteggere dagli atti che costituivano minaccia all'ordine morale, mentre le leggi temporanee e gli altri provvedimenti eccezionali avrebbero agito sul diverso campo della conservazione dell' ordine sodale; campo in cui anche comportamenti 'non immorali' potevano però risultare pericolosi 'per l'ordinamento politico e dello Stato'. Qui, nella complicazione dei piani strategici necessari per custodire quell'ordine, trovava la sua ragion d'essere il doppio livello di legalità: il diritto penale speciale si affermava come strutturalmente necessario alla stessa centralità del codice. Lo spazio separato riconosciuto al momento eccezionale diventava un modo per evitare che l'impianto del diritto penale codificato entrasse in frizione con le insuperabili contraddizioni dell'ordine liberale". MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale cit., p. 506.

41. Também nesse caso, não há uma justificativa expressa quanto à escolha do método. Aqui, porém, cita-se a Exposição de motivos da LSN/1983 e sua opção por lei extravagante como inadequada. Dizia o tal documento, da lavra do então Ministro da Justiça Ibrahin Abi-Hackel: "As leis que sucessivamente vêm tratando de tais crimes no Brasil conservam o caráter de legislação especial, por isso mesmo não incorporadas a um Código, dada a necessidade de sua freqüente alteração para atender a contingências político-sociais. Dificilmente se harmonizará tal necessidade com o caráter mais duradouro e menos flexível das normas codificadas. Por essa razão, aliada a outras de Política Criminal, não fizemos incorporar na reforma projetada título referente aos crimes contra a segurança do Estado".

Este foi um longo processo de amadurecimento. Da leitura dos trabalhos da comissão parlamentar de elaboração da LSN/1983, percebeu-se uma nítida preocupação em demonstrar que o regime ditatorial ainda não havia acabado. A questão, pelo governo, deveria se pautar pela estrita técnica jurídica, uma vez que o momento era de abrandamento da repressão.[42] Não se parece com o discurso de Francisco Campos durante o Estado Novo, que usava o tecnicismo como forma de afirmação do regime, a exemplo de Alfredo Rocco durante o fascismo italiano. Muito menos uma preocupação científica aos moldes de Francesco Carrara; no máximo, seu uso pasteurizado à moda de Nélson Hungria.[43] Tratava-se da "ditadura envergonhada" que buscava uma saída de consenso sem abrir mão do que lhe restava de forças.

A tendência de levar os crimes políticos à codificação amadureceu também pelo Anteprojeto de Código Penal de 1998.[44] Mas o Anteprojeto de Código Penal de 2012, de modo inovador, traz os crimes de terrorismo no seu bojo como fórmula para a substituição da LSN. A longa Exposição de Motivos parte expressamente da ideia de "reserva de código", tendo em vista as mazelas sofridas pelo sistema penal brasileiro graças à inflação legislativa, especialmente durante os anos de 1990,[45] mas nada antes disso.

Apud BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado democrático de direito. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II, p. 318.

42. "É tempo, realmente, de discutirmos, com precisão, a Lei de Segurança Nacional. Ela é uma lei penal como qualquer outra. Ela não responde por percentagem íntima da população carcerária em nosso País (...) não existe sequer meia dúzia de pessoas presas no sistema carcerário brasileiro em razão da Lei de Segurança Nacional. Mas nem por isso, deixa de ser uma lei penal, e como tal, permanentemente, submetida a um esforço de atualização e aperfeiçoamento". BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 13.

43. Sobre o tema, remetemos mais uma vez a DAL RI JR., Arno. O Estado e seus inimigos cit., p. 264-280 e NUNES, Diego. O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945) cit. Para o caso italiano, vejam-se as sessões "Il penale dei codici e la dialettica dei diritti tra XIX e XX secolo" e "Gli orientamenti dottrinali tra XIX e XX secolo". In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia* cit., p. 429-1035.

44. "Diante desse quadro, oportuna seria a tipificação do terrorismo – bem como a inserção dos delitos políticos – no Código Penal brasileiro. Não é conveniente, nem apropriado, remeter à legislação extravagante a proteção penal de bem jurídico essencial como a integridade e a estabilidade da ordem constitucional. A gravidade e urgência dessas condutas exigem sua imediata inclusão na legislação penal fundamental". PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *RT* 771/450. São Paulo: Ed. RT, 2000.

45. Sobre a "reserva de código", vejam-se comentários e notas *supra*. Sobre a questão da "inflação legislativa" como modo de execução da "eficácia invertida" tendo em vista a seletividade do sistema penal, vejam-se os trabalhos de Vera Regina Pereira de Andrade: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo

Em geral, os projetos de modificação à LSN foram elaborados a partir de uma escassa consciência histórica. As exposições de motivos dessas proposições apresentam um panorama com as normas penais de defesa do Estado desde as codificações imperial de 1830 e republicana de 1890, que da Era Vargas em diante passam às leis extravagantes.[46] Mais apurado nesse sentido foi o Projeto de 1990, único a recordar da legislação de combate ao anarquismo de 1921[47] – contemporânea ao Código Penal da República Velha – como marco da duplicação entre os níveis de legalidade penal na legislação republicana brasileira.[48]

O valor almejado por essas reformas era dar um marco regulatório estável que fosse símbolo de um novo Estado Democrático de Direito: "Embora se admita a existência de leis especiais no regime democrático, a introdução da matéria atinente à defesa do Estado na lei comum [o Código] tem forte valor simbólico, representando a superação da fase, iniciada em 1921, das leis especiais que tantas

prometido ao garantismo prisioneiro. *Sequência*. vol. XXVIII. p. 237-260. Florianópolis: UFSC, 2009; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (org.). Teoria geral da tutela transindividual. *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. I, p. 793-809.

46. "Bem antes do desenvolvimento de uma específica doutrina, a locução segurança nacional já era parte integrante do direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1934, por exemplo, a ela dedicava o seu título VI, voltado, todavia, predominantemente, para questões afetas à segurança externa e às Forças Armadas. Foi sob a égide desta carta que surgiu a Lei n. 38, de 4 de abril de 1935, editada após [*sic*] a denominada Intentona Comunista, e que deu início à tipificação, em lei especial, dos crimes contra a segurança nacional, seguida de outros textos legislativos". BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado democrático de direito cit., p. 317.

47. "A partir de 1921, com o Decreto n. 4.269, de 17 de janeiro, regulando 'a repressão ao anarchismo', tais crimes passaram a ser definidos em lei especial. Assim, são fortemente marcados pelas peculiaridades do período getuliano os seguintes diplomas: (...) Sob a égide da constituição da Constituição de 1946, a Lei n. 1.802, de 5 de janeiro de 1953, procurou conciliar o regime democrático restaurado com a defesa da ordem política e social". RAMOS, Saulo. Exposição de motivos do Ministro da Justiça cit., p. 29.

48. Sobre o duplo nível de legalidade no Brasil-Império, veja-se o tratamento penal do escravo. Exemplar o trabalho de BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, 190. 2006, p. 290 ss. Sobre a questão da inserção do duplo de legalidade dentro das codificações vejam-se SOLIMANO, Stefano. Aspectos da história das codificações modernas: conexões entre a dimensão ideológica e os regimes de legalidade. In: DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego (org.). *Anais Encontros de História do Direito da UFSC: Regimes de legalidade e a construção do direito penal moderno: a questão do crime político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009; MECCARELLI, Massimo. Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento cit.

vezes agrediram os valores que deveriam defender".[49] Assim, "é inegável o mérito das proposições, estando o País a carecer de uma legislação moderna que proteja a soberania nacional, o regime democrático, os direitos de cidadania e o pluralismo político e seja consentânea com o contexto político atual".[50] Trata-se da inversão do valor simbólico do crime político no interior do Código, se comparado com o fascismo e, acima de tudo, a busca pela superação do paradigma emergencial na legislação penal-política nacional.

Assim, a passagem de uma lei especial de segurança nacional para um capítulo do Código Penal comum significava nesse momento de consolidação democrática o rompimento definitivo com a lógica securitária inaugurada ainda na Era Vargas, que se desenvolveu durante a Guerra Fria e teve como ápice a Ditadura Militar. Algo talvez impensável ou irrealizável na década de 1980. De uma só vez, mudar-se-ia a ideia fundante – da amplíssima segurança nacional à restrita defesa do Estado – e proporcionaria o retorno da matéria à codificação penal – a exemplo da experiência monárquica e da Primeira República.

Nesse ponto, a única diferença seria a disposição da matéria no diploma legal. Enquanto o Código Criminal de 1830[51] e o Código Penal de 1890[52] utilizavam a escala decrescente, o que colocava os crimes contra o Estado no início da Parte Especial, o Código Penal de 1940, ora em vigor, utiliza a escala crescente, que, junto da exclusão dos crimes políticos da codificação, foi razão para acalorados debates.[53] Assim, partindo dos crimes contra a pessoa e finalizando com os crimes contra a Administração Pública, o local destinado aos crimes políticos seria o último título, como de fato apontam todos os projetos de lei. Simbolicamente, significa também retirar a tal categoria de crimes sua condição de protagonista da legislação penal, como fora durante a Ditadura Militar.

Para além dessa função simbólica há efeitos práticos dentro de uma lógica de sistema. O principal é que a inserção dos crimes contra o Estado na codificação penal libertaria a matéria de qualquer influxo da lei penal militar sobre a aplicação de tais figuras criminosas. Na prática, seria retirar tais crimes de uma condição de

49. RAMOS, Saulo. Exposição de motivos do Ministro da Justiça cit., p. 30.

50. *Projeto de Lei n. 6.764, de 2000*. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. Voto em separado do Deputado Antonio Carlos Biscaia. Disponível em: [www.camara.gov.br]. Acesso em: 10.12.2012. p. 4.

51. BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal, nos arts. 68 a 119.

52. BRASIL. Decreto n. 847 – de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal, nos arts. 87 a 126.

53. Sobre o estatismo liberal do séc. XIX e suas tentativas de superação no séc. XX veja-se COSTA, Pietro. Diritti. In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritti*. Roma-Bari: Laterza, especialmente p. 51-54.

subsistema de direito penal militar aplicado a civis, incompatível com o Estado Democrático de Direito, e restabelecer definitivamente o papel do Direito Militar dentro de seu cânone ideal,[54] bem como de aplicar aos civis a legislação que lhe corresponde.

Em que pese no campo processual a Constituição já haver resolvido o problema da competência, a lógica de sistema e o emprego de princípios e categorias adequadas à condição do acusado foi uma das razões para as proposições legislativas que buscavam liberar o ordenamento dos resquícios da lógica ditatorial de viés militar.

Por fim, cabe lembrar que uma corrente minoritária no congresso pleiteava a simples e completa eliminação da LSN do ordenamento. De tal sorte, chegou-se a apresentar projetos de simples revogação. A hipótese vinha sendo discutida desde antes da aprovação da LSN/1983, mas a opinião majoritária entendia que havia um núcleo de situações que merecia tutela penal, pelo reconhecimento da defesa do Estado Democrático de Direito como um bem jurídico de primeira grandeza. Interessante é que o parecer que entendeu inadequada a mera revogação da LSN fez questão de afirmar a necessidade de inserção de tais normas no Código Penal.[55]

O discurso de que uma lei seria inválida porque criada sob o manto da ditadura já foi causa de discussão no STF. A ADPF 130-7 retirou a eficácia da Lei de Imprensa, que assim como a LSN continha uma série de dispositivos inadequados à nova ordem constitucional. Tratou-se de uma tentativa isolada de se fugir da imagem do ordenamento jurídico como palimpsesto, conforme a imagem ideada por Boaventura de Sousa Santos.[56] Ou seja, a configuração normativa se dá pela sobreposição

54. Nesse sentido, também se destaca a progressiva restrição de competência da Justiça Militar, conforme a Lei 9.299/1996 e, mais recentemente, a Lei 12.432/2011, que alteram o Código Penal Militar.

55. Projetos de Lei 3.054/2000, e 3.163/2000. Parecer, relator Inaldo Leitão: "Temos, portanto, que a Lei de Segurança Nacional em vigor não tem mais como se sustentar, quer do ponto de vista político, quer do ponto de vista técnico. Politicamente, porque traz impregnada consigo, de maneira irremediável, a conotação repressora da época e do sistema que a conceberam; tecnicamente, porque não se coaduna com a Constituição de 1988, que se pauta pelo fortalecimento do Estado Democrático de Direito. É certo que esse Estado Democrático de Direito necessita de proteção legal; contudo, a mesma deve se traduzir numa legislação moderna, consentânea com a ordem jurídica vigente no país. Melhor ainda seria se tal legislação fizesse parte do próprio Código Penal, como recomenda a melhor técnica legislativa. Várias iniciativas legislativas nesse sentido já foram anunciadas, inclusive por parte do Poder Executivo; nenhuma, entretanto, está ora em tramitação. Oxalá as presentes proposições tenham o condão de apressá-las". p. 4.

56. SANTOS, Boaventura de Sousa. The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique. *Law & Society Review*. Boston, vol. 40, no. 1 (Mar. 2006), p. 47.

de leis de diversas matrizes, no caso brasileiro coloniais, imperiais e republicanas – democráticas e autoritárias.[57]

Se de um lado isso demonstra que não há como simplesmente esquecer ou se livrar do passado (normativo) autoritário, de outro não significa a desnecessidade de mudanças. E, no caso da LSN, a experiência do último século demonstra que a forma condiciona o conteúdo. A sombra do passado autoritário ainda não foi superada, ainda que discutida, e necessita ser resolvida também em nível legislativo.

3. DA FUGA DA LÓGICA SECURITÁRIA À PROTEÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A questão dos regimes da legalidade demonstra que a prioridade das propostas de reforma à legislação de segurança nacional era apresentar uma mudança nítida de perspectiva. A LSN/83 foi apenas um meio-caminho que necessitava continuar a ser trilhado. Heleno Fragoso demonstrou que se abrandou, mas não se abandonou o velho paradigma da segurança nacional. Em alguns episódios dos últimos anos, como as greves da Polícia Militar na Bahia[58] e dos bombeiros no Rio de Janeiro,[59] o movimento "O Sul é meu País",[60] as ocupações do MST no Rio Grande do Sul,[61]

57. "All these transformations occurred as ruptures, as processes, which, instead of capitalizing on the positive features of previous transformations, aimed to sweep away all traces of them and make a new beginning, unable or unwilling to accommodate the immediate past. In reality, however, ruptures coexisted with continuities, blending explicit and self-proclaimed ruptures with unspoken continuities and so giving rise to very complex legal and institutional constellations and hybridizations". SANTOS, Boaventura de Sousa. The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique cit., p. 48.

58. MARTINS, Marco Antônio. Com base na Lei de Segurança Nacional, 7 são denunciados por greve da PM na BA. *Folha de São Paulo*. 18.04.2013. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/04/1264665-ministerio-publico-denuncia-sete-por-greve-da-pm-na-bahia.shtml]. Acesso em: 10.10/2013.

59. Na mesma notícia da nota anterior, faz-se menção ao líder grevista dos bombeiros fluminenses denunciado pelos mesmos crimes dos grevistas baianos.

60. "Em 05.05.1993 O Governo Federal através do Ministério da Justiça, anuncia que irá punir com rigor todos aqueles que pregarem o separatismo no território nacional. Como primeira medida contra o separatismo, o Governo Federal através do Ministério das Comunicações anuncia a suspensão de todas as emissoras gaúchas que divulgarem o separatismo. A Polícia Federal, por determinação do Ministro da Justiça, deve apreender todo e qualquer material de propaganda. É indiciado pela Polícia Federal, o líder do separatismo gaúcho, com base na lei de Segurança Nacional", Francisco Bruno Neto. A história do constitucionalismo no Brasil (resumido). *Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional*. Disponível em: [www.profbruno.com.br/const_02.htm]. Acesso em: 10.10.2013.

61. GLASS, Verena. MST faz denúncias à ONU contra processo de criminalização. *Repórter Brasil*. 25.07.2008. Disponível em: [http://reporterbrasil.org.br/2008/07/mst-faz-denuncias-a-onu-contra-processo-de-criminalizacao/]. Acesso em: 10.10.2013.

os ataques do PCC em São Paulo[62] e, mais recentemente, nas manifestações contra os gastos da Copa do Mundo em Minas Gerais,[63] em que se aventou a possibilidade de aplicação da LSN, demonstram que o "monstro" continuava ali, apesar de "adormecido":

"A nova lei de segurança representa um avanço notável que não pode deixar de surpreender os que se opõem ao regime político em vigor. A doutrina da segurança nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra, parecia ser a alma do sistema. A nova lei tende a tornar raros os processos por crime contra a segurança do Estado. Essa nova lei, no entanto, está longe de constituir uma solução definitiva em nosso direito, no que tange aos crimes políticos (...). Demos agora, com a nova lei, um passo largo. Temos que prosseguir na caminhada."[64]

O já citado Anteprojeto de 1985/1986, preparado por comissão de notáveis penalistas de empenho civil durante os "anos de chumbo" brasileiro, é o primeiro a buscar o rompimento com a lógica securitária. Àquele tempo, segurança nacional era um conceito abstrato que necessitava de meios diversos para sua materialização, o que resultou numa legislação elástica e de viés militarizado. Assim, "a defesa do Estado não se confunde, como nas leis anteriores, com a defesa do aparelho do Estado contra o movimento social, e sim se exprime na defesa dos elementos históricos e jurídicos que caracterizam o Estado: a nação, a integridade territorial e a soberania".[65]

---

62. SONTAG, Ricardo. O excesso como medida: os projetos de enrijecimento penal após os "ataques do PCC" e a cultura punitiva contemporânea. *Espaço Jurídico*. Chapecó-SC, vol. 8, 2008.

63. PARANAIBA, Guilherme. Delegado quer usar Lei de Segurança Nacional para punir vândalos em Belo Horizonte. *Estado de Minas*. 02.07.2013. Disponível em: [www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/07/02/interna_gerais,415618/delegado-quer-usar-lei-de-seguranca-nacional-para-punir-vandalos-em-belo-horizonte.shtml]. Acesso em: 10.10.2013.

64. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional cit., p. 69. Da mesma forma, na historiografia jurídica: "Dalla fine della dittatura militare e dalla promulgazione della Costituzione Federale del 1988, la Lei de Segurança Nacional del 1983 è stata applicata in rarissime occasioni. È stata in gran parte svuotata dal contenuto autoritario che ha caratterizzato le norme anteriori e in un nuovo contesto in cui le tensioni sociali sono ben diverse, la LSN lentamente ha perso il suo significato originario". In: DAL RI JR., Arno. Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall'Estado novo alla dittatura militare (1935-1985) cit., p. 368. Veja-se, em especial: "Porém, as duas últimas frases do aludido artigo [acima citadas] soam como o cântico final do trânsito de Heleno Cláudio Fragoso pelos purgatórios e pelos infernos da divina Comédia da perseguição ideológica e política. Um trânsito rumo ao paraíso de um novo cenário de maior liberdade na lei e na justiça: 'Demos agora, com a nova lei, um passo largo. Temos que prosseguir na caminhada'". DOTTI, René Ariel. Heleno Fragoso e a reforma penal. In: *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 576.

65. LYRA, Fernando. *Exposição de Motivos EM/GM/SA/16/86, em 21 de Janeiro de 1986* cit., p. 1604.

Assim, essa proposta de reforma adotou como bem jurídico a "defesa do Estado de Direito Democrático". A preocupação deixa de ser com a defesa das instituições contra o dissenso da sociedade em nome da defesa do Estado, para a defesa dos históricos elementos constituintes da soberania – povo, território e governo, sob o viés da democracia.[66] A doutrina de segurança nacional, ao fim da ditadura, demonstrou-se objetivamente inadequada porque não era capaz de defender o Estado, mas uma determinada forma de governo – autoritária – que incitava a sociedade ao conflito:

"O abandono da doutrina da segurança nacional atende não só aos nefastos efeitos por ela produzidos em sua aplicação prática – alta repressividade, estímulo a confronto entre grupos políticos, cerceamento de liberdades públicas, notadamente de manifestação de pensamento e de imprensa, reiteradas violações a direitos humanos fundamentais – mas principalmente à sua insuficiência para promover eficazmente a proteção do Estado de Direito Democrático, a cujas premissas, em certas instâncias, se opõe cabalmente."[67]

Esse é um ponto unânime nos projetos de lei[68]. Todos rechaçavam o discurso da suplantada ordem autoritária e suas mazelas na produção legislativa[69]. O problema

66. "L'ordinamento autoritario, infatti, protegge soprattutto e innanzitutto, attraverso le varie e articolate fattispecie incriminatrici, il potere come tale e il nucleo dei suoi detentori, escludendo a priori ogni ipotesi di trasformazione istituzionale e comunque di alternativa nel reggimento della cosa publica. L'ordinamento democratico tutela, invece, essenzialmente il metodo mediante cui il potere può essere acquisito ed esercitato, e le forme che ne rendono lecita la possibile trasformazione secondo i principi costituzionali". GALLO, Ettore; MUZCO, Enzo. *Delitti contro l'ordine costitutzionale*. Bologna: Pàtron, 1984. p. 11.

67. LYRA, Fernando. *Exposição de Motivos EM/GM/SA/16/86, em 21 de Janeiro de 1986* cit., p. 1604. Claro que esta era uma discussão já consagrada antes mesmo da LSN/1983, pois conforme Antônio Evaristo de Moraes Filho, "o que se verificou de 64 para cá, em primeiro lugar, foi uma hipertrofia do conceito de valor da Segurança Nacional e esta hipertrofia pode ser sintetizada por um simples cotejo entre a constituição de 46 e esta emenda Constitucional que hoje nos rege (...) há na Lei de Segurança Nacional a distorção de, ao querer resguardar de forma exagerada, o que seria a segurança nacional, despreza-se paralelamente e sufoca-se, coloca-se em risco os direitos e garantias individuais". BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 11.

68. "A Comissão elaborou o presente anteprojeto procurando interpretar o sentimento da sociedade civil brasileira, ciosa da importância da liberdade duramente conquistada e da necessidade do respeito ao pluralismo político e às instituições democráticas. Trata-se de um texto de tutela de valores elevados do Estado e da sociedade, a serem respeitados a todo tempo, por oposição e governo, independentemente de quem esteja em uma ou outra posição. Um documento que celebre a maturidade institucional brasileira". BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado democrático de direito cit., p. 323.

69. "Esse tipo de situação, de que vimos inúmeros exemplos, inclusive no Brasil, conduz sempre ao aparecimento de leis penais excepcionalmente severas e malfeitas. Fazendo leis

estava em como materializar essa nova perspectiva através de normas, especialmente em tipos penais. Assim, o aprimoramento técnico-jurídico que contribuísse para a construção de um "direito penal mínimo" e "garantista" tornou-se o centro das discussões.

Tema pujante era a presença de tipos penais abertos, ou seja, fórmulas incriminadoras amplas passíveis de interpretação arbitrária. Não bastava mais garantir formalmente a previsão legal, mas que ela fosse clara nos aspectos objetivo (conduta) e subjetivo (finalidade), de modo a preservar materialmente o princípio da legalidade penal. Não por acaso, ainda durante a discussão da LSN/1983 ora em vigor, esta foi apresentada como a maior dificuldade em nível de técnica legislativa.[70] As iniciativas subsequentes sempre se referiam à lei vigente ou às proposições anteriores no sentido de que a fórmula ora em discussão traria algum avanço nesse sentido.

Entretanto, esse não foi um ponto fácil de resolver. Um dos obstáculos era retirar os resquícios de "Direito Penal do autor", manifestos na perseguição de um tipo ideal de subversivo, para o qual era funcional a utilização de tipos abertos. A resposta seria partir "da consideração dos bens jurídicos tutelados em lugar de fixar uma tipologia de autor e hipóteses fluidas de conduta, a exemplo dos tipos abertos, tão ao gosto diplomas autoritários (...). A ofensa ao princípio da reserva legal e da taxatividade das normas incriminadas, como corolário lógico, foi constante sob o império das legislação anterior".[71]

---

desse tipo o governo tem a vã sensação de que está reagindo". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política.* Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 58-59.

70. Dr. Laércio Pelegrino se situa na afirmação de que "não se aceita uma lei de Segurança como a que está em vigor no nosso País, na qual além dos defeitos já apontados, prepondera os chamados tipos abertos com descrições muito amplas dos modelos das condutas proibidas. Os enunciados vastos e indefinidos, como por exemplo o dos artigos 39 e 59 e seus parágrafos, geram o subjetivismo no aplicador da lei, dando-lhe uma amplitude de entendimento inaceitável em matéria penal. Conceitos vagos, elásticos e indeterminados como se segurança interna, integrada na segurança nacional, guerra psicológica adversa e guerra revolucionária, produzem uma visão sem limites dos comportamentos incriminados"; já o Relator Murilo Badaró: "Com relação à falta de melhor tipificação de delitos, julgamos procedente as críticas eis que um dos pilares de nosso direito é exatamente o preceito de que não há crime nem pena sem lei anterior que os defina. A norma penal em aberto não se compagina com as melhores tradições de nosso direito, sem embargo de que nesta espécie de delito capitulado na Lei de segurança Nacional não é fácil sua perfeita tipificação, eis que 'costuma ser imprevisíveis as formas com que se manifestam os ilícitos penais nela previstos' (Mário Pessoa –Direito de segurança Nacional)". BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 11 e 20.

71. LYRA, Fernando. *Exposição de Motivos EM/GM/SA/16/86, em 21 de Janeiro de 1986* cit., p. 1604.

A solução encontrada nas proposições de lei especial foi a manutenção do novo critério para o estabelecimento do dolo constante no art. 2.º da LSN/1983. Ou seja, a exigência do atendimento simultâneo aos critérios objetivo (ação ameaçadora ou efetivamente lesiva à ordem democrática e ao Estado de Direito) e subjetivo (o móvel do agente tem como escopo a turbação do mesmo bem jurídico). Fragoso demonstrou anos antes que tal medida não é por si só necessária, pois uma democrática interpretação da lei exigiria a finalidade especial de lesar a segurança do Estado e suas instituições. A própria Justiça Militar já aplicara tal conceito e o STF o continua aplicando após a Constituição de 1988.

Os conceitos vagos não foram de todo eliminados do Anteprojeto, razão para muitas emendas aos projetos de 1990 e 1991, amplamente baseados neste. Assim, outra estratégia seria garantir a subsidiariedade do crime político com relação aos crimes comuns. A preocupação imediata baseava-se no fato de que a amplitude do bem jurídico segurança nacional nos termos traçados durante a Ditadura Militar fez com que determinadas situações de direito penal comum – e outras nem mesmo de direito penal – migrassem para tal legislação especial, a exemplo da liberdade de imprensa[72] e direito de greve.[73]

O direito de manifestação é um dos pontos a se tornar objeto de polêmica. Adquire importância ainda maior ao longo da década de 1990. A ascensão de novos movimentos sociais como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) geraram a discussão sobre a aplicação da atual LSN, bem como se os projetos em discussão incidiriam sobre essas condutas.[74] A aplicação da lei contra o problema da reforma agrária foi recorrente durante a ditadura.[75] Isso sem contar nos

72. Nas palavras de Célio Lobão Ferreira, "indispensável a reformulação da Lei de Segurança Nacional, pois há nela dispositivos já contemplados no Código Penal comum, no Código Penal Militar e na Lei de Imprensa, havendo necessidade de se estabelecer a diferenciação entre elas para melhor definição e tipificação dos delitos"; já José Bernardo Cabral, pela OAB: "A posição correta da OAB é a de que crimes relacionados à manifestação de pensamento, praticados através de imprensa, devem, induvidosamente, voltar à lei de Imprensa, a fim de que sejam submetidos ao regime especial de crimes cometidos pela Imprensa". BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 3 e 9. E para a comissão do Anteprojeto de 1985/86, "O Código Penal e a Lei de Imprensa contêm respostas apropriadas para tais comportamentos que somente ganham relevo de agressão efetiva à segurança do Estado quando tipificarem a conspiração". BRASIL. Ley de Defensa del Estado Democrático. Exposicioón de motivos del Anteproyecto cit., p. 227.

73. A EC 22 ao Projeto de 1990 visava regulamentar a greve por parte dos funcionários públicos.

74. Sobre a aplicação da LSN contra o MST no estado do Rio Grande do Sul, SCALABRIN, Leandro Gaspar. O crime de ser MST. *Observatorio Social de América Latina*. n. 24. ano 9. p. 201-208. Buenos Aires, out. 2008.

75. "Abandona-se o texto simplesmente lamentável que vinha em vigor, em favor de uma fórmula que faz sentido, se se considerada a finalidade da lei. Perigosa é apenas a incrimi-

recentes episódios de greves nas universidades federais e de corporações das forças armadas.[76] Em linhas gerais, Fragoso sublinhava que "a incitação, a propaganda e a apologia têm de estar rigorosamente limitadas pela idéia fundamental do bem jurídico a defender: a segurança do Estado. Devem ser abandonadas as fórmulas vagas e perigosas da lei vigente".[77]

Outro ponto crucial dos projetos de reforma é a retirada da sombra das Forças Armadas sobre tal legislação. A lógica militar se manifestava principalmente por dois pontos, acolhidos pela LSN/1983: a competência da Justiça castrense para o processo e julgamento dos crimes políticos e a aplicação subsidiária dos Códigos Penal e de processo penal militares nos casos omissos.

No tocante à regra de competência, desde o debate para a aprovação da atual LSN cogitava-se a possibilidade de se retornar ao critério da Constituição de 1946 e da Lei 1.802, de 05.01.1953. Ali, previa-se que os crimes contra a segurança interna, os ditos "crimes políticos próprios" por atentarem à ordem constitucional vigente, eram de competência da Justiça comum Federal. Ao passo que os crimes contra a segurança externa, ditos "lesa-pátria", porque ameaçadores à integridade territorial ou à soberania internacional, eram atribuição da Justiça Militar.

---

nação da propaganda (e da incitação) de luta pela violência entre as classes sociais. Essa disposição serviu indebitamente para a inclusão na lei de segurança de conflitos de terras, como a experiência demonstrou. É verdade que agora o crime depende, sem a menor dúvida, de motivação política ou de propósito político-subversivo e de lesão, real ou potencial, aos interesses da segurança do Estado". FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova lei de segurança nacional cit., p. 67.

76. Nesse sentido, apesar de orientação político-ideológica bastante evidente e de técnica pouco apurada, o parecer do IAB ao projeto de 2000: "Este projeto de lei representa um claro atentado aos direitos das pessoas, que pretende subjugar aos interesses de um pretenso Estado protetor, ou promotor dos direitos fundamentais, mas, que paradoxalmente, é, em regra, o vilão na violação de nosso Direito. É uma lei para ser esquecida, ao tentar exumar a prevalência do opressor sobre o mais débil, o cidadão, devendo ser revogada a Lei 7.717 [*sic*], de 14-12-1983 (Lei de Segurança Nacional), pela sua incompatibilidade com o Direito vigente. Rio de Janeiro, 2 de outubro de 2009". FERREIRA, Alexandre Brandão Martins. 02.10.2009. PL 6.764/2002. Projeto de lei do executivo. Tipificação de crimes contra o Estado Democrático de Direito. Tipos vagos, abertos. Atentado à prevalência da pessoa sobre o Estado. Art. 1, III, CF/1988. Fortalecimento da democracia participativa. Inocuidade do direito penal como defesa de valores democráticos. Exumação da Lei de Segurança Nacional. Nova roupagem. Parecer Aprovado pela CPDC, em 18.10.2009. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 2009. p. 11.

77. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sobre a lei de segurança nacional. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 30, p. 6. 1980.

Contra o parecer de todos os juristas convidados a opinar[78] e utilizando-se de argumento falacioso,[79] tal proposta mitigadora não foi aprovada em 1983, restando a competência militar em plenitude. Não obstante, a proposta foi novamente aventada no Anteprojeto de 1985/1986, como modo de reconciliação com a tradição anterior.[80] A questão viria a ser resolvida em modo definitivo pela Constituição de 1988. De um lado, esta previu que os crimes políticos fossem de competência aos juízes federais em primeira instância, cabendo recurso ordinário ao STF. De outro, atribuiu-se à Justiça Militar competência restrita aos crimes militares. Desta feita, eliminou-se qualquer intervenção jurisdicional por parte das Forças Armadas na matéria, a esta altura também vantajosa à Justiça Militar, dado o imenso desgaste da imagem institucional pós-Ditadura Militar.[81]

---

78. Sobre a competência para processo e julgamento, Célio Lobão Ferreira entendeu que o único mérito da Justiça Militar era o da celeridade, mas era favorável à prerrogativa da Justiça Federal. BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 2-3; para Antonio Evaristo de Moraes Filho: "não se concebe porque a Justiça Militar que é destinada ao julgamento dos crimes militares, foi criada e a finalidade é esta, pode julgar os crimes contra a segurança externa e os crimes militares. Porque a Justiça Militar vai julgar os crimes políticos? Isto não é assim em nenhuma nação democrática". BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 12. Para Fragoso, "seu defeito máximo [da LSN/1983] é a manutenção da jurisdição militar para o processo e julgamento desses crimes. A Constituição, aliás, estabelece a competência da Justiça Federal (art. 125, IV), permitindo, no entanto, que o foro militar se estenda aos civis para a repressão dos crimes contra a segurança nacional (art. 129, § 1.º). A evolução de nosso direito, nesta matéria, certamente conduzirá no futuro ao retorno à competência da justiça civil, pelo menos para o processo e julgamento dos crimes contra a segurança interna". FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova lei de segurança nacional cit., p. 69.

79. O rel. Murilo Badaró faltou com a verdade histórica ao ignorar os critérios de competência durante Império e República Velha, períodos em que a Justiça Militar não tinha tal alcance: "Não damos guaridas à tese quanto ao problema da competência da Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional, até mesmo porque tal disposição está expressa no texto constitucional, de modificação politicamente inviável nas atuais circunstâncias. Há propostas para que o julgamento dos crimes políticos fique sob a jurisdição da justiça penal comum e outros o desejam no domínio da Justiça Federal. Historicamente, no Brasil, sempre esteve sob a competência jurisdicional da Justiça Militar o processo e julgamento dos crimes graves contra o Estado, quer contra sua segurança externa como a interna, hoje conceitos justapostos praticamente pela relação de mútua causalidade". BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 19-20.

80. LYRA, Fernando. *Exposição de Motivos EM/GM/SA/16/86, em 21 de Janeiro de 1986* cit., p. 1606.

81. "O fato de os militares terem concordado em converter seu tribunal corporativo em um tribunal de exceção revela aspectos díspares. De um lado mostra quanto a corporação estava identificada com um projeto de governo e de Estado autoritário e como se sente segura para empreender esse projeto. Ao contrário dos anos 1930 a instituição estava forte o suficiente para punir internamente os dissidentes e para punir todos aqueles

Importante salientar que a transferência de competência não é de *per si* a solução dos problemas. O próprio Fragoso, contrário à atribuição militar de julgar civis, admitia em 1980 a manutenção de tal atribuição. Claro, a razão imediata era lutar com as armas possíveis – uma transição lenta, como de fato ocorreu – mas também porque o principal problema era interpretativo. O próprio STM foi capaz de dar interpretação democrática ao crime político.[82] Claro que o atual critério constitucional é mais acertado, mas não suficiente. A jurisdição sobre os crimes políticos deve basear-se sobre critérios democráticos, um grande esforço diante do passado autoritário.[83] Assim, as proposições ao início dos anos 1990 justificam-se pertinentes, dentre outras coisas, para disciplinar a mudança em decorrência da atual Constituição.

Outra questão importante é a que diz respeito sobre quais disposições subsidiárias devem ser utilizadas, se as de direito penal e processual comum ou militar. Na verdade, tal situação foi incluída apenas na LSN/1978, em reação à jurisprudência do STF no sentido de que as leis de segurança nacional eram leis penais especiais

considerados inimigos do regime. De outro lado fragiliza as Forças Armadas ao transformá-las em algozes em um regime político discricionário. A instituição militar ficou indelevelmente associada ao arbítrio, à tortura e o STM marcado por ter sido de fato um tribunal de exceção. Durante a ditadura militar, mais do que durante o Estado Novo, ficou explícito para os donos do poder que um Tribunal de exceção era a melhor forma de punir os crimes contra o Estado. Em ambos os momentos não se confiou na ordem jurídica legalmente constituída. Do ponto de vista dos custos de imagem, o regime militar foi mais pernicioso para as Forças Armadas: eram o Poder Executivo e ao mesmo tempo, através da Justiça Militar, tinham o monopólio no julgamento dos crimes contra o Estado. Havia uma superposição de poderes com custos altos para a sociedade e para a instituição. Foi esse paroxismo de poder que exauriu o prestígio político da instituição". D'ARAUJO, Maria Celina. Justiça Militar, segurança nacional e tribunais de exceção. *30.º Encontro Anual da ANPOCS* cit., p. 18.

82. "Temos, porém, sustentado que é possível dar à lei uma interpretação que se ajuste às exigências de um sistema democrático de defesa da segurança do Estado. Nenhuma lei é suficientemente má quando existem bons juízes. O próprio Superior Tribunal Militar adotou invariavelmente, no passado, uma concepção democrática do crime político. Essa orientação que se refletia em constante jurisprudência, foi elaborada mesmo nos tempos difíceis, em que tínhamos uma criminalidade política violenta e grave". FRAGOSO, Heleno Cláudio, Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional cit., p. 34.

83. "En la formación y selección de Jueces y Magistrados está, en mi opinión, el futuro del palimpsesto jurídico hispano. De ella depende la pervivencia de comportamientos del pasado o su sustitución por un modelo más fiel a la concepción que en los sistemas jurídicos de nuestro entorno se tiene de la normatividad de la Constitución y de los derechos y libertades". ARAGONESES, Alfons. Continuidad y discontinuidad del pasado en la justicia del presente. FERNÁNDEZ-CREHEUT, Federico; GARCÍA LÓPEZ, Daniel (org.). *Derecho, dictadura y memoria*. Granada: Comares, 2009. p. 78.

"de convocação ilimitada", e não legislação penal militar especial.[84] As discussões presentes nos projetos tratavam especialmente sobre a questão dos critérios diferenciados para a aferição da imputabilidade do acusado, previstos no CPM. A preocupação era com que jovens entre 16 e 18 anos pudessem ser enquadrados como capazes de responder processo por crime contra a segurança nacional. Todavia, a norma de 1983, em que pese aceitar a utilização da legislação castrense, fazia ressalva expressa quanto à inimputabilidade dos menores de 18 anos. Tal situação também se tornou ponto pacífico com a Constituição de 1988, cuja norma sobre imputabilidade tem valor de cláusula pétrea.

A questão da subsidiariedade do sistema parecia resolvida a partir do momento em que se escolheu como caminho de reforma a inclusão dos crimes no Código Penal comum e a revogação da atual legislação. Assim, todas as normas processuais especiais deixariam de existir e a remissão seria sempre ao Código Penal comum. Isso demonstra a valência garantista que o posicionamento dessas normas na codificação pode exercer no caso em estudo. Se formalmente código e lei especial são igualmente leis ordinárias, materialmente a lógica de sistema a partir do código favorece uma interpretação ordinária e não contingente da lei penal.

Percebe-se que cada uma das proposições parlamentares foi fruto de seu tempo. A liberação da doutrina de segurança nacional construída durante a Ditadura Militar foi crescente com o passar dos anos, como o caso da competência bem demonstra: num primeiro momento, a aceitação da competência castrense (esperando um retorno a uma "tradição" democrática); após, o retorno aos critérios de 1946, em que tal competência era repartida; por fim, a solução constitucional, que traçou as balizas do processo penal político para fora do âmbito militar.

Por fim, alguns institutos processuais colocavam em xeque a relação entre efetividade da justiça e o *substantive due process of law*. Por exemplo, a possibilidade de delação premiada. Apresentada nas várias versões do projeto,[85] esta foi objeto de emenda supressiva na Câmara[86] por se entender, naquele momento histórico, que a política de negociação com o crime não era salutar ao nosso sistema. Isto porque se transforma o acusado em acusador e se retira da Polícia sua função precípua que é a

84. ReCrim1.251/SP, 2.ª T., rel. Min. Moreira Alves. *Revista trimestral de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. n. 76. vol. 3. Brasília, jun. 1976. p. 682-688.

85. No Anteprojeto de 1985/1986, tratava-se de estímulo ao "arrependimento posterior", mas restrito aos crimes de grupo terrorista e conspiração, de caráter permanente.

86. Conforme a Emenda 26, da Deputada Maria Luiza Fontenelle: "Não é salutar que a própria lei incentive a prática do 'dedo-duro'. Neste caso, é suficiente que o membro da associação referida comprove o seu desligamento da mesma, deixando à Polícia o trabalho de investigação". *Diário do Congresso Nacional*. n. 160. ano XLIX. seção I. p. 13.373. Brasília, sexta-feira, 28.10.1994.

de buscar por si mesma as provas[87]. Não se olvidava o trauma social das confissões mediante tortura, expediente aplicado sistematicamente ao longo da Ditadura. O instituto da delação, porém, ganhou corpo no ordenamento penal brasileiro na década de 1990, ainda restrito a crimes de colarinho branco e, recentemente, na nova lei sobre as organizações criminosas.

Tendo em vista a necessidade de ajustar o sistema jurídico-penal à nova realidade constitucional (o conflito mais evidente era com relação à competência da Justiça Militar) e aos tratados internacionais dos quais o Brasil era signatário (somente daquele momento em diante havia condições de dar pleno cumprimento à tipificação dos crimes de tortura, por exemplo), o governo chegou a pedir urgência na tramitação ao projeto de 1990. Todavia, desistiu-se pouco depois. Da mesma forma, o projeto recebeu a proposta de várias emendas, que tinham por objetivo dar maior clareza à redação, que ainda se mantinha presa a algumas antigas formulações da LSN vigente.

4. EPÍLOGO: DA DOUTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL AO TERRORISMO GLOBAL (ACERCA DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL DE 2012)

A discussão sobre a nova regulamentação dos crimes contra o Estado arrasta-se desde o fim da ditadura militar. O Projeto apresentado em 2000 pretendia recolher todas as iniciativas até então discutidas e dar-lhes uma roupagem adequada às concepções de vanguarda no Direito Penal. Todavia, com os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e seus desdobramentos (a "Guerra contra o terror" e as invasões ao Afeganistão e ao Iraque, bem como os atentados de Madri e Londres) começaram a pulular legislações antiterror em todo o Ocidente.[88] Tal movimento fez eco nas proposições legislativas sobre os crimes políticos no Brasil.

Até então, o tratamento dado à figura do terrorismo entrava no já citado discurso de aprimoramento técnico com vistas à restrição e precisão de tal categoria criminosa. Do propalado caráter genérico das disposições acerca do tema na

87. "Se de um lado os regimes ditatoriais adotam meios cruéis e contrários ao próprio direito interno, na punição dos delinqüentes políticos, num verdadeiro renascimento do *crimen maiestatis* sob moderna roupagem por outro lado, os próprios Estados democráticos não ficam imunes à repressão ilícita consubstanciada em condenação à morte, obtidas com atropelo de princípios basilares da civilização moderna, qual seja a utilização do expediente imoral da delação, que exime da responsabilidade decorrente da co-autoria, quando não acontece a transferência dessa responsabilidade a inocentes, cuja condenação é imposta por contingências de política interna". FERREIRA, Célio Lobão. *Crimes contra a segurança do Estado* cit., p. 19.

88. O exemplo mais evidente é o *Patriot Act* estadunidense. Para um quadro amplo, vide DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos* cit., p. 296 ss.

LSN/1978,[89] pouco se avançou com a LSN/1983. Como ponto positivo esta última mitigou a previsão das penas em abstrato.[90] Nos dizeres do então Ministro da Justiça, Ibrahin Abi-Hackel, a LSN "não é um diploma anômalo ou atípico". Ela estaria "dentro de um quadro em que se processa com tal disposição de ânimo e com tal abrangência e profundidade e reforma de todo um sistema penal brasileiro. É tempo, realmente, de discutirmos, com precisão, a Lei de Segurança Nacional. Ela é uma lei penal como qualquer outra. Ela não responde por percentagem íntima da população carcerária em nosso País (...) não existe sequer meia dúzia de pessoas presas no sistema carcerário brasileiro em razão da Lei de Segurança Nacional. Mas nem por isso, deixa de ser uma lei penal, e como tal, permanentemente, submetida a um esforço de atualização e aperfeiçoamento".[91]

O governo que ainda possuía força buscava demonstrar que havia necessidade de reflexão jurídica, de modo a não se cair em discussões meramente políticas:

"Deixo bem claro, perante esta Casa do Congresso Nacional, expressada vontade de meu País, que nós não nos furtamos absolutamente a essa discussão, que estamos prontos a defrontá-la com humildade e lucidez, mas desejosos de que ela deixe os páramos azulados das generalidades e das imprecisões isto é, que ela deixe de ser uma discussão de tipo aberto para cair na realidade das disposições, das suas origens ontológicas, das justificativas filosóficas, da sua correspondente sanção, para que então, quem sabe, possamos prestar um serviço ao nosso País, modificando uma lei penal mais, dentre as muitas que estão sendo modificadas na atualidade."[92]

---

89. "A distinção entre terrorismo, atentado à pessoa e sabotagem não tem grande relevância, pelo menos no estágio atual da legislação brasileira, quando se sabe que as sanções impostas são idênticas (art. 26, da Lei 6.620/78). Como o terrorismo pode objetivar-se através do atentado à pessoa ou de graves danos, a finalidade do ato pode servir para extremar essas três modalidades do crime político. Com efeito, no atentado, a ação se destina a determinada pessoa ou contra determinado grupo. Na sabotagem, a luta política é externada por meio de danos ocasionados em bens do Estado, com o fim de dificultar ou impedir o funcionamento de suas atividades relevantes. No terrorismo, o ato ilícito é presidido pela determinação de intimidar, de infundir o temor na população e nos próprios dirigentes (...) Finalmente, sobre a necessidade de lei específica, denominada antiterror, entendemos completamente desnecessária, porquanto a atual Lei 6.620/78, em seu art. 26 *caput*, combinado com o parágrafo único, prevê sanção que pode atingir à pena máxima de 30 anos". FERREIRA, Célio Lobão. *Crimes contra a segurança do Estado* cit., p. 31.

90. Ainda na vigência da LSN/1978, "a legislação brasileira, em matéria de terrorismo, é, pode-se dizer, lamentável, com graves incorreções e impropriedades. Não é uma lei feita por juristas. Terá de ser reformada, quando voltarmos a um regime de liberdade, de acordo com as exigências de um direito penal democrático. A primeira delas decorre da idéia segundo a qual o sistema punitivo do Estado exerce função extremamente limitada na repressão da criminalidade. Os governos têm que resistir à tentação de criar um inútil direito penal do terror". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política* cit., p. 126.

91. BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer n. 3, de 1984* cit., p. 13.

92. Idem, p. 14.

Especialmente no caso do terrorismo, mesmo com as advertências de Fragoso durante a tramitação do projeto,[93] os problemas técnicos continuaram: "No art. 20, onde se punem diversas ações heterogêneas, inclusive o terrorismo, encontramos uma das disposições mais defeituosas da lei. A definição do terrorismo apresenta dificuldades técnicas consideráveis, porque não há clara noção doutrinária do que ele significa". Atribui-se tal imperfeição à "linha casuística de nossas leis de segurança, misturando terrorismo com crimes violentos contra o patrimônio, com finalidade subversiva, que não constituem terrorismo". Critica a "referência genérica" a "atos de terrorismo", pois "isso numa lei penal é inadmissível, sobretudo porque não se sabe com segurança o que são atos de terrorismo".[94]

Sob esse prisma, percebe-se errôneo admitir que já exista a previsão do crime de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro. O terrorismo (ou melhor, os "atos de terrorismo") não é um elemento que foi definido na LSN/1983, mas é um elemento que, ao contrário, serviria para interpretar a lei. Àquele momento, uma palavra que se julgava de conteúdo evidente e que ajudaria a definir o crime do art. 20, que a exemplo dos demais, não possui *nomen iuris*. Para a doutrina de segurança nacional produzida pela Escola Superior de Guerra, o referencial concreto da palavra era o subversivo de esquerda, e não o terrorista tal qual se entende hoje. O diferente contexto do direito comparado e da mudança de ordem política nos âmbitos nacional e mundial fez com que o elemento ganhasse novos contornos, tornando-o cada vez mais difícil de ser definido pelo contexto da LSN/1983. "Terrorismo" expressaria as concepções históricas ou contemporâneas do termo? De esquerda, direita? Juridicamente, não há um elemento de definição suficientemente claro.

A Constituição de 1988 assumiu o repúdio ao terrorismo já afirmado em tratados, apesar de que naquele momento era o próprio Estado o terrorista. O texto constitucional materializou essa nova roupagem por meio de medidas de enrijecimento no tratamento penal da matéria. O Projeto de 1990 tinha como objetivo adaptar a incriminação do terrorismo a tais compromissos. Assim, ele era considerado crime contra a humanidade, e não contra o Estado Democrático de Direito, em que pese ser aplicado caso o agente aja "com o objetivo de coagir qualquer dos poderes da República".

Ainda, de acordo com o art. 5.º da CF/1988 em conjunto com a Lei 8.072/1990, o terrorismo foi considerado crime assemelhado a hediondo. Isto é, admitindo-se

93. Colhe-se da transcrição de seu depoimento, que resume suas ideias já publicadas em "Terrorismo e criminalidade política": "não existe uma específica figura de delito denominada terrorismo. O crime de terrorismo não existe. Não existe uma figura específica delito denominada terrorismo. A expressão se aplica a um conjunto de crimes contra a segurança do Estado que se caracterizem por causar danos consideráveis a pessoas ou coisas, pela criação real ou potencial de terror ou intimidação com a finalidade político-social". Idem, p. 6-7.

94. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova lei de segurança nacional cit., 67.

que o art. 20 da LSN/1983 (que fala em "atos de terrorismo") fosse o tipo penal a conter a expressão, fato este motivador de divergência na doutrina.[95] O problema mais uma vez centra-se no fato de que "a incriminação insculpida no art. 20 da Lei de Segurança Nacional contrasta com o imperativo inafastável de clareza, precisão e certeza na descrição das condutas típicas, relevando-se aquém das mais elementares exigências garantistas".[96]

O discurso parlamentar formulado durante a tramitação do Projeto de 2002 sobre meios de prevenção e combate ao terrorismo, por exemplo, tem a preocupação de demonstrar a movimentação do Legislativo em contribuir para a regulamentação de matéria que adquire importância no cenário internacional.

A versão originária da proposição era bastante ampla, concordando "com a exigência de que a motivação para este crime seja o facciosismo político ou religioso, ou a coação de autoridade".[97] Tal amplitude dos delitos foi objeto de recente discussão na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara.[98] Demonstrou-se a preocupação que "a recente ocupação da Reitoria da Universidade de Brasília ou uma ocupação de terra com fim de reivindicar sua desapropriação pelo Poder Público poderiam, como movimentos reivindicatórios legítimos em uma democracia, estar sendo criminalizados". Diante disso propôs-se emenda supressiva de vários artigos do projeto em discussão.[99]

---

95. Um bom resumo das posições doutrinárias acerca do tema pode ser encontrado em PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *RT* 771/449-450. São Paulo: Ed. RT, 2000.

96. Idem, p. 450.

97. "Coação contra autoridade legítima.
Art. 375. Constranger, mediante violência ou grave ameaça, por motivo de facciosismo político, autoridade legítima a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda, no exercício das suas atribuições:
Pena – reclusão, de um a cinco anos, ou multa". BRASIL. *Projeto de Lei n. 6.764, de 2002, do Poder Executivo*. Acrescenta o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, à Parte Especial do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências.

98. "Aliás, já não era sem tempo a tipificação do crime de terrorismo, pois, esta nefasta figura do mundo hodierno não tem coibição prevista na legislação pátria. Temos apenas uma menção, de passagem, a 'atos de terrorismo', sem uma definição mínima, no art. 20 da vetusta Lei de Segurança Nacional". BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. *Parecer ao Projeto de Lei n. 2.462, de 1991, do Deputado Hélio Bicudo*. Apenso: PL 6764, de 2002. Define os crimes contra o Estado Democrático de Direito e a Humanidade. Relator: Marcelo Itagiba. Sala da Comissão, em 13.05.2008. p. 5.

99. BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. *Voto em separado do Deputado Antonio Carlos Biscaia ao Parecer ao Projeto de Lei n. 2.462, de 1991, do Deputado Hélio Bicudo* (Apenso: PL 6764, de 2002). Define os crimes

Na ausência de um fator externo imediato de relevância, o Brasil ainda se encontra "distante" dessa "ameaça". O drama real é a consolidação da imagem da criminalidade urbana como o inimigo a ser combatido. A preocupação encontra-se especialmente nas figuras do (pequeno) narcotraficante, das milícias e de facções criminosas que arregimentam criminosos nos presídios e penitenciárias de todo o país, como o Comando Vermelho (originário do Rio de Janeiro) e o Primeiro Comando da Capital (originário de São Paulo).[100] As estatísticas acerca da violência e da população carcerária demonstram que esse "inimigo" tem sexo, idade, cor e classe social bem definidos: homem, jovem, negro e pobre.[101]

Se, nesse tocante, a questão que se coloca como prioritária é a do inimigo interno, e não a do terrorista, com relação aos movimentos sociais a questão é evidente. O já citado caso do MST está permanentemente em pauta. Um específico Projeto de Lei tentou explicitamente denominar os atos usuais de pressão do movimento, especialmente os acampamentos, como atos de terrorismo.[102]

Exemplar, nesse sentido, o Anteprojeto de Código Penal desenvolvido por uma comissão de juristas nomeados pelo Senado Federal, finalizado em 2012 e ora em tramitação. Nem "segurança nacional", nem "defesa do Estado Democrático de Direito": a

---

contra o Estado Democrático de Direito e a Humanidade. Relator: Marcelo Itagiba. Sala da Comissão, em 24.06.2008, p. 5-7.

100. Sobre o caso do Primeiro Comando da Capital, veja-se SONTAG, Ricardo. O excesso como medida: os projetos de enrijecimento penal após os ataques do PCC e a cultura punitiva contemporânea cit., p. 47-60 e SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitrios. Criminalidad urbana y espacio publico: el caso del PCC en la ciudad de San Pablo. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Inaki Rivera (org.). *Emergencias urbanas*. Barcelona: Anthropos, 2007. vol. 1, p. 217-238; sobre o narcotráfico, veja-se ZALUAR, Alba. *Condominio do diabo*. Rio de Janeiro: Revan/Ed. UFRJ, 1994.

101. Os dados podem ser encontrados no sistema "InfoPen" do Ministério da Justiça, disponibilizado em: [http://portal.mj.gov.br]. Para mais informações acerca do tema, vejam-se os estudos da série "Mapa da Violência" do Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, disponibilizado em: [http://mapadaviolencia.org.br]. Acerca da seletividade do sistema penal, veja-se, entre tantos, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

102. É o PLS 7.485/2006, já citado, de autoria de Álvaro Dias e firmado pela chamada "bancada ruralista" do Senado Federal. A justificativa entende o "inclusionismo sócio-econômico" [*sic*] como modalidade brasileira de terrorismo, capitaneada pelo MST para reivindicar supostos direitos constitucionais, mas que "aterrorizam por meio de invasões a propriedades legalmente adquiridas por cidadãos brasileiros, muitas vezes até mesmo produtivas – em afronta aos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, anunciados no art. 170 da Constituição Federal –, e, assim fazendo, põem risco à economia brasileira e à regularidade dos contratos (...). Esse tipo de terrorismo, próprio da realidade brasileira, não deve ser aceito e deve ser punido com o mesmo rigor que as outras formas de atos terroristas previstas em nossa Lei de Segurança Nacional (...). Enfim, tais ações fragilizam o Estado". p. 2.

centralidade da criminalidade política da proposição está no terrorismo. Nessa passagem entre categorias jurídicas, não se conseguiu ultrapassar o paradigma securitário, pois não se desvencilha de uma ideia da presença de um inimigo comum à sociedade ocidental. Assim, afasta-se da ideia de que o terrorismo é um fenômeno essencialmente político[103] para entendê-lo como um crime contra a dignidade humana.[104]

O terrorismo recebe tratamento específico desde a Parte Geral do Anteprojeto. É considerado crime de extraterritorialidade incondicionada.[105] Ainda, não pode ser justificado por alegação de obediência hierárquica.[106] E, por fim, passa a ser não mais um crime equiparado a hediondo, mas expressamente está arrolado dentre eles.[107]

Na Parte Especial, está regulado dentro do primeiro capítulo no título referente aos crimes contra a paz pública. Isso atende à corrente que o considera como crime comum, e não político. Os tipos penais ali constantes são o terro-

---

103. Veja-se o clássico entendimento de Fragoso: "O terrorismo é fenômeno essencialmente político. Ele constitui agressão à ordem política e social, pretendendo atingir os órgãos supremos do Estado (...) ou provocar a desordem social, dirigindo-se contra a ordem estabelecida (...). Só impropriamente se pode falar de terrorismo como crime comum (...). Pretender equiparar o terrorismo à criminalidade comum é desconhecer o seu sentido histórico e jurídico". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política* cit., p. 124.

104. Novamente sintetizando tal posicionamento, veja-se novamente PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de, op. cit., p. 450-454. Todavia, tais posições na verdade transparecem a preocupação de não proporcionar o tratamento mais benéfico destinado a criminosos políticos a terroristas. Assim, na verdade entendem o terrorismo como uma atividade multifacetada que também atinge a ordem política. A grande dificuldade é a avaliação do terror como fim ou meio criminoso. Mas no caso do terrorismo essa corrente entende que a atrocidade do meio por si só merece tratamento diferenciado.

105. "A extraterritorialidade independente de condições deve ser reservada a crimes especialmente graves, praticados contra a humanidade ou contra bens imprescindíveis à defesa da soberania nacional. Daí a menção ao genocídio, racismo, terrorismo, tortura e outros crimes contra a humanidade e às infrações penais que lesem ou exponham a perigo a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito". BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal cit., p. 211.

106. "Por influência do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, Decreto 4.388/2002, houve-se por bem indicar que qualquer ordem para praticar terrorismo, tortura, genocídio ou crime contra a humanidade é manifestamente ilegal". BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal. Relatório final cit., p. 226.

107. "Por outro lado, aprovou-se o acréscimo, no rol dos crimes hediondos, das figuras de tortura, terrorismo e tráfico, hoje consideradas como equiparadas a estes crimes, recebendo idêntico tratamento penal e processual penal". BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal. Relatório final cit., p. 241.

rismo (tipo-base),[108] suas formas qualificadas,[109] o financiamento e do favorecimento pessoal de atividades dessa natureza,[110] além de sua exclusão.[111] Ainda,

---

108. "Terrorismo.
Art. 239. Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos deste artigo, quando:
I – tiverem por fim forçar autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras, ou pessoas que ajam em nome delas, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe, ou;
II – tiverem por fim obter recursos para a manutenção de organizações políticas ou grupos armados, civis ou militares, que atuem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático ou;
III – forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, sexo, identidade ou orientação sexual, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas.
§ 1.º Sequestrar ou manter alguém em cárcere privado;
§ 2.º Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;
§ 3.º Incendiar, depredar, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado;
§ 4.º Interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática e bancos de dados;
§ 5.º Sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com grave ameaça ou violência a pessoas, do controle, total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meios de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia e instalações militares.
Pena – prisão, de oito a quinze anos, além das sanções correspondentes à ameaça, violência, dano, lesão corporal ou morte, tentadas ou consumadas."

109. "Terrorismo.
Art. 239 (...) Forma qualificada.
(...)
§ 6.º Se a conduta é praticada pela utilização de arma de destruição em massa ou outro meio capaz de causar grandes danos:
Pena – prisão, de doze a vinte anos, além das penas correspondentes à ameaça,violência, dano, lesão corporal ou morte, tentadas ou consumadas."

110. "Financiamento do terrorismo.
Art. 240. Oferecer ou receber, obter, guardar, manter em depósito, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativos, bens e recursos financeiros com a finalidade de financiar, custear ou promover a prática de terrorismo, ainda que os atos relativos a este não venham a ocorrer. Pena – prisão, de oito a quinze anos."
"Favorecimento pessoal no terrorismo.
Art. 241. Dar abrigo ou guarida a pessoa de quem se saiba ou se tenha fortes motivos para saber, que tenha praticado ou esteja por praticar crime de terrorismo.
Pena – prisão, de quatro a dez anos.
Escusa Absolutória.
Parágrafo único. Não haverá pena se o agente for ascendente ou descendente em primeiro grau, cônjuge, companheiro estável ou irmão da pessoa abrigada ou recebida. Esta escusa não alcança os partícipes que não ostentem idêntica condição."

111. "Terrorismo.
Art. 239 (...) Exclusão de crime.

possui uma causa especial de aumento de pena relativa à prática do crime durante eventos de massa.[112]

Chama à atenção a forma como o tipo-base foi construído. No *caput*, a conduta "causar terror na população"; nos incisos seguintes, os fins especiais de agir ("dolo específico"); e nos parágrafos, os meios admitidos. Se cada um dos elementos do tipo fica claro, a organização do artigo como um todo é complexa, principalmente pela casuística dos meios, que na verdade são todos tipos penais genéricos espalhados ao longo do (projeto de) Código. Crê-se que a comissão tenha preferido se afastar do sistema da Lei de Genocídio, por exemplo, que cita alguns *nomen iuris* (homicídio, lesões corporais etc.) ao invés de descrever condutas. A conduta em si, o "causar terror", na verdade é o resultado desejado pelo agente. As motivações são apenas três: coação de autoridades; obtenção de recursos e preconceito. O ódio pressupõe-se seja entendido como o preconceito que se materializa em um crime violento. Não há a exigência explícita da necessidade de causação de perigo comum, pois algumas condutas como o sequestro produz apenas perigo individual.

Assim, algumas das combinações entre incisos e parágrafos poderão causar graves problemas de interpretação. O sequestro com finalidade preconceituosa, ou a sabotagem de dados com o fim de subsidiar uma organização política, constituirão terrorismo, desde que a população sinta-se aterrorizada. Quem aferirá tal medida: o governo, o juiz, a mídia? Os *trial by media* têm tomado dimensões dramáticas – e cada vez menos confiáveis – na contemporaneidade, com a ascensão de uma "justiça pop" cuja cobertura jornalística captura a vítima e/ou sua família em um "processo paralelo" comprometido apenas com a audiência durante as fases "quentes". Ao se retirarem os fatos de seu contexto, não há limites em torná-los uma "pornografia da dor" dos meios de comunicação,[113] a alimentar um "inconsciente inquisitório".[114]

(...)

§ 7.º Não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade."

112. "Art. 242. As penas previstas para os crimes deste Capítulo serão aumentadas até a metade se as condutas forem praticadas durante ou por ocasião de grandes eventos esportivos, culturais, educacionais, religiosos, de lazer ou políticos, nacionais ou internacionais."

113. Sobre a presente reflexão, bem como para mais referências acerca do tema, veja-se DI CHIARA, Giuseppe. Dignità della persona, tutela della vittima e rappresentazioni del processo: amorfismi, imprinting inquisitori, ottativi riformatori. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana* cit., p. 395-412.

114. Veja-se, sobre a reforma processual penal italiana, GARLATI Loredana (org.). *L'inconscio inquisitorio*. Milano: Giuffrè, 2010.

Na causa de exclusão do crime, segundo a exposição de motivos do Anteprojeto, "os movimentos sociais não são clientela para os tipos do terrorismo", desde que a combinação entre condutas, meios e finalidade seja "compatível" com o Estado Democrático de Direito. Haja vista todas as proposições legislativas contra tais manifestações espera-se que a cláusula seja suficiente, ao menos, para que se mantenha o atual nível de tolerância do Judiciário.

Estranha, por fim, a necessidade de se preverem o favorecimento pessoal e o financiamento de crimes de forma autônoma, vez que poderiam ser perfeitamente delimitados nas formas genéricas presentes na proposição. Preferiu-se tal forma no caso de associação ou organização com finalidade terrorista, em que se utilizam das formas gerais previstas no Anteprojeto.

A proteção das instituições democráticas como bem jurídico ficou em segundo plano. Por esse projeto, várias condutas tornar-se-iam atípicas, especialmente àquelas destinadas à proteção da segurança externa,[115] enquanto outras seriam punidas apenas em caso de agressão militar estrangeira.[116]

Mais recentemente a questão do terrorismo internacional tornou à ribalta no país diante da expressividade internacional adquirida pelo país no último decênio, manifestamente tendo em vista eventos de massa como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.[117] Já regulada por meio de uma causa especial de aumento

115. Num cotejamento entre a LSN/1983 e o presente anteprojeto, tornar-se-iam atípicos os crimes de desmembramento do território (art. 11), espionagem (art. 13), insurreição (art. 17), impedimento de funcionamento dos poderes (art. 18), propaganda subversiva (art. 22) e organização paramilitar (art. 24). Algumas das condutas possuem tipificação parcial, como o último exemplo, mas de forma restrita, visando o combate das "milícias" dos centros urbanos.

116. Continuam no anteprojeto, agora como "crimes de guerra" a provocação de guerra (art. 8.º), entrega de território (art. 9.º), aliciamento (art. 10). A sabotagem (art. 15) pode ser crime de guerra ou contra o patrimônio público; a associação subversiva (art. 16) pode ser ou organização criminosa ou terrorista; a posse de veículo (art. 19) como crimes de guerra ou terrorismo. O terrorismo em si (art. 20) sofreu transformação radical.

117. São eles, já ocorridos: a Jornada Mundial da Juventude em 2013, peregrinação religiosa de uma semana que começou diluída por todo o país e tem seu ápice no Rio de Janeiro, quando contou com a visita do Papa, tendo reunido aproximadamente 3,7 milhões de pessoas; e a Copa das Confederações FIFA em 2013, em seis capitais nacionais (Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG, Brasília/DF, Fortaleza/CE, Recife/PE e Salvador/BA) O evento religioso não teve maiores percalços, salvo problemas de infraestrutura. Já o evento desportivo foi alvo de inúmeras manifestações, encorajadas pelo movimento contra o aumento das tarifas do transporte público em São Paulo/SP, resultando em vários protestos nas várias cidades-sede, especialmente Belo Horizonte/MG, como já citado anteriormente. E, ainda por se realizar: a Copa do Mundo em 2014, em 12 capitais nacionais (Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG, Porto Alegre/RS, Brasília/DF, Cuiabá/MT, Curitiba/PR, Fortaleza/CE, Manaus/AM, Natal/RN, Recife/PE e Salvador/BA); e os Jogos

de pena no Anteprojeto de 2012, foi considerada insuficiente por alguns senadores. Encontra-se em tramitação no Senado um Projeto de Lei[118] já apelidado de "AI-5 da Copa", por trazer uma série de medidas excepcionais penais e processuais durante o período das competições esportivas. Não obstante, também tipifica o terrorismo, indo contra a noção de "reserva de código" exarada pela comissão de juristas nomeada por essa mesma casa legislativa.

Não se sabe qual será o destino de tal iniciativa reformista. O Código Penal de 1940, mesmo bastante modificado, sobreviveu a vários projetos de reforma. A modificação da parte geral foi necessária para adaptar o sistema penal às novas teorias, e em geral foi consenso ter sido acertada. A parte especial, por sua vez, possui raros casos de melhora nas reformas pontuais, especialmente ao longo das duas últimas décadas. Portanto, não seria surpresa se o CP/1940 vencesse mais essa batalha e se mantivesse em vigor.

A democracia parlamentar possui certa dificuldade em realizar codificações. No caso brasileiro, o período pós-Constituição de 1988 viu apenas a aprovação de um novo Código Civil nascido duas décadas antes. Ao invés de códigos, o legislador tem optado por microssistemas,[119] que formam várias constelações autônomas, cada uma delas regrando determinado fato social por vários ramos do direito. De um lado, o problema com os crimes contra o Estado é o inverso, ou seja, a incapacidade de se fazer uma legislação democrática; de outro, até antes do atual An-

---

Olímpicos em 2016, na cidade do Rio de Janeiro (além de algumas outras cidades ainda não definidas, para modalidades como o futebol). Ainda, em 2015 haveria a Copa América de Futebol, a qual o Brasil trocou com o Chile, que sediaria em 2019, em acordo com a Conmebol.

118. Veja-se o Projeto de Lei do Senado 728/2011 do Senador Marcelo Crivella e outros, que "define crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014, além de prever o incidente de celeridade processual e medidas cautelares específicas, bem como disciplinar o direito de greve no período que antecede e durante a realização dos eventos", e também tipifica o terrorismo: "a tipificação do crime 'Terrorismo' se destaca, especialmente pela ocorrência das várias sublevações políticas que testemunhamos ultimamente, envolvendo nações que poderão se fazer presente nos jogos em apreço, por seus atletas ou turistas. Talvez em razão da característica pacificidade do nosso povo, que repercute em nossas relações internacionais, não possuímos definição jurídica consensual sobre o terrorismo, embora o Brasil ter ratificado tratados internacionais reputando certos atos como de caráter terrorista ou destinados a frustrar seu financiamento ou limitar deslocamento de suspeitos", p. 15.

119. São exemplos desses microssistemas, com principiologia própria, normas de direito administrativo, penal e processual civil e penal: o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Trânsito Brasileiro e a Lei Maria da Penha, situação que tradicionalmente estava destinada somente a poucas matérias, como se percebe do art. 360 do Código Penal, como a Lei de Falências.

teprojeto de Código Penal escapou-se daquilo que Fragoso definia como o "sinal permanente de todas essas leis [de combate ao dissenso político, que] é também a excepcional severidade, que marca todo o esforço de repressão e controle do terrorismo".[120]

Portanto, por enquanto, o ofício do historiador do direito encerra-se por aqui, sob os auspícios de que o Congresso Nacional encontre alternativa plausível à defesa do Estado sem se colocar numa perspectiva de "Direito Penal do Autor(-Inimigo)". Como alertado pelo então Ministro da Justiça, Fernando Lyra, na Exposição de motivos ao Anteprojeto de 1985-1986, os projetos de lei possuem também caráter "pedagógico":[121] a sociedade e o parlamento que a representa devem debater os temas centrais do Estado Democrático de Direito.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alguns movimentos político-criminais da atualidade, de Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales - *RBCCrim* 42/295 (DTR\2013\7507);
- Criminalização dos movimentos sociais: a experiência do movimento estudantil chileno sob a ótica dos escritos do jovem Marx, de Amanda Bessoni Boudoux Salgado e Maria Eduarda Rodrigues - *RBCCrim* 103/249 (DTR\2013\7219);
- Inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional, de Josaphat Marinho, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 2/961 (DTR\2012\1046);
- O direito internacional e o direito brasileiro em face do terrorismo, de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros - *RCP* 15/335 (DTR\2011\5233); e
- O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo, de Leandro Moll - *RDCI* 80/375 (DTR\2012\450567).

---

120. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política* cit., p. 79.

121. É o sentido "da promulgação de uma lei destinada a conviver com as mudanças ocorridas no país e que derivam, em última análise, da adoção de um sistema de pluralismo político-partidário e da alternância no poder (...). Cumpro o dever de ressaltar, ainda, o sentido pedagógico do anteprojeto, tão necessário neste momento de definição do nosso Estado de Direito Democrático". LYRA, Fernando. *Exposição de Motivos EM/GM/SA/16/86, em 21 de Janeiro de 1986* cit., p. 1604.

65549

Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva

Criminal investigation: the draft version of the Code of Criminal Procedure and defense investigation

Fernanda Regina Vilares

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCrim. Doutoranda em Processo Penal pela USP. Coordenadora do Departamento de Monografias do IBCCrim no biênio 2013-2014. Procuradora da Fazenda Nacional.

Guilherme Augusto Campos Bedin

Mestrando em Processo Penal pela USP. Defensor Público.

Pedro Machado de Almeida Castro

Mestrando em Processo Penal pela USP. Advogado.

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: Trabalho de conclusão da disciplina *Teoria Geral da Prova Penal* (DPC5835-4/1) no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trata-se um estudo sobre a investigação e seus diferentes titulares em que foram descritos os diferentes sistemas de investigação adotados pelos países, nomeadamente, o policial, o judicial e o do promotor investigador, para que se pudesse fazer uma abordagem científica e acrítica do tema. Num segundo momento, foram analisadas a investigação perpetrada pelo Ministério Público e pela defesa. No primeiro caso, a análise ficou circunscrita ao debate travado no direito pátrio, apresentando-se os argumentos encampados pelas correntes favoráveis e contrárias ao poder investigatório do *Parquet*. No que tange à investigação defensiva, foi feito um breve comparativo de duas legislações extravagantes que a preveem (EUA e Itália), além de analisar a proposta de regulamentação constante no projeto de Código de Processo Penal. Ao final, tentou-se propor um modelo ideal de investigação, não apenas com relação ao seu titular, mas também no que tange ao procedimento. Note-

Abstract: This article is the final paper for the subject: General Theory of Criminal Evidence (DPC5835-4/1) from the post-graduate course taken at the Law School of the University of São Paulo. It analyzed investigation and its different "holders", or how we called the different investigation systems adopted by countries, namely, the police, the judiciary and the public prosecutor's office, so that a scientific and unbiased approach of the matter could be made. Secondly, we analyzed investigations made by the public prosecutor's office and the defense. In the first case, the analysis was limited to Brazilian law, with arguments of currents that showed to be favorable or against the Parquet's investigation power. In relation to the investigation made by the defense, we carried out a brief comparison between two uncodified legislations (from the U.S. and Italy), and we analyzed the proposal of regulation which was made at the draft version of the Code of Criminal Procedure. At the end, we tried to propose an ideal investigation model, not only regarding its holder but also its procedure. Please note that this study was concluded prior to the vot-

-se que o estudo foi finalizado em momento anterior à votação que rejeitou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 37), mas concomitante ao calor dos debates.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes de investigação - Procedimento investigatório - Legitimidade investigativa - Constitucionalidade da investigação - Ministério Público - Defesa.

ing session that voted against the proposed constitutional amendment (PEC 37), but it was written in the heat of the discussions.

KEYWORDS: Investigation power - Investigation procedures - Investigation legitimacy - Investigation constitutionality - Public prosecutor's office - Defense.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Investigação: definição - 3. A investigação no Projeto de novo Código de Processo Penal - PLS 156/2009: 3.1 Investigação preliminar defensiva; 3.2 Aspectos introdutórios; 3.3 Princípios constitucionais: 3.3.1 Ampla defesa; 3.3.2 Igualdade; 3.3.3 Contraditório; 3.4 Investigação defensiva nos Estados Unidos e na Itália: 3.4.1 Investigação EUA; 3.4.2 Investigação defensiva na Itália; 3.5 O projeto de reforma do CPP; 3.6 Limites - 4. Conclusão - 5. Bibliografia: 5.1 Outros.

1. INTRODUÇÃO

Na última década, foi possível observar a crise do inquérito policial, o aumento da complexidade dos crimes praticados e o clamor pelo aumento da eficiência da investigação. Esses fenômenos, ao lado da evolução de sistemas de investigação europeus, outrora judiciais e agora a cargo do órgão acusador, ensejaram a discussão acerca dos poderes investigatórios do Ministério Público no Brasil.

Há alguns anos os "PAPs" (Procedimentos Administrativos Preliminares) vêm sendo utilizados por promotores e Procuradores da República com o escopo de averiguar fatos que podem vir a deflagrar uma ação penal. Para tanto, é comum que o *Parquet* requisite documentos e faça a oitiva de pessoas em seu gabinete, além de praticar outros atos com vistas a colher elementos de prova.

A prática foi alvo de muitas críticas por parte da comunidade jurídica. Alguns por entenderem que é vedada por nosso ordenamento, outros por considerarem que a atividade é exercida de forma abusiva.

Para contrabalancear esses poderes investigatórios da acusação, aventou-se a possibilidade da defesa também realizar sua própria investigação, nos moldes do direito anglo-saxão, o qual já serviu de inspiração para a positivação da investigação defensiva na Itália.

Nesse contexto, uma atividade que historicamente era de atribuição exclusiva do Estado e, no caso específico do Brasil, aparentemente privativa da polícia, passou a ter sua titularidade disputada e contestada, por outros órgãos e pela sociedade civil, despertando o interesse científico para a questão. E o projeto de Código de Processo Penal abraçou os anseios dos operadores do direito, trazendo alguns dispositivos específicos sobre o tema.

Assim, pretendemos concentrar esforços no exame da titularidade da investigação, notadamente nas alterações a ela relativas que poderão ser promovidas por meio da aprovação do novo Código de Processo Penal. Antes, porém, cabe fazer uma breve introdução sobre a definição de investigação e dos atos praticados no bojo dessa fase da persecução penal, de modo a facilitar o entendimento acerca do tema que pretendemos estudar.

2. INVESTIGAÇÃO: DEFINIÇÃO

O ato de investigar relaciona-se com a necessidade de se encontrar a solução para um problema. É admitida como atividade de natureza zetética, que se opõe à dogmática, uma vez que procura e perquire, e não estabelece uma certeza indiscutível.[1]

No âmbito jurídico, especialmente no direito criminal, há que se levar em conta que o objeto de investigação, o crime, é uma realidade complexa, tendo aspectos fáticos, normativos e valorativos, na esteira da teoria tridimensional de Miguel Reale, o que demanda conhecimentos específicos para sua compreensão integral.

A investigação criminal, portanto, exige uma teoria jurídico-científica que possibilite obter o maior número de elementos probatórios possível acerca da ocorrência do crime e proporcione segurança em relação ao seu autor, de modo a tornar legítimo o processo penal que eventualmente seja instaurado em decorrência de sua conclusão.[2]

Nesse contexto, dois pontos merecem destaque: de um lado, a conhecida contraposição de Ferrajoli entre saber e poder, crucificando o decisionismo puro e afirmando que o sistema penal tanto mais será legítimo quanto maior for o conhecimento acerca dos fatos. De outro lado, as limitações ao alcance da "verdade", com suas diversas origens, merecendo destaque, neste momento, aquelas que limitam a pesquisa dos fatos em virtude da necessidade de respeito aos direitos e garantias do investigado.[3]

O tema é de grande complexidade, não sendo cabível neste breve estudo uma análise aprofundada. Para os fins a que nos propomos, basta concluir com uma sugestão de definição de investigação criminal, a qual será essencial para definir seus atores.

---

1. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 39-47. O trecho a seguir sintetiza a natureza do ato de investigar "Em síntese, é com base nessa concepção cética e antecedente e moderada, que podemos falar na investigação como atividade zetética, tendo em vista uma atitude metódica que se resguarda dos vícios da presunção cognitiva e combate a razão ingênua." Cf. idem, p. 47.
2. Disso decorre sua natureza instrumental mencionada acima.
3. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 49.

É comum nos depararmos com afirmações de que a investigação tem o objetivo de obter provas.[4] A afirmação não deve ser considerada errônea, uma vez que o termo prova é plurívoco.[5] No entanto, de forma mais precisa, deve-se consignar que o real escopo do ato investigativo não é obter prova, a qual deve ser produzida perante o juiz natural em contraditório, mas sim descobrir fontes de prova que possam ser utilizadas para a produção probatória em juízo,[6] oferecendo elementos de prova aptos a solucionarem o problema posto ou, em outras palavras, a confirmarem ou refutarem a proposição apresentada na denúncia.

A especificação do escopo da investigação está em perfeita consonância com a classificação dos atos probatórios em sentido lato praticados na persecução penal em atos de investigação, atos de instrução e atos de prova, a qual vem sendo adotada pela doutrina atualmente.[7]

---

4. Exemplo disso é a definição proposta por Eliomar da Silva Pereira: "...atividade pragmática e zetética por essência, é uma pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, que, tendo por base critérios de verdade e métodos limitados juridicamente por direitos e garantias fundamentais, está dirigida a obter provas acerca da existência de um crime, bem como indícios de sua autoria, tendo por fim justificar um processo penal, ou a sua não instauração, se for o caso, tudo instrumentalizado sob uma forma jurídica estabelecida pela lei". Cf. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...* cit., p. 86-87.

5. Sobre as diferentes acepções do termo "prova" ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.

6. Nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho apresenta o direito à investigação como uma parte do direito à prova, mediante o qual seriam descobertas provas. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 86. Observe-se que, embora o autor utilize o termo genérico prova, é claro o sentido que lhe pretendeu conferir, afirmando em trecho posterior que a investigação defensiva relaciona-se com a descoberta de fontes. De forma bastante clara e no sentido de que a investigação almeja pesquisar e descobrir fontes de prova, Badaró afirma que: "O Ministério Público e os advogados podem colher declarações de possíveis testemunhas, enquanto exercem seu direito à prova, em sua subespécie direito à investigação, com o objetivo de obter informações e fontes de prova para que, posteriormente, por meio de prova próprio – o testemunho – sejam introduzidas no processo, respeitando o contraditório, a imediação e a oralidade". Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade de substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 351.

7. SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar...* cit.; SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004. Aury Lopes Jr. limita a classificação em atos de investigação e atos de prova. (Cf. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen.

Se, por um lado, os atos de investigação indicam pesquisa sistemática, seguem informações, utilizam-se de instrumentos técnicos e indagação, formando um juízo de probabilidade, por outro, os atos de instrução têm como finalidade a produção de prova relativa ao fato imputado, transmitindo o conhecimento necessário ao magistrado.[8]

Nesse sentido, muito pertinente o elemento diferenciador destacado por Marcos Alexandre Coelho Zilli, para quem a atividade instrutória toma por base um enunciado já formulado, testando sua veracidade, enquanto que a essência da atividade de investigação é pesquisar fatos aparentemente ilícitos e formular hipóteses, levando à elaboração de uma proposição simples acerca do ocorrido que, não necessariamente, será a denúncia.[9] Pode ser apenas a definição de uma linha de investigação pela autoridade policial. Assim, os atos de instrução são aqueles que materializam o resultado das diligências investigativas, servindo como base à denúncia e à decisão de recebimento desta.[10]

Por fim, os atos de prova são aqueles por meio dos quais as fontes serão exploradas no processo judicial, em contraditório, perante o juiz natural,[11] tendo sem-

---

Investigação preliminar no processo penal, p. 206-210). Entendemos que a introdução dos atos de instrução é relevante para diferenciações atinentes à lógica jurídica, pelo que a adotamos. No entanto, admitimos que as categorias apresentadas não são estanques, uma vez que o ato de prova sempre será um ato de instrução. Se pudéssemos fazer a representação gráfica do que está sendo explicado, diríamos que os atos de investigação estão contidos em um círculo isoladamente, sem nenhuma intersecção com outros círculos. Já os atos de instrução e os atos de prova devem ser representados por dois círculos, sendo que o relativo aos atos de prova está integralmente contido no que representa os atos de instrução.

8. SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar...* cit., p. 163-164; SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial* cit., p. 167-168; LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* cit., p. 207.

9. Aqui, a proposição (ou enunciado) deve ser entendida como "...a expressão verbal do juízo, exprime o produto de um julgamento." (ALVES, Alaor Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 96.) Neste caso, o juízo é resultado do raciocínio do investigador, que revela seu entendimento acerca do ocorrido.

10. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 211. É por entender dessa forma que o autor preconiza a ideia de que ao juiz é admitida a iniciativa instrutória, mas não a atividade investigatória. Preleciona, ainda, que instrução não é uma fase da persecução, mas sim a iniciativa em direção ao acertamento fático. Op. cit., nota 56, p. 118.

11. No âmbito processual, algumas peculiaridades são acrescidas à definição de prova como demonstração para que possua validade: a presença do juiz e das partes, para que se possa formar o convencimento daquele Inclusive, este foi o entendimento abarcado pelo legislador quando alterou o texto do *caput* do art. 155 do CPP para fazer constar que a convicção do juiz depende de prova produzida em contraditório judicial. Cf. GRINOVER, Ada

pre como norte a acusação formulada na denúncia e respeitando os princípios da imediação e publicidade. Sua principal diferença com relação aos atos puramente de instrução é a definitividade.[12] Nesse sentido, o ato de prova sempre será um ato de instrução, mas a afirmação inversa nem sempre será verdadeira, uma vez que os elementos informativos contidos no inquérito que embasam a denúncia também são considerados atos de instrução.[13]

A investigação, portanto, é uma atividade zetética de pesquisa e descoberta de informações relevantes para a solução da causa penal. Inicia-se com a formulação de diversas hipóteses e culmina na elaboração de uma proposição definida. No caso da conclusão pela inexistência do ato ilícito e típico, esgota-se aqui. No entanto, concluindo a investigação pela existência de um ato criminoso, seu resultado implica, também, a indicação de fontes das quais a atividade instrutória judicial (realizada por intermédio dos devidos meios de prova) poderá extrair elementos de prova.

Essas considerações são essenciais para que se determine qual tipo de ato pode ser praticado pelo Ministério Público, pelos magistrados ou pela defesa sem afronta à legalidade, ao sistema acusatório e divisão dos poderes.

Se a investigação relaciona-se com a descoberta de fontes de prova e informações relevantes para, posteriormente, serem exploradas em juízo, entendemos que o órgão acusador deve estar autorizado a praticar atos de investigação. Outro entendimento tornaria obrigatória a concordância com a linha de investigação adotada pela polícia e, em última instância, vedaria a possibilidade de requerer diligências complementares. Investigar é perquirir, aventar hipóteses, elocubrar. O juiz, sim, impedido de investigar, prende-se à proposição formulada na denúncia e, se esta não restar provada, a absolvição será imperiosa.

Com isso não se quer dizer que o Ministério Público pode abusar de seus poderes investigatórios, criando procedimentos sigilosos, coagindo testemunhas e suspeitos, e utilizando documentos cujo conteúdo são declarações de quem poderia ser testemunha. O exercício desses poderes, como o de qualquer outro em um Estado Democrático de Direito, deve depender de uma regulamentação constitucional e deve ser com ela condizente.

Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 143-146.

12. Há casos excepcionais em que o ato de instrução praticado na fase preliminar torna-se definitivo, como na produção antecipada de provas e nas provas irrepetíveis, arts. 155 e 156, I, do CPP.

13. Sobre a relação entre os atos probatórios em sentido lato, ver nota 7, supra. SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar...* cit., p. 168; SAAD, Marta, *O direito de defesa no inquérito policial* cit., p. 182; Cf. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* cit., p. 207.

No entanto, se o Ministério Público assume seu caráter de parte e fica autorizado a intervir na investigação, é indispensável que a defesa possa fazer o mesmo, preservando a observância ao princípio da igualdade na sua expressão da paridade de armas.

É certo que o Ministério Público promove investigações atualmente. No entanto, o exercício dessa atividade por parte da defesa é incipiente e carece de regulamentação. Nessa toada, o legislador introduziu dispositivos sobre a investigação defensiva no Projeto de Código de Processo Penal, embora tenha silenciado sobre a investigação pelo acusador. Para que possamos ter uma maior compreensão do tema, passemos à análise da investigação do PLS 156/2009.

3. A INVESTIGAÇÃO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PLS 156/2009

O PLS 156/2009, que propõe a criação de um novo Código de Processo Penal traz poucas alterações com relação à investigação.

Em primeiro lugar, em se tratando de uma questão extremamente sensível e que enseja contendas acaloradas, além de estar em discussão no âmbito constitucional, não foi feita qualquer menção aos poderes de investigação do Ministério Público nem foi promovida qualquer alteração na presidência do inquérito.

Por outro lado, a investigação defensiva teve sua regulamentação proposta no art. 13, embora tenha sido feitade forma bastante tímida. O tema é o centro de nosso estudo, de forma que será tratado num tópico exclusivo adiante.

Por fim, o PLS 156/2009 prevê a figura do juiz das garantias para o sistema brasileiro, aprimorando a consecução do princípio acusatório, pois veda expressamente a atividade instrutória do juiz na fase preliminar e impede que o mesmo participe da fase de julgamento. Privilegia-se a imparcialidade em detrimento da imediação.[14]

A figura do juiz das garantias está delineada no art. 15 do Projeto em comento.[15] A intenção é justamente valorizar a função jurisdicional, afastando o julgador da

14. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCrim*, ano 17, n. 200, p. 4. São Paulo: IBCCrim, jul. 2009. Vale anotar que a vedação da prática de atos de investigação pelo juiz está consagrada no art. 4.º do PLS 156/2009: "Art. 4.º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". Já a vedação da participação do juiz das garantias no processo está no art. 16: "Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748".

15. "Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

busca de elementos de convicção, própria das partes no sistema acusatório, e destacando seu papel de protetor das liberdades individuais.[16]

Considerando que o tema dos titulares da investigação é o centro deste estudo, e que a investigação por parte da defesa será institucionalizada a partir do novo Código de Processo Penal, interessa fazer uma análise pormenorizada do assunto.

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil;
II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
XI – decidir sobre os pedidos de:
a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
c) busca e apreensão domiciliar;
d) acesso a informações sigilosas;
e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;
XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1.º;
XIV – arquivar o inquérito policial;
XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.
Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada."

16. VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs* cit., p. 213-215.

3.1 *Investigação preliminar defensiva*

Se pudermos situar a finalidade das propostas de reforma, elas buscam, além do cumprimento de exigências constitucionais, o contorno da frustação gerada por essa crise do mecanismo brasileiro de persecução penal preliminar. A iniciativa teórica de se prever um método defensivo de investigação não foge dessa realidade. Dessa forma, nosso estudo procurará apontar, primeiramente, a natureza da proposta de se emprestar à defesa a possibilidade de realizar investigação. Como base nisso, buscaremos indicar o lastro constitucional da proposta. Após, analisaremos o procedimento investigatório com base na experiência americana e italiana, lançando os olhos, ainda que de forma esquemática para os dilemas e limites por que passam os sistemas estrangeiros – principalmente o italiano. Por fim, concluiremos a exposição, procurando indicar eventuais problemas que a prática, ainda normativamente inédita entre nós, poderá suscitar.

3.2 *Aspectos introdutórios*

A interferência da defesa no inquérito policial sempre se pautou pela maior ou menor interferência do imputado no trabalho investigativo da Polícia Judiciária. Por mais ampliativo que seja o regime de garantias da defesa, sua atuação na investigação preliminar sempre teve como "polo metodológico" a existência de uma autoridade estatal como ator legitimado a ditar o rumo das investigações. Frente ao poder material de coerção da Polícia Judiciária e do Ministério Público, as possíveis interferências da defesa nas investigações, ainda que amplas, acabam por sacralizar a mais significativa desigualdade entre partes tolerada pelo sistema processual.[17]

O tema da investigação defensiva busca romper com esse modelo.[18] Atribui à defesa não apenas o papel de atuar em face da Polícia Judiciária, mas também a iniciativa de, com autonomia, ditar o rumo de sua própria linha de investigação, empregando a metodologia e as hipóteses que entender adequadas à demonstração de suas teses.

Conforme apontado por Francisco da Costa Oliveira, na fase de investigações, a atuação da defesa na reconstrução dos fatos pode ser dividida em três vertentes. Numa primeira, o imputado busca influenciar o rumo da investigação estatal, propondo elementos de convicção e requerendo diligências junto à autoridade. No Brasil, tal atividade é regulada pelo art. 14 do CPP.[19] Num segundo aspecto, a defesa

17. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *RBCCrim* 96/280.

18. RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria Pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (org.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129.

19. "Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade."

pode interferir do "controle de qualidade" do resultado das investigações junto ao órgão jurisdicional.[20] Numa terceira vertente, finalmente, a defesa poderá pesquisar, paralelamente à autoridade estatal, as fontes de provas que entender úteis à comprovação de suas alegações.[21]

Segundo o mesmo autor, esta última vertente pode ter, como objetivos: a comprovação de eventual álibi, ou de tese a ser sustentada; a desresponsabilização do réu por eventual ação de terceiros; a pesquisa de fatos que relevem alguma hipótese de excludente de ilicitude, ou culpabilidade; a produção de contraprova técnica que afaste a credibilidade da prova estatal; o exame de locais e reconstituição do delito; ou a localização de testemunhas.[22]

No Brasil, a despeito da ausência de previsão legislativa, a Constituição Federal, não só não veda a atividade, como positiva princípios que legitimam e viabilizam a investigação criminal defensiva. A regulamentação da matéria, apesar de prometida pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal, não obsta, por si só, a atividade entre nós. Sendo assim, podemos, a seguir, analisar o regramento constitucional do instituto.

3.3 Princípios constitucionais

Indicando o rol de direitos e garantias previstos pela 6.ª Emenda à Constituição Americana, Diogo Malan afirma que tais direitos, "interpretados de forma lógico-sistemática e aplicados de maneira integrada, asseguram ao acusado o devido processo penal, tendo como fundamento comum à proteção dos cidadãos inocentes e à descoberta da verdade processual".[23]

A assertiva cabe perfeitamente no sistema de direitos e garantias fundamentais positivados pelo constituinte brasileiro de 1988. A coleção de garantias processuais penais previsto na Carta Política faz com que a princípio geral de prevalência do interesse público sobre o particular, marcante no direito administrativo, não tenha

---

20. Quanto a esses dois primeiros campos de atuação defensiva, vale a referência aos ensinamentos de Marta Saad: "conforme o direito de defesa se exerça internamente, nos próprios autos do inquérito policial, por meio do interrogatório ou de solicitações dirigidas ao delegado de polícia, ou externamente, fora dos autos, pode o exercício do direito de defesa ser classificado, ainda, como endógeno e exógeno ao inquérito policial" SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 269.

21. OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 24.

22. OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime* cit., p. 56. No mesmo sentido: MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 172.

23. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 283-284.

cabimento na persecução penal.[24] No que toca ao tema da investigação defensiva, apontaremos os princípios mais diretamente vinculados ao modelo processual acusatório, a saber, o princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo penal.

3.3.1 Ampla defesa

A previsão de uma atuação defensiva autônoma, focada na procura de fontes de provas aptas a escorar sua linha de atuação no melhor interesse do imputado é, sem dúvida, a matriz da incidência do princípio com relação ao tema em comento.

De qualquer forma, não se pode negar que, a despeito de qualquer discussão sobre a possibilidade de a defesa produzir sua própria investigação preliminar, todo diligente defensor, na medida de suas possibilidades, se dedica, se possível desde a notícia do crime, a pesquisar elementos que possam demonstrar a inocência do seu defendente.[25] Não existe qualquer limitação à livre investigação de fatos e informações por um cidadão. Qualquer pessoa pode investigar livremente qualquer fato previsto como delito.[26]

Todavia, conforme aponta Diogo Malan,[27] essa atuação sempre esbarrou em alguns óbices. Primeiramente, na ausência de recursos da maioria dos réus, clientes preferenciais do sistema prisional. Esbarra, também, na ausência de regulamentação, que mantém a defesa despida de qualquer poder de, coercitivamente, colher depoimentos ou ter acesso a documentos ou lugares. Tal situação de anomia acaba, ainda, por fomentar o risco de o defensor se ver processado criminalmente por eventual imputação por falso testemunho ou fraude processual. Por fim, referida ausência de legislação acaba por perpetuar um certo preconceito cultural contra a advocacia investigativa, retirando credibilidade dos elementos por ela apurados. Quanto a esse último aspecto, apurações defensivas podem ser interpretadas como a de alguém que tenta esconder provas, obstruindo a "realização da Justiça Penal".[28]

A reunião de tais dificuldades acaba por desestimular uma prática que, como visto, não é vedada. Nesse cenário, pode-se dizer que o elemento distintivo da investigação defensiva é o de, por meio de regulamentação, estimular e viabili-

---

24. BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *RBCCrim* 64/258.
25. Diogo Malan defende a tese de que a investigação preliminar defensiva constitui "dever ético inerente ao múnus advocatício criminal". MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 281.
26. OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime* cit., p. 31.
27. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 280.
28. OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime* cit., p. 32.

zar uma atividade que, apesar de perfeitamente possível, encontra toda a sorte de empecilhos. O princípio da ampla defesa aponta para a investigação, pois enxerga nesse procedimento uma meio mais eficaz de apuração de fatos, possibilitando que o imputado conte com maior patrimônio fático defensivo.

3.3.2 Igualdade

Guiado pelo principio da igualdade, o sistema processual assegura que acusação e defesa tenham equilíbrio de forças,[29] com a mesma oportunidade de demonstrar suas teses e vê-las analisada pelo órgão jurisdicional. No âmbito da investigação preliminar, o direito à igualdade pode ser analisado sob um duplo enfoque. Já anunciados acima, um deles restringe-se a analisar a positivação do princípio nos limites da investigação estatal. O outro procura analisar a pertinência do princípio da igualdade na hipótese de concorrência entre investigações estatal e defensiva.

Assim, pelo primeiro enfoque, exige-se que, em sede de inquérito policial, a autoridade administrativa dê tratamento paritário entre o Ministério Público e a defesa no curso das investigações. Entretanto, a prática nega relevância a tal forma de tratamento.[30] A própria Constituição atribui ao *Parquet* a função de realizar o controle externo da Polícia Judiciária,[31] podendo, inclusive, requisitar da autoridade policial a realização de diligências[32] que entenda conveniente para a promoção da ação penal. À defesa, o sistema autoriza o requerimento de medidas, cujo deferimento dependerá da conveniência da autoridade policial.[33]

Pelo segundo enfoque, o princípio da igualdade permite que as partes, fora do espectro da Polícia Judiciária, promovam, de forma autônoma, a indagação preliminar dos fatos, ditando hipóteses investigativas e estabelecendo o rumo das diligências. E a positivação do princípio ganha mais urgência e relevância à proporção que o Ministério Público encabeça, com cada vez mais frequência, suas próprias investigações preliminares.[34]

Nesse novo panorama que se desenha, ao buscar elementos para a promoção da denúncia, o órgão acusatório se desincumbi de emprestar a seus atos o verniz ideológico da imparcialidade, que outrora se atribuiu à polícia. Nesses termos, um

---

29. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 50.
30. Segundo Antonio Scarance Fernandes, "(...) na fase indiciária justifica-se alguma desigualdade em favor do Estado, a fim de se realizar melhor colheita de indícios a respeito do fato criminoso". FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional* cit., p. 54.
31. Art. 129, VII, da CF.
32. Art. 129, VIII, da CF.
33. Art. 14 do CPP.
34. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional* cit., p. 276

sistema que promova a igualdade entre as partes deve permitir que a defesa pesquise, com a mesma autonomia, atos que contrabalancem o peso das fontes de provas colhidas pelo órgão acusador.[35]

3.3.3 Contraditório

Num processo de partes, o princípio do contraditório[36] firma-se como método dialético, que, heuristicamente, afigura-se como o mais eficaz para a correta apuração dos fatos. Nesses termos, o princípio atribui às partes a função de, mediante sua iniciativa, legitimar a reconstrução da histórica da imputação. Por esse motivo, a doutrina enxerga nessa atividade um direito subjetivo das partes à prova.

A importância de se prestigiar a iniciativa probatória da defesa na reconstrução da imputação encontra fundamento, primeiramente, na sistemática global e americana de proteção de direitos humanos.[37] No plano interno, a Constituição da República prevê em seu art. 5.°, LV, o direito à ampla defesa, "com os meios e recursos a ela inerentes". Tal rol de direitos e garantias permitem que, num processo de partes, a defesa tenha ampla liberdade de indicar fontes de provas aptas à fundamentar suas alegações, o que viabiliza a própria legitimidade democrática do sistema processual. Nesse sentido, a pesquisa de elementos de convicção pela defesa constitui-se em decorrência lógica do contraditório e do direito à prova. Tal direito, ainda, não resume sua eficácia à fase judicial, devendo atingir, inclusive, o procedimento de investigação. Nas precisas palavras do Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho, que valem a transcrição integral, "(...) o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evita-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito a prova; na tradição inquisitorial, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acu-

35. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 11.

36. Apesar da relevância do tema, não trataremos aqui da incidência do princípio tendo o inquérito policial como *locus* de incidência. Por mais ampliativa que seja a interpretação dada à clausula inscrita no art. 5.°, LV, da CF, é certo que ela será sempre limitada à circunstância de o Estado ocupar a posição passiva da relação jurídica. Assim, a pergunta se há contraditório do inquérito policial não consegue descrever o modo que o princípio legitima um procedimento investigatório desvinculado da tutela estatal. Nesse sentido: MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 106-112.

37. Nesse sentido, apenas como ilustração o teor dos arts. 14, 3, *b* do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e 8, 2, *c*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

satório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas".[38]

Além disso, apesar de, em regra, despidos de valor probatório, os elementos colhidos da fase pré-processual podem, além de fundamentar a decisão judicial de recebimento da denúncia, ensejar, ainda, a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais. Sem falar, ainda, nas hipóteses de valoração judicial das provas irrepetíveis.[39]

Assim, se a investigação preliminar permitir que Ministério Público e defesa viabilizem a reconstrução dos fatos por meio do apontamento de fontes de provas – com as consequências que esse conjunto de elementos pode gerar no processo – então a atividade pré-processual das pares prestigiará o princípio do contraditório.

3.4 Investigação defensiva nos Estados Unidos e na Itália

A ausência de regulamentação da atividade investigatória da defesa no Brasil aconselha, de nossa parte, a ilustração prática do seu conteúdo por meio da análise da experiência de outros países. Dessa forma, estudaremos, ainda que de forma sumária, o sistema americano. Apesar de pertencer à família jurídica da *common law*, o refinamento das normas do processo adversarial, bem como a tradição de seu sistema acusatório, vem, ao longo dos anos, influenciando a reforma das legislações dos países com sistema jurídico romano-germânico. Estudaremos, também, a investigação preliminar defensiva na Itália. A escolha, também, não é aleatória. Além de ter sido influenciada pela experiência americana, o país peninsular, em contrapartida, exporta importante influência nas reformas brasileiras, o que incrementa a necessidade de descrever o modo como o instituto é tratado naquele país.[40] Começaremos, assim, pela investigação defensiva tal como é realizada nos Estados Unidos.

3.4.1 Investigação EUA

Como já afirmado acima, a importância de estudar a investigação criminal defensiva nos Estados Unidos decorre, primeiramente, da longa tradição adversarial do sistema processual deste país.[41] Lá, o regime probatório decorre da ampla inicia-

38. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 86-87.

39. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 296.

40. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 282.

41. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 124.

tiva das partes em pesquisar e inserir no processo os elementos aptos a fundamentarem suas estratégias no julgamento. Além disso, conforme indicado por Diogo Malan,[42] a investigação defensiva naquele país é prática estimulada pelo sistema, a ponto de se constituir em critério objetivo para se auferir a efetividade da defesa do acusado, conforme parâmetros dos estatutos regentes da atuação advocatícia.

A despeito da ausência de diploma legal rígido sobre o assunto,[43] segundo Malan, as *Normas para a administração da Justiça Criminal da ordem dos advogados americanos* estabelecem, em seu conjunto, padrões mínimos de qualidade a se esperar da atuação do defensor. Quanto ao tema da investigação, As *normas para Justiça Criminal: função persecutória e defensiva*, com última edição de 1993, estabelecem "verdadeiro código de postura profissional". Dentre os regramentos, estabelece a norma "4-4.1 Dever de investigar". Para se desincumbir desta obrigação, ao advogado americano é garantido amplo acesso à investigação policial.[44] Em contrapartida, o advogado deverá explorar todas as circunstâncias do caso, mesmo que o cliente seja confesso.[45]

Além de influir no resultado do julgamento, a colheita de elementos informativos pela defesa determina a construção de um feixe probatório apto mitigar a pena do cliente já condenado. Por esse motivo, a Suprema Corte americana decidiu que a investigação defensiva inexistente ou deficitária compromete aqueles parâmetros mínimos de efetividade e diligência esperados pelo advogado.[46]

Cabe indicar a peculiaridade do sistema americano de – ao contrário do que se verá na Itália – enxergar na investigação defensiva não um direito do imputado, mas um dever do advogado. A diversa maneira de lidar com a investigação indica o quanto cada um dos sistemas é determinado ou por uma ideia de reconstrução comunitária da verdade, ou pela gestão estatal da prova. No ensejo, passemos à análise a investigação defensiva tal como prevista na Itália.

3.4.2 Investigação defensiva na Itália

Como se sabe, em 1988, a Itália reformou seu sistema processual penal vigente desde a década de 30. De forma esquemática, podemos apontar como modificações mais marcantes a nova feição acusatória que a legislação buscou dar ao processo. Definiu-se com clareza a função de cada uma das partes no processo, privilegiando a imparcialidade do julgador. Por meio disso, procurou-se afastar o juiz de iniciati-

42. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 282 e 288.
43. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 127.
44. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 292.
45. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 290.
46. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 292.

va probatória e, principalmente, de investigação de fontes de prova, tudo conforme o disposto no art. 111 da Constituição daquele país.[47]

Com relação ao método de investigação preliminar, o novo diploma legal aboliu o juizado de instrução, afastando, definitivamente, o magistrado-juiz da pesquisa de fontes de provas aptas a alicerçar uma eventual acusação. Em substituição, criou-se o denominado *indaginipreliminari,* a cargo do Ministério Público, que dirige o rumo das investigações, apurando os fatos ou de forma direta, ou por meio da Polícia Judiciária. O papel do Juiz resume-se, aqui, ao resguardo dos direitos fundamentais dos investigados, sendo a ele vedada a realização de atos de investigação. A defesa, apesar de poder requerer diligências ao Ministério Público, ou mesmo ter ciência da conclusão das investigações, não participa do procedimento de forma contraditória.[48]. Por tais motivos, os atos de investigação têm eficácia restritamente vinculada à viabilidade da ação penal, ou a decretação de alguma medida cautelar no curso da fase pré-processual.[49] Importante, ainda, mencionar que, para a realização das diligências, o legislador italiano concedeu ao Ministério Público poderes coercitivos equiparáveis ao das autoridades judiciárias.[50]

A vinculação da parte acusadora à pesquisa pré-processual de fontes de prova exigiu, por força do princípio da igualdade, a previsão de que a atividades defensivas que não se restringissem àquelas de diligenciar no corpo da investigação estatal em curso. Na busca de coerência entre a gestão probatória pelas partes e a paridade de armas, o legislador italiano vem, ao longo dos anos, cristalizando a possibilidade normativa de a defesa realiza sua própria investigação, com a busca autônoma de fontes de provas.

Em reforço, pontua-se que a direção da investigação pelo Ministério Público poderia indicar que a formulação de hipóteses ou a realização de diligências não seriam realizadas de forma imparcial, fazendo com que a atividade defensiva constituísse um contraponto contra eventual direcionamento acusatório das investigações.[51]

---

47. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 128. Segundo o art. 111: "Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore."

48. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 139.

49. Deve-se informar, contudo, que poucos anos após a edição de seu código, o legislador italiano, em particular após a edição da Lei 356/1992, flexibilizou tal imperativo, admitindo que o julgador, em determinadas hipóteses, possa formar sua convicção por meio de elementos colhidos na *indaginipreliminari.* Nesse sentido, MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 143.

50. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 134.

51. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 144.

O acabamento teórico da atividade contou com gradual evolução legislativa. A Lei 397/2000, atualmente em vigor, foi antecedida, primeiramente, pela redação original do art. 38 do CPP, que contemplava a possibilidade genérica de a defesa coletar elementos a ela favoráveis antes da ação penal. Ao completar a pesquisa, tais elementos eram encaminhados diretamente ao Juiz. Notícia trazida por Antonio Scarance Fernandes e André A. Mendes Machado[52] informa que a jurisprudência passou a interpretar restritivamente tal prerrogativa, determinando que o resultado da investigação particular deveria ser direcionado ao Ministério Público. Todavia, com a edição da Lei 332/1995, alterou-se referida interpretação, garantindo ao defensor o direito de encaminhar ao juiz os dados obtidos, que seriam posteriormente encartados nos autos da investigação estatal. Após, a edição da Lei 479/1995 veio abrigar o MP a, quando do informe da conclusão de sua investigação, facultar ao imputado o depósito dos elementos colhidos no curso da investigação da defesa.

De qualquer forma, a investigação defensiva só passou a contar com ampla regulamentação a partir da edição da já mencionada Lei 397/2000. Apesar de não exaustiva, o novo regramento parte de um princípio claro: a paridade de armas entre defesa e MP no curso das investigações. A viabilização dessa diretriz seu deu com aproximação dos atos que as partes podem praticar, atribuindo a eles o mesmo valor probatório.[53]

Apesar de nossa discussão se restringir à investigação pela defesa, vale informar que a regulamentação italiana não se restringe a ela, podendo ser realizada por qualquer das partes privadas. (vítima, parte civil etc.). Tal atividade, ainda, pode ser praticada em qualquer fase do processo, não se limitando[54] à fase pré-processual.

A apuração de informações por meio de entrevistas pessoais é regulada pelo art. 391-bis do CPP.[55] Segundo o dispositivo, o defensor poderá realizar colóquio com

52. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional* cit., p. 277 e MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 145.

53. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 147.

54. 327-bis, 2. "La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione".

55. "*Art. 391-bis. Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore.* 1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato. 2. Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'articolo 391-ter. 3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1:

testemunhas, ou se valer de tais depoimentos na forma de declarações escritas. É importante apontar que a testemunha não é obrigada a prestar esclarecimentos à defesa. Se o fizer, ainda assim não será obrigada a responder todas as perguntas. Todavia, se concordar em responder, presta compromisso de dizer a verdade. Tem, ainda, a testemunha o direito de saber em que condições presta declarações, se na

---

a) della propria qualità e dello scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione. 4. Alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date. 5. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da una persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria. Se la persona è priva di difensore, il giudice, su richiesta del difensore che procede alle investigazioni, dispone la nomina di un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97. 5-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter, il difensore, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile. ([1]) 6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare. 7. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero. Prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è data dal giudice per le indagini preliminari. Durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza. 8. All'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private. 9. Il difensore o il sostituto interrompo n l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 10. Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'articolo 210. L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'articolo 362. 11. Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, com

qualidade de fonte de informações, ou na de suspeita.[56] Nas hipóteses de omissão da testemunha, a defesa poderá de valer da possibilidade de requerer sua oitiva junto ao Ministério Público, no corpo da investigação estatal, ou suscitar a produção da prova em incidente jurisdicional.[57]

Segundo André A. Mendes Machado, a violação do rito previsto para a colheita de informações é sancionada com a inutilização das declarações.[58] Pode-se pensar, assim, numa regra de tipicidade[59] dos meios de obtenção de informações em sede extraprocessual.

Para a apresentação da documentação ao Juiz, o defensor deverá organizá-los num instrumento,[60] que conterá, de maneira fiel, todo o teor das entrevistas, ainda que eventuais trechos sejam desfavoráveis à defesa. Por isso a utilização do material depende do juízo de conveniência da parte. Mas, na hipótese de aproveitamento das investigações, deve-se retratar fielmente o resultado da pesquisa.[61]

Quanto à obtenção de documentos junto à Administração Pública, o legislador italiano previu que a parte poderá requerer sua apresentação, ou diligenciar junto ao Ministério Público para que este o requisite. Na hipótese de omissão do *Parquet*, a parte poderá requerer a apresentação do documento ou junto ao juiz. Da mesma forma se dá quanto ao acesso do defensor em lugares privados, com o fim de realizar vistorias. Caso o indagado se recuse a colaborar, a medida só será possível por meio de determinação da acusação ou judicial.[62]

---

56. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 152.
57. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 152-153.
58. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 153.
59. Essa, contudo, não parece ser a opinião de André A. Mendes Machado. Segundo ele, "em regra, admite-se a realização de atos investigatórios atípicos, por encontrarem respaldo nos princípios da igualdade a de ampla defesa e no direito a prova. A única restrição é que seja praticados de forma lícita" MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 168. RSK
60. "*Art. 391-ter. Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni.* 1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis, sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono riportati: a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione; b) le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione; c) l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'articolo 391-bis; d) i fatti sui quali verte la dichiarazione. 2. La dichiarazione è allegata alla relazione. 3. Le informazioni di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del verbale di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili."
61. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 154.
62. "Art. 391-sexies. Accesso ai luoghi e documentazione. 1. Quando effettuano un accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro

Os dados colhidos podem ser encaminhados ao juiz, que, após o encerramento da investigação preliminar, inserirá tal fascículo no corpo na investigação estatal.[63] Pode, também, encaminhá-los ao Ministério Público, quando desejar convencer a acusação de alguma tese.[64]

Os elementos trazidos pela defesa terão o mesmo valor probatório que aqueles apurados pela acusação. Além disso, quando irrepetíveis, tais elementos poderão ser utilizados em juízo, influenciando no convencimento do juiz.

Em contraponto aos deveres das autoridades públicas de pesquisar todos os elementos, tanto favoráveis quanto contrários aos interesses da acusação, viabilizando o correto acertamento dos fatos,[65] é característica determinante da atividade do de-

---

descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'articolo 391-bis possono redigere un verbale nel quale sono riportati: a) la data ed il luogo dell'accesso; b) le proprie generalità e quelle delle persone intervenute; c) la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose; d) l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo. Il verbale è sottoscritto dalle persone intervenute. Art. 391-septies. Accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico. 1. Se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi èil consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità. 2. Nel caso di cui al comma 1, la persona presente è avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120. 3. Non è consentito l'accesso ai luoghi di abitazione e loro pertinenze, salvo che sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato."

63. "Art. 391-octies. Fascicolo del difensore. 1. Nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito. 2. Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per laquale non è previsto l'intervento della parte assistita. 3. La documentazione di cui ai commi 1 e 2, in originale o, se il difensore ne richiede la restituzione, in copia, è inserita nel fascicolo del difensore, che è formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari. Della documentazione il pubblico ministero può prendere visione ed estrarre copia prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento. Dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore è inserito nel fascicolo di cui all'articolo 433.
4. Il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito."

64. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 159.

65. "Art. 358. Attività di indagine del pubblico ministero. 1. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini."

fensor o *direcionamento deliberado das investigações*. Essa diferenciação teórica vedou que a parte privada dispusesse de poderes públicos de coerção.[66] Retrato disso é a necessidade de colaboração de testemunhas ou detentores de documentos com os pedidos da defesa. A não colaboração exige que a defesa dependa da intervenção da autoridade estatal, o que prejudica a desejada coerência entre a regulamentação legislativa e o princípio da paridade de armas.[67]

3.5 O projeto de reforma do CPP

O projeto de novo código contempla disposição normativa a respeito da investigação pela defesa. Dispõe no Título II – Da investigação Criminal, Capítulo I – Disposições Gerais. Se comparada com a versão original do anteprojeto,[68] o projeto em tramitação apresenta disciplina mais detalhada: Mantém o originalmente disposto no "caput", mas desdobra o parágrafo único em seis. Vejamos:

"Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1.º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas se esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2.º A vítima não poderá ser interpelada para os fins da investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz de garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3.º Na hipótese do § 2.º deste artigo, o juiz de garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4.º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5.º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§ 6.º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos."

---

66. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 164.

67. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 164.

68. "Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. *Parágrafo único.* As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas."

A regulamentação em discussão no Brasil é tímida,[69] ainda mais se comparada com a legislação italiana. Ao contrário de viabilizar a pesquisa de fontes de prova por parte da defesa, a prometida legislação parece mais querer conter um atividade que pressupõe já em prática.

Exemplo disso é o pudor que reserva à proteção das vítimas: além de limitar o acesso à importante fonte de informação, o dispositivo prescreve que, mesmo em caso de consentimento, a oitiva da vítima depende de autorização judicial, subvertendo a lógica empregada na Itália de que a interferência do Judiciário só se daria no caso de fonte de informações se negar a prestar esclarecimento à defesa. Nessa última hipótese, o dispositivo nega terminantemente a possibilidade da oitiva, vedando à defesa o suprimento judicial do consentimento da vítima.

O tratamento dispensado à oitiva da vítima não coincide com aquele dado às testemunhas, que, segundo o disposto no § 1.º, apenas poderão ser entrevistadas se consentirem com o ato. A ausência da expressão equivalente à "sempre resguardado o seu consentimento" pode indicar que, a contrario senso do disposto no § 2.º, o juiz poderá determinar a entrevista de testemunhas pela defesa.

Duvidoso, também, o que dispõe no § 5.º, já que faz depender o apensamento dos elementos colhidos pela defesa no corpo da investigação pública ao arbítrio da autoridade policial. O dispositivo não contém qualquer previsão de a defesa poder encaminhar diretamente ao juiz de garantia o conjunto do material.

A pequena repercussão da investigação defensiva na doutrina pode explicar o fato de o diploma não ter disciplinado mais detidamente o assunto. De qualquer forma, a menção a ele já configura avanço e estimulo para a sua prática, que imporá nos aplicadores a necessidade de estudar soluções para os problemas que ela possa suscitar.

3.6 Limites

A autonomia da defesa em investigar, tal como na pesquisa pública, é pautada pela legalidade dos atos. Assim, os atos não podem prescindir de respeitar direitos fundamentais de terceiros,[70] ou qualquer impedimento legal ou judicial[71]no caso de medidas investigatórias restritivas de direitos fundamentais.[72] A apuração de informações com violação de direitos acarreta, assim como na investigação

69. RASCOVSKI, Luiz. *A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria...* cit., p. 127-128.

70. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 177.

71. OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. p. 32.

72. RASCOVSKI, Luiz. *A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria...* cit., p. 132. Apesar de a ilicitude da prova normalmente derivar de atos das autoridades públicas, a inadmissibilidade do material probatório poderá resultar, também, da atividade de entes

pública, a inadmissibilidade dos elementos colhidos.[73] Além disso, a atividade probatória do imputado não pode obstacularizar a investigação pública por meio da destruição de fontes de prova, sob pena de incorrer em ilícito penal.[74] Em caso de colidência entre investigação pública e particular, esta última deve ceder espaço a primeira.[75]

É da natureza do instituto a proposital inclinação da pesquisa no rumo que a defesa entender favorável a seus interesses. Se tal premissa se impõe pela lógica, a atribuição do interesse público à parte estatal dissemina a construção teórica de que quando o Estado investiga, o faz de forma imparcial, qualquer que seja seu autor. Tal caldo de cultura, herdeira do sistema inquisitorial,[76] constitui uma das principais barreiras à investigação defensiva. Operadores do direito darão maior credibilidade aos dados produzidos pelo agente supostamente imparcial, em detrimento daquele, que, de forma transparente, enuncia, de antemão, qual o interesse que guiará o teor da sua pesquisa.[77]

O confronto entre a suspostamente imparcial investigação estatal, e a apuração direcionada pela defesa poderia fecundar, no limite, robustecer a ideia de que a investigação defensiva seria desnecessária, já que seus interesses poderiam ser contemplados no corpo da investigação pública. Entretanto a prática forense indica que tal conclusão parte de premissas incorretas. Primeiramente, é inegável que os órgãos estatais relacionam-se com o exercício do poder punitivo.[78] A mentalidade dos integrantes dos órgãos de distribuição de justiça criminal é marcada mais pela comprovação do delito[79] e pela repressão à criminalidade que à proteção de

---

privados. Nesse sentido, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional* cit., p. 86.

73. RASCOVSKI, Luiz. *A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria*...cit., p. 135. Sabe-se que a regra da inadmissibilidade da provas ilícitas pode sofrer atenuação quando sua aplicação ensejar risco de violação a valor constitucional de maior relevância. Exemplo dessa situação é a aceitação pela doutrina do uso de provas ilícitas a favor da defesa, prestigiando o valor da inocência e da liberdade de locomoção. Todavia, no tema da iniciativa investigatória pela defesa, aceitar eventual atividade ilegal dela emanada significaria estimular a prática da atividade ilícita por particulares que, por meio de um entendimento equivocado do princípio da proporcionalidade, se disporiam a demonstrar inocência a qualquer custo.
74. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 177 e OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime* cit., p. 33-34.
75. RASCOVSKI, Luiz. *A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria*...cit., p. 135.
76. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 178.
77. MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal* cit., p. 281.
78. MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal* cit., p. 298.
79. RASCOVSKI, Luiz. *A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria*...cit., p. 120.

direitos fundamentais de indiciados. Além disso, ao trabalhar com a formulação de hipóteses de investigação, os agentes estatais acabam por condicionar o desfecho da apuração à confirmação ou negação da premissa anteriormente estabelecida, rechaçando eventuais hipóteses contrárias,[80] em geral defensivas.

Deve-se apontar, ainda, a questão do poder de coerção disponíveis às autoridades públicas e de uso vedado a defesa. A diferença faz pender a eficácia investigativa para o lado estatal da balança, comprometendo a paridade de armas entre as partes. O sucesso da investigação defensiva dependerá, assim, da cooperação de terceiros.[81] O projeto de novo código não oferece respostas adequadas para tal problema. Como visto, a solução italiana foi a de conferir a Ministério Público e ao Judiciário a função de árbitros da situação, atribuindo a eles o poder de fazer ouvir a testemunha. No Brasil, já há vozes pleiteando atribuição de poderes coercitivos à defesa, ainda que mitigado.[82] Todavia, não se pode perder de vista o horizonte de que a defesa, quando investiga, patrocina interesses privados. Ainda que possamos questionar o viés repressivo da investigação estatal, por se tratar de função pública, esta última, pelo menos em teoria, encontra-se pautada por normas cogentes de direito público, inclusive com o controle democrático, ainda que longínquo, do Poder Executivo.

Outro problema que podemos apontar seria o eventual enfraquecimento da atuação da defesa no âmbito interno da investigação estatal. A possibilidade jurídica de a defesa investigar poderá contribuir para a incorreta ideia de que esta não precisaria mais diligenciar junto à autoridade, que, distorcendo deliberadamente a sistemática, passaria a vedar o acesso do imputado na investigação pública em andamento.

Nessa linha de ter seus objetivos desvirtuados vale apontar, ainda, para outros problemas. Primeiramente, pelo direcionamento da investigação à investigação de terceiros, com o fim de excluir eventual suspeita de autoria. Apesar de cumprir os objetivos com relação àquele que deseja demonstrar a inocência, tal atividade acaba – se somada à eventual investigação pública em curso – por desequilibrar a paridade de forças contra tal terceiro. Isso, pois, além da suspeita estatal, pesará contra ele a suspeita privada do coinvestigado. O problema pode ganhar, ainda, mais repercussão. Num ambiente de delação premiada, o sujeito, certo de que não poderá se subtrair da persecução estatal, poderá buscar os benefícios da delação, instrumentalizando sua própria investigação com o fim específico de apontar à Justiça provas de participação de eventuais coautores.

---

80. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal cit., p. 298.

81. RASCOVSKI, Luiz. *A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria*...cit., p. 135-136.

82. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva* cit., p. 176-177.

4. CONCLUSÃO

A discussão sobre investigação pelas partes no sistema brasileiro é, ainda, muito polêmica. Nos países de tradição continental que, originariamente possuíam sistemas judiciais, o Ministério Público tem poderes investigatórios indiscutíveis, os quais estão sendo alargados para a defesa, a exemplo da Itália.

É pertinente a indagação sobre a possibilidade de investigação pelo Ministério Público diante de nosso texto constitucional e, mesmo que este seja interpretado no sentido da possibilidade, é certo que uma regulamentação é indispensável para evitar abusos do poder. Infelizmente, o Projeto de novo Código de Processo Penal silenciou a respeito, uma vez que o tema é considerado de grande sensibilidade. Mesmo sobre a investigação defensiva, poucas são as previsões.

É de se ressaltar, ainda, a importância da previsão de uma fase intermediária contraditória entre o inquérito e o processo, para o caso de serem efetivados os poderes investigativos das partes. Assim, a exemplo do sistema adversarial, um filtro contraditório é exercido antes do recebimento da denúncia, aumentando a legitimidade dos futuros processos e impedindo que provas viciadas deles façam parte.

Por fim, é importante lembrar, em conjunto com Aury Lopes Jr., que independentemente da discussão sobre os poderes investigatórios das partes (que, ressalte-se, tem grande relevância), "é imprescindível ampla discussão e revisão da investigação preliminar no Brasil e, principalmente, muito mais importante do que modificar o sujeito ativo é alterar a estrutura e forma dos atos. Ou seja, seguimos afirmando com plena convicção que muito mais importante do que discutir quem será o inquisidor é revisar como será a inquisição".[83]

5. BIBLIOGRAFIA

ALVES, Alaor Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade de substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 64. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2007.

BRUN, Inaki Riano. *La instrucción criminal em el proceso penal*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

83. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* cit., p. 30.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES Maurício Zanoide de (coord.) *Crime organizado – Aspectos processuais*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes São Paulo: Ed. RT, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 65. p. 193. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GONÇALVES, Kildare. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 96. p. 279. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2012.

MATHIAS, Eric. O equilíbrio do Poder entre a Polícia e o Ministério Público. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério público*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. A invenção do inquérito policial brasileiro em uma perspectiva histórica comparada. *Revista da SJRJ*. vol. 15. n. 22. p. 147-169. 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa par a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCrim*. ano 17. n. 200. p. 4. São Paulo: IBCCrim, jul. 2009.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ORLANDI, Mariagrazia. *La nuova cultura delgiusto processo nellaricerca dela verità – Aspettigiuriici, sociolinguistici e dicomunicazione*. Milano: Giuffrè, 2007.

OSTERBURG, James W.; WARD, Richard H., *Criminal investigation: a method for reconstructing the past*. 6. ed. New Providence: LexisNexis, 2010.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, Inquérito policial: exercício do direito de defesa. *Boletim IBCCrim*. n. 83. São Paulo: IBCCrim, out. 1999.

PRADEL, Jean. *Manuel de procédure pénale*. 14. ed. Paris: Éditions Cujas, 2008.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da Defensoria Pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (org.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SALAS, Denis. O papel do juiz. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.), *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

SANGUINÉ, Odone; SANGUINÉ, Paloma de Maman. A investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado e o retrocesso do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 37. *Tribuna Virtual*. ano 1. 2. ed. p. 7-31. mar. 2013.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SPANGHER, Giorgio. *La pratica del processo penale*. Padova: Cedam, 2012. vol. II.

TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime jurídico da investigação criminal – Comentado e anotado*. 3. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2006.

VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: OnixJur, 2012.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O Tribunal Penal Internacional. Jurisdição permanente para os crimes internacionais. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coords.); VILARES, Fernanda Regina (org.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

5.1 Outros

Ação anticorrupção foi política, dizem especialistas. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-abr-11/especialistas-acao-nacional-anticorrupcao-teve-intencao-politica-mp]. Acesso em: 11.04.2013.

BARROSO, Luís Roberto. Parecer de sobre o tema, ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf].

EDITORIAL. Poderes investigatórios do Ministério Público. *Boletim IBCCrim*. 135/1. 2004.

Exposição de Motivos da PEC 37.

Nicolas Sarkozy confirme qu'il veut supprimer le juge d'instruction. Disponível em: [www.Lemonde.Fr/Politique/Article/2009/01/07/MSarkozyConfirmeQuIlVeutSupprimerLeJugeDInstruction_1138981_823448.Html#Ens_Id=1138260?Xtref]. Acesso em: 15.04.2013.

SILVA, José Afonso da. Parecer de em consulta feita pelo IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Investigação criminal na reforma do Código de Processo Penal: agilidade e transparência, de Petrônio Calmon Filho, *RBCCrim* 34/63, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/299 (DTR\2001\150); e
- Investigação defensiva no processo penal, de Diogo Malan – *RBCCrim* 96/279 (DTR\2012\44702).

Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade

Social reintegration and the functions of imprisonment in the contemporary world

Ana Gabriela Mendes Braga

Doutora (2012) em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito pela Universidade de São Paulo (FDUSP) com estágio doutoral (doutorado sanduíche) junto ao Departamento de Antropologia da Universidad de Barcelona (2010-2011). Mestre (2008) e graduada (2004) em Direito Penal e Criminologia mesma Universidade (FDUSP). Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp – *Campus* Franca.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir como a proposta da reintegração social se insere no debate contemporâneo acerca da prisão. De início, será analisado o discurso contemporâneo acerca das funções da pena de prisão e a crise que o ideal de reabilitação atravessou a partir dos anos 80 do século XX. Em seguida, será discutido o conceito de reintegração social, as diferenças em relação às chamadas "ideologias res". Ao final, serão apresentados autores e ideias fundamentais à construção de uma teoria da reintegração social, assim como uma síntese do conceito proposta pela própria autora.

Palavras-chave: Prisão – Reintegração social – Ressocialização – Função da pena – Criminologia.

Abstract: This article's intention is to discuss how the proposition of social reintegration is inserted into the contemporary prison debate. Initially the focus is on the contemporary discourse in regards to the functions of the imprisonment crisis and also the crisis that the ideal of rehabilitation experienced as of the 80s in the 20th century. Later, the concept of social reintegration will be addressed and its differences in relation to the so called "re ideology" (re-socialization, rehabilitation, re-insertion, re-adaptation and social re-integration). Finally, some authors and ideas that are fundamental to the construction of a theory of social reintegration will be presented and also an overview of the concept proposed will be given by the author herself.

Keywords: Prison – Social reintegration – Re-socialization – Penalty functions – Criminology.

Sumário: 1. Discurso contemporâneo das funções da pena de prisão – 2. A reabilitação em crise? – 3. Crise do ideal ressocializador: momento estratégico para desvelar a irracionalidade da prisão – 4. Reintegração social e as *ideologias res* – 5. Significando a reintegração social – 6. Reintegração social: uma síntese – 7. Bibliografia.

1. DISCURSO CONTEMPORÂNEO DAS FUNÇÕES DA PENA DE PRISÃO

O discurso jurídico acerca das funções da pena de prisão reveste de racionalidade essa forma de punição. Justifica e matiza a dor dos apenados, além de encobertar outras funções sociais e econômicas que a prisão exerce em nossa sociedade.

A partir das últimas décadas do século passado, este discurso tem passado por ao menos duas importantes releituras. A primeira remete-se ao declínio das funções instrumentais da pena, contraposto ao crescente interesse nas funções simbólicas de reforço da norma e dos valores sociais (prevenção geral positiva). A segunda advém de um descrédito de todas as funções preventivas da pena e da ascensão do discurso retributivo, deixando como fim único e inconteste da punição o castigo, na forma da neutralização do preso.

De certa forma, o discurso de instrumentalização da pena de prisão, que atribui a esta a função de reforma do indivíduo e de prevenção de novos crimes, contribui para que seja mantida oculta a brutalidade do castigo. O uso da violência pelo sistema penal não é, de forma geral, percebido pela população externa a ele e as teorias da pena contribuem para esse processo: ofuscam as violências a partir da racionalidade de seu discurso.

Para Álvaro Pires,[1] Professor da Universidade de Ottawa no Canadá, a crise na lógica da reabilitação contribuiu para um incremento da responsabilidade individual e da lógica retributiva. No imaginário social e institucional, o indivíduo socialmente vulnerável é substituído pela figura do inimigo.[2] Consequentemente, a prisão passa a rever suas tradicionais justificativas, cunhadas anteriormente pelo discurso iluminista e utilitarista.

A submissão do indivíduo ao poder institucional e a imposição do sofrimento parecem ser características que sempre acompanharam a história da prisão. Hulsman (1993: 87) elenca dois elementos como característicos da pena, tal como é entendida pela civilização ocidental: uma relação de poder entre aquele que pune e aquele que é punido, que por sua vez reconhece a autoridade do primeiro; e depois, imposição de doses de sofrimento, penitência, dor.

Ainda que se fale do fracasso da pena de prisão, é indiscutível o êxito da instituição penitenciária em impingir sofrimento a (alguns) indivíduos em retribuição

1. Curso Criminologia e Justiça Penal, IBCCrim – SP, jun.-jul. 2001.
2. *Inimigo* na teoria do dogmático alemão Günter Jakobs é aquele que não respeita as regras do Estado de Direito e ameaça a sua ordem. Legitima-se, no âmbito do Estado, a criação da categoria de *não pessoa, não cidadão* e a própria crença de que existiriam pessoas essencialmente más, não merecedoras de uma atuação estatal equânime, transparente e democrática. Ver JAKOBS, Gunter e MELIÁ, Cancio (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Cuadernos Civitas.

ao dano que causaram à sociedade. O sofrimento do apenado está implícito na aplicação da pena.

Para além da retribuição (do mal por outro mal necessário), os discursos acerca das funções da pena podem ser divididos em dois grupos: no primeiro estariam os enunciados criados pela dogmática penal tradicional – as funções declaradas da pena – que prescrevem um dever ser e que legitimam o funcionamento de justiça; no outro, estariam as funções não declaradas da pena, descritas a partir da análise da economia da pena em relação aos sistemas econômicos e sociais de determinada época e sociedade.[3]

Ainda que seja importante situar o conceito da reintegração social nos discursos das finalidades da pena, o objetivo do presente artigo não é retomar as teorias tradicionais acerca das funções da pena.

Três são os motivos pelos quais não serão abordadas as tradicionais teorias acerca com as funções da pena. O primeiro está no fato que diversas pesquisas no âmbito do direito já se centraram nessa temática, seja a partir de uma perspectiva filosófico-abstrata, seja a partir de uma perspectiva realista, para acusar a falência da pena de prisão e seu fracasso na tarefa de atingir os fins declarados aos quais se propõe.[4] O segundo é por não considerar a reintegração social como função da pena, mas como uma possibilidade de minimizar seus efeitos. O último, e talvez o mais importante, demarca uma escolha política de não reproduzir os discursos que insistem em justificar a pena atribuindo-lhe qualquer eficácia real além da retributiva e, nesse sentido, não construir um saber reafirmando os velhos discursos.

2. A REABILITAÇÃO EM CRISE?

Entre os anos de 1960 e 1970, no contexto do Estado de bem-estar social da Europa Ocidental,[5] a pena tinha a finalidade declarada de corrigir, inserir a ética do trabalho e reintroduzir os indivíduos dentro dos padrões socialmente aceitos. Esta concepção estava vinculada aos princípios que conformavam aquele tipo de Estado: a sanção teria que ir além da punição e caberia ao Estado prover os meios para a reforma moral e social do apenado.

3. Nesse sentido, imprescindível a leitura de *Punição e estrutura social*, de Rusch e Kirchheimer, *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, *Cárcere e fábrica*, de Dario Mellossi e Mássimo Pavarini.

4. Tarefa que já empreendi na pesquisa de mestrado. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Identidade do preso e as leis do cárcere*. Dissertação de mestrado. São Paulo, USP, 2008.

5. No Brasil o enfraquecimento do discurso de ressocialização ocorreu um pouco mais tarde, no final dos anos 80 início dos 90.

Ao mesmo tempo, a instituição penitenciária era alvo de sérias críticas, as quais pareciam apontar para uma redução do nível de encarceramento e do papel que a prisão exercia na sociedade.

A partir dos anos de 1980, as teorias da reabilitação começaram a perder força, abalando a hegemonia do discurso sobre punição da década anterior. Os especialistas não mais conseguiam sustentar as respostas técnicas dadas ao problema.

Para Garland (1999: 62), o mito fundante da modernidade – do Estado como provedor da segurança e da ordem – estaria em derrocada. As declarações do Estado no campo da repressão criminal se tornaram mais modestas e hesitantes.

Na modernidade, o modelo do controle social disciplinar era composto pela fábrica, no âmbito econômico, pelo Welfare State como modelo social e o "correcionalismo" como paradigma penal. Na atualidade, nenhum destes elementos (econômicos, sociais e penais) se sustentam.

Jock Young (2002), ao analisar as transformações sociais ocorridas do final do século XX, diagnostica a transição de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente, de uma sociedade que assimila e incorpora para outra que exclui. Segundo o autor, o *outro* na sociedade inclusiva não era visto como inimigo externo, mas como alguém passível de recuperação, que deveria ser reabilitado para ser incluído na sociedade; o discurso em voga era o da integração, com o estímulo da "osmose cultural dos menos socializados rumo aos bem socializados" (YOUNG, 2002: 22).

A despeito da crise de legitimidade e das transformações sociais do fim do século passado, o discurso da reabilitação continua fazendo eco na discussão de política criminal. Porém, alguns autores, como Deleuze (1992: 220), são radicais no diagnóstico de uma crise nos meios de confinamento, de uma mudança profunda no alcance e na forma do exercício de poder.

Deleuze (1992) afirma a substituição da sociedade disciplinar pela de controle, a partir, principalmente, da flexibilização da forma de sujeição do indivíduo ao poder. Enquanto os confinamentos em espaços fechados são *moldes* rígidos e fixos, os controles assumem a forma de *modulação,* cujo exercício é feito a partir de movimentos ondulatórios que atingem todo o corpo social. O controle total, que vinha sendo feito de forma concentrada em alguns espaços e direcionado a alguns indivíduos, expande-se para o exterior dessas instituições e alcança a população como um todo, indiscriminadamente.

Na contemporaneidade, as pessoas estão sujeitas à ação contínua dos mecanismos de visibilidade e às mais diversas formas de registro da sua existência. Os espaços de interação social são vigiados e o conteúdo desta interação registrado: o conteúdo da comunicação feita por e-mail, blogs, espaços de bate papo virtual etc., é escrito e gravado; a popularização do uso dos cartões nas transações comerciais permite o detalhamento de como e onde o indivíduo emprega seu dinheiro; a disse-

minação de câmeras nos espaços públicos e privados faz com que o indivíduo esteja em permanente registro.

De acordo com Young (2002: 34): "Na modernidade recente o outro desviante está em toda parte (...). Devido à insegurança ontológica, há tentativas de recriar uma base segura. Isto é, (...) ser rígido em vez de flexível ao julgar, ser punitivo e excludente ao invés de permeável e assimilativo".

Os reflexos desta mudança atingiram a própria racionalidade penal, com implicações na concepção da função da pena e na execução da mesma. A disciplina, que vigiava e conformava todos os atos da vida do condenado, passaria a dar lugar ao controle, que, longe de querer conformar sua existência, agiria no sentido de excluí-la. Os regimes de isolamento rígido e a propagação do controle para além dos muros institucionais, como, por exemplo, através do uso de pulseiras eletrônicas, podem ser tidos como manifestações desta nova dinâmica do poder.

Porém, ao contrário do que se poderia prever, a expansão do poder de controle para além dos muros prisionais não significou um enfraquecimento do papel que a prisão exerce em nossa sociedade: a instituição prisional ainda resiste enquanto pena por excelência (ao menos para determinados tipos de crimes e condenados). Apesar de hoje a prisão ainda ocupar um espaço de relevo, o discurso da finalidade da pena e a própria dinâmica prisional vêm sofrendo algumas transformações.

Na visão de Bauman (2000: 32), a prisão contemporânea não é mais escola para nada. É a disciplina formal e pura, o laboratório da sociedade globalizada. Não importa o que os presos fazem dentro de suas celas, desde que permaneçam excluídos. Em uma sociedade tão volátil (que Bauman adjetiva como *líquida*), a impossibilidade do preso se comunicar e se movimentar cria na prisão uma temporalidade e uma espacialidade específicas, que muito diferem daquelas que regem o mundo fora dela.

Esta mudança é ilustrada com o exemplo de Pelican Bay[6] – prisão situada na Califórnia na qual os presos não têm contato cara-a-cara com os guardas ou outros presos. Eles ficam em suas celas, não veem e não são vistos, incomunicáveis. Mas, antes de considerá-la como uma versão "high-tech" do *panóptico de Bentham*, Baumann nos chama para uma análise mais depurada.

As prisões teriam se distanciado da reforma ética que as instituições *panópticas* queriam promover. A função do *panóptico* e dos mecanismos disciplinares em geral, consistia em reenquadrar o indivíduo nos padrões sociais, reinserindo-o na ética do trabalho. Contudo, com a nova configuração econômica e social da pós-modernidade, caracterizada pelo desemprego, excesso de mão de obra e flexibili-

6. No Brasil, as Penitenciárias Federais, mais especificamente as de Regime Disciplinar Diferenciado, ilustram bem o exercício do poder de controle.

zação das relações de trabalho, a imposição dos comandos éticos do trabalho teria perdido o sentido.

Sob esta perspectiva, a aceitação da ética do trabalho não seria mais condição para a reinserção social do preso. Já que houve sensível redução na demanda por mão de obra, não haveria necessidade de que o preso (ao sair da instituição ou ainda dentro dela) esteja *docilizado* para o trabalho. De acordo com De Giorgi (2006: 19), não existe mais projeto de disciplinamento porque os estratos sociais mais baixos não são mais elementos centrais no processo produtivo.

A reforma individual de outrora teria sido substituída pela contenção preventiva. A prisão funcionaria no sentido de desestruturar a potência do indivíduo, desarmando-o de qualquer possibilidade de rebelião ou resistência. De acordo com Bauman (1999: 116), "um isolamento total reduziria o outro a uma pura personificação punitiva da lei".

Apesar de todas essas transformações, o sonho da ressocialização continua ecoando em alguns discursos e práticas na prisão. Os discursos midiáticos, populares e acadêmicos concebem a prisão como lugar de transmissão de modelos desviantes (a chamada "escola do crime"), ao mesmo tempo em que alimentam a esperança de reinserir o indivíduo na sociedade por meio da prisão.

Logo, o alcance do diagnóstico acerca do fim do ideal da reabilitação deve ser relativizado. Certamente, houve algumas mudanças no exercício do poder de punir, porém elas não permitem que façamos afirmações categóricas no sentido de que o projeto de disciplinamento e a ética do trabalho foram substituídos integralmente pela cultura do controle. A ideologia do tratamento continua sendo usada como estratégia de governo e manutenção da ordem.

O discurso disciplinar ainda ocupa um lugar importante na disputa pela verdade em torno da punição, assim como os projetos de readequação ética do preso a partir da perspectiva da educação e do trabalho.

Especificamente no Brasil, os estabelecimentos prisionais que funcionam sob a lógica estrita do controle, com o domínio pelo Estado da dinâmica prisional, são uma exceção. Podemos perceber a manifestação dessa nova forma de poder no Sistema Penitenciário Federal, e de forma mais acentuada no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Porém, essa forma de exercício do poder de punir contrasta com a realidade dos presídios brasileiros, marcados pela superlotação, pelo controle dos presos da dinâmica prisional e pela existência de certas liberalidades. O controle, e mesmo a disciplina, ocorrem mais pela ação dos próprios presos do que pela via estatal. O Estado não inclui nem exclui completamente, e nossas prisões continuam sonhando o sonho da reabilitação.

Apesar do Brasil nunca ter concretizado o paradigma da reabilitação, este é até hoje invocado como princípio norteador da nossa execução penal. Há uma funcio-

nalidade em manter este discurso em voga, ainda que sem perspectiva de sua realização concreta. Fecho (mas sem concluir) esta reflexão, com palavras de Wanda Capeller, escritas em meados da década de 80, mas pertinentes ainda hoje:

"Na sociedade brasileira, hoje, o conceito de ressocialização estaria falido? Aparentemente, em uma resposta ingênua, diríamos que sim. Mas, na verdade, ele é sempre requisitado de modo novo, transformado e transposto para uma nova utilidade. Quando o sistema penitenciário mostra, pelo exercício real da violência sua verdadeira face apressam-se os políticos e administradores do sistema em resgatar o conceito de ressocialização, (...) apresentam o mito da ressocialização como a única possibilidade dos indivíduos alijados serem felizes novamente e retornarem ao convívio social" (CAPELLER, 1985: 132).

Diversos autores tem analisado o que se chama a crise de um modelo disciplinar e a ascensão de mecanismos de controle e gestão das populações. Entre eles, Garland (1999), Young (2002), Deleuze (1992), Bauman (2000), De Giorgi (2006), Wacquant (2001) e Chantraine (2006), cujas reflexões conformam um referencial teórico para a presente reflexão acerca das funções da pena na contemporaneidade.

Essas abordagens distintas compartilham entre si um mesmo diagnóstico: o emprisionamento contemporâneo visa algo além da reforma do preso. Durante o século XX, o ideal de reabilitação manteve sua hegemonia manifesta nas práticas e discursos acerca da prisão a partir de uma relação paradoxal (mas nem por isso desarmônica) com o objetivo de contenção – que é fundacional e intrínseco à própria instituição carcerária.

As práticas *correcionalistas* de então objetivavam a transformação do indivíduo por meio da ação sobre seu corpo e alma. As instituições disciplinares nascem para reformar, curar, educar, corrigir, recalcar; atuar com o fim de produzir certas individualidades, adestrar os corpos para deles extrair uma utilidade.

A premissa do correcionalismo de que o preso (e outros desviantes) seriam vidas que precisavam ser salvas, deve ser relida nos dias de hoje à luz da emergência dos mecanismos atuariais que conformam as subjetividades sob controle: gestão de risco, classificação, gerenciamento.

Gilles Chantraine (2006: 276), ao analisar o sistema penitenciário canadense, propõe uma releitura do paradoxo reabilitação-contenção. A partir da compreensão de que essa aparente separação (*écartèlement*) entre estas duas missões da pena de prisão se reveste de uma coerente estratégia e se inscreve de maneira especifica em um *continuum sécuritaire*.

O autor inscreve esta "nova penalogia" em um projeto não mais disciplinar, mas de controle, e a denomina *pós-disciplinaria* ou *governamental*. Dentro desta perspectiva, não importa a produção de um sujeito disciplinado, mas de um sujeito que conheça e gerencie seus riscos. A ação dos mecanismos de governança incita o

indivíduo a identificar os riscos do comportamento criminoso e produzir recursos para contê-los.

Dentro deste processo de constituição de sujeito, uma tendência já manifesta no campo penitenciário europeu é o incremento da classificação dos estabelecimentos prisionais e aperfeiçoamento das ferramentas de categorização dos indivíduos.

Ao preso são outorgados lugares e posições distintas em âmbito prisional, de acordo com o risco que apresenta para a prisão e para a sociedade. Os presos de pouco, médio e grande risco tem seu correspondente nas prisões de mínima, média e alta segurança; além dos indivíduos "complicados", que merecem unidades especiais de detenção. E, dentro delas, inúmeros programas, planos de tratamento, estratégias desenhadas para o governo da população penitenciária.

Esse domínio da "*l'expertise psychosociale*" (CHANTRAINE, 2006: 282) efetua-se através de um entrelaçamento de saberes clínicos clássicos com um conjunto de saberes e técnicas de avaliação e gestão dos "riscos criminógenos".

Um dos mecanismos centrais dessa forma de governo da prisão, que não só se mantém na atual conjuntura, mas se aperfeiçoa, é o sistema de prêmios e castigos, ou de *privilégios* (GOFFMAN, 2005: 50). Por esse sistema, as regalias do sistema prisional são obtidas pelo preso através da obediência, em ação e espírito, à equipe dirigente. Ao mesmo tempo, a instituição, para castigar o preso, ataca esses mesmos privilégios, vetando seu acesso temporária ou permanentemente.

Chantraine (2006: 283) identifica, no sistema penitenciário de Quebec, o funcionamento de um sistema de privilégios individuais e coletivos, um mecanismo de penas e recompensas, chamado ali *système bonbon*.[7] A base desse sistema está em oferecer um conforto relativo sobre condições de privações estritas, ao mesmo tempo que instrumentaliza as margens da autonomia dos presos.

A analogia dos privilégios com "doces" não me parece gratuita; primeiro porque vão ao encontro do processo de infantilização do interno; depois, porque esses privilégios constituem uma forma de fazer menos amargo o cumprimento de pena.[8]

Para os presos quebequenses, esse sistema possibilita "*de faire du meilleur temps*", ou como diriam os presos no Brasil, "tirar melhor a cadeia". Aderir a esse sistema é, na maior parte das vezes, o único caminho para o preso "respirar alguma rua", tatear alguma liberdade desde o confinamento, seja por meio de uma progressão de regime de pena, uma liberdade condicional, uma autorização para visita (*vis-à-vis*), uma vaga em uma oficina de trabalho etc.

7. Em francês *bonbon* designa bala.

8. Nos cárceres brasileiros, o bombom (chocolate) é produto muito valorizado, talvez por exercer a função (literalmente) de adoçar a vida.

O sistema de privilégios constitui peça importante na tecnologia de controle da prisão e no governo da vida dos presos. A "governamentalidade", à qual se refere Foucault (2008), é gestada por meio de técnicas e regulações de conduta visando à produção de subjetividades específicas. Como bem sintetiza a frase de um agente penitenciário reproduzida por Chantraine (2006: 284) "dividir para melhor reinar".[9]

Contudo, esse jogo possui sua perversidade, uma vez que seus jogadores são compelidos a entrar nele sozinhos, pensar estratégias individualmente e mostrarem-se cooperativos com a equipe dirigente. Isto significa mostrar-se ao lado dos que ditam as regras e longe daqueles que as obedecem; estar perto das classes, oficinas, salas de exame e distante do pátio.

Como parte desta estratégia perversa, os dirigentes aliam-se aos líderes dos presos[10] para melhor controlar os outros presos. Para Chantraine (2006: 284), a produção institucional do controle é delegada pela direção aos líderes – estes conhecidos como "police du pen"[11]; que a exercem sobre arbitrariedade e força física, com o fim de manter seus próprios privilégios.

Para o funcionamento deste *modelo pós-disciplinar* faz-se necessária a construção de uma maquinaria de governo. O aperfeiçoamento do exercício desse tipo de poder na prisão ocorre por meio do aperfeiçoamento de ferramentas de gestão da vida prisional, pressupondo assim: a ampliação do alcance das instituições (tanto pelo aumento de estabelecimentos prisionais, como de instituições atuantes na prisão); aumento e especialização de pessoal penitenciário; ampla oferta de programas; planejamento e avaliação de atividades; criação e demarcação de espaços; incremento das regras etc.

Nas palavras do autor:

"A emergência do modelo pós-disciplinar é assim correlativo a um movimento de abertura, de complexificação da vida social e multiplicação relativa dos atores sobre a cena carcerária, através da qual a administração penitenciária (...) conseguiu integrar a crítica da qual ela tem sido objeto em um modelo de gestão carcerária renovado"[12] (CHANTRAINE, 2006: 278).

Esse modelo pressupõe um relativo aumento do número de pessoas que circulam na prisão, e, consequentemente, um incremento na disputa de "modos de

9. No original "diviser pour mieux régner".

10. Tema aprofundado em pesquisa anterior (BRAGA, 2008).

11. *Pen* = *Pénitencier*, logo, polícia penitenciária.

12. Tradução livre. No original: "L'émergence du modèle post-disciplinaire est ainsi corrélative d'un mouvement d'ouverture, de complexification de la vie sociale et de multiplication relative des acteurs sur la scène carcérale au travers duquel l'administration pénitentiaire (...) est parvenue à intégrer la critique dont elle a été l'objet dans un modèle de gestion carcérale renouvelé".

fazer" a execução penal. Para Salle (2004: 13), isso significa *mise à l'épreuve de la prison*, ou seja, a prisão colocada à prova pela sociedade civil, que obriga a instituição penitenciária a refundar sua legitimidade através da adaptação e incorporação da crítica externa à instituição.

A complexificação da *cena carcerária* depende da conjunção de duas vontades políticas: (1) da sociedade civil querer ocupar esse espaço; (2) da prisão se abrir para circulação e, principalmente, permitir a presença nos seus espaços de pessoas estranhas à instituição.

3. CRISE DO IDEAL RESSOCIALIZADOR: MOMENTO ESTRATÉGICO PARA DESVELAR A IRRACIONALIDADE DA PRISÃO

Alguns autores defendem a manutenção da perspectiva da reabilitação, ainda que reconhecida sua inocuidade, como limite à ação estatal e garantia de preservação das condições mínimas de encarceramento.

Quando uma política pública não funciona, deve haver um problema em sua implementação (conjuntura) e/ou na teoria sobre a qual ela se sedimenta (estrutura). Certamente, além das questões estruturais, há diversos problemas conjunturais nos programas de reabilitação criminal.

Visto isto, Garland[13] defende que, ao invés de se abandonar a perspectiva da reabilitação, dado o seu insucesso prático, dever-se-ia manter o mesmo horizonte teórico (princípio geral) e desenvolver os métodos para sua implementação, ou seja, aprimorar os meios para atingir o objetivo da reabilitação, ainda que se saiba de sua falibilidade estrutural.

Nesse mesmo sentido, o argentino Jorge Perano (2009: 678) credita ao discurso da prevenção especial positiva (ressocialização) a capacidade de limitar a fundamentação da teoria especial negativa (neutralização), ou ainda da teoria geral positiva, as quais serviriam para legitimar um encarceramento indefinido e ilimitado.

Baratta (1990: 2) relata um encontro de criminalistas alemães, ocorrido na década de 80 do século passado em Frankfurt, no qual um dos mais renomados pesquisadores da Alemanha reconhecia o fracasso das ações de ressocialização por meio da prisão. Porém, ao mesmo tempo, sustentava que era preciso manter a ideia da ressocialização para não dar abertura àqueles que advogavam as teorias da retribuição e da neutralização.

Tais discursos (que podem ser ilustrados pela máxima "ruim com a reabilitação, pior sem ela") ainda que pareçam dirigir a punição para um fim mais "humano"

13. Em entrevista à *Revista Consciência*: [www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&tipo=entrevista&edicao=35]. Acesso em: 23.04.2009.

– evitando assim os excessos retributivos – reacendem uma ideia que vem sendo questionada desde os anos 70: a de que com uma conjuntura melhor a prisão teria sim a capacidade de reabilitar pessoas. E realimentam a ilusão de que a punição, especificamente a prisão, é o caminho a ser seguido para alcançar a integração social.

No atual momento histórico, a pena de prisão se apresenta de uma forma mais descarnada, sem floreios ou falsas ilusões. Este fato talvez possa contribuir para que a sociedade reavalie os usos e a necessidade da prisão. Sustentar a perspectiva da reabilitação culmina na legitimação da aplicação da pena de prisão sob o discurso hipócrita de que a punição é aplicada visando o bem do apenado. Desta forma, a sociedade pode manter a consciência tranquila, sem questionar sua responsabilidade pela segregação social de certos indivíduos ou pelo mal que lhes é imposto.

Da mesma forma, a crise do paradigma da reabilitação não representa, necessariamente, um retrocesso no caminho da humanização das penas, porque o discurso da reabilitação, especificamente no que se refere aos estabelecimentos prisionais brasileiros, não levou a uma efetiva humanização da execução penal.

Uma das hipóteses levantada por Álvaro Pires[14] é que o sistema de ideias conformado pelas funções da pena (retribuição, da dissuasão e da reabilitação) tornou-se um obstáculo cognitivo à evolução do sistema de direito criminal.

Não vamos lamentar o fim desta forma de governar servidões e liberdades, porque outra forma trará novas servidões e liberdades: "Não se deve se perguntar qual o regime mais duro, ou o mais tolerável, pois é em cada um deles que se enfrentam as liberações e sujeições" (DELEUZE, 1992: 220).

A crença de que não podemos prescindir da punição está arraigada no coração da sociedade. Talvez, antes de pensarmos em abolir o castigo ou em formas mais amenas de realizá-lo, devêssemos lutar por mudanças no próprio processo punitivo, fazer com que as práticas divisoras, hierárquicas e seletivas se tornem mais dialógicas e democráticas. Então, quem sabe possamos imaginar a reação social ao fato criminoso como produtora da solidariedade social.

4. REINTEGRAÇÃO SOCIAL E AS *IDEOLOGIAS RES*

O termo *reintegração social* é utilizado por parte da imprensa, dos gestores públicos e da academia, como sinônimo de ressocialização, reeducação, reabilitação, recuperação etc. Porém, em um sentido estrito, e do qual parte essa pesquisa, ele é empregado justamente para fazer frente às chamadas ideologias "res", segundo as quais o indivíduo é objeto de intervenção penal; cabendo ao sistema penitenciário

14. Apresentada em Conferência no Seminário Internacional "Perspectivas da justiça criminal brasileira". São Paulo, set. 2009.

modificar o modo de ser do apenado e a este readequar seus valores e atitudes como condição para que seja aceito pela sociedade:

"'Tratamento' e 'ressocialização' pressupõem uma postura passiva do detento e ativa das instituições: são heranças anacrônicas da velha criminologia positivista que tinha o condenado como um indivíduo anormal e inferior que precisava ser (re)adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como 'boa' e aquele como 'mau'" (BARATTA, 1990: 3).

Ao menos três pressupostos da reintegração social a diferencia das ideologias "res":

I. O preso é visto como um individuo "normal", que se diferencia dos demais somente pelo fato de estar preso;

II. O indivíduo é sujeito da Execução Penal e, portanto, deve poder manifestar sua vontade e autonomia nas atividades desenvolvidas em âmbito prisional;

III. A sociedade é corresponsável pela "reintegração social", pela retomada do diálogo com aqueles que estão privados de liberdade.

As estratégias ditas de reintegração social não devem ter a pretensão de promover no interno qualquer tipo de "readequação ética", ou, em termos gerais, de "readequação" de conduta. Não devem ter a pretensão de "conscientizá-lo" sobre seus "erros" no passado (SÁ, 2008: 14).

Ainda que os pensadores e gestores queiram diferenciar conceitualmente a reintegração social das antigas ideologias "res", esse movimento é repleto de ambiguidades e atos falhos.

A velha ideologia do tratamento impregnou de tal forma nossos modos de pensar que, ainda quando se parece estar distanciando-se dela, ela reaparece na forma de uma expressão, de uma palavra ou de construção do discurso. E, certamente, a presença de elementos relacionados à ideologia de tratamento nos nossos discursos aponta que, de alguma forma, ainda não nos libertamos dela.

De acordo com Michel Foucault em *As palavras e as coisas* (2002), a linguagem é o lugar onde a verdade se manifesta e se enuncia, mas não no sentido de que existe uma verdade a ser desvelada, esperando que a traduzam em palavras; mas, ao contrário, a elaboração do discurso é constitutiva da realidade. A linguagem não só nomeia as coisas, mas lhes atribui significado.

A verdade é construída à medida que se interpreta a realidade e se escolhem os enunciados e a linguagem adequados para tanto. Nesse sentido, não há linguagem neutra, porque a interpretação sempre pressupõe uma escolha. Segundo Foucault (1996: 20), na vontade de se proferir um discurso verdadeiro, o que está em jogo é desejo e poder.[15]

15. Sendo que o discurso não é um meio para chegar-se ao poder, mas o exercício do poder em si mesmo.

As chamadas práticas discursivas têm a função de determinar o que e como pode ser dito, estabelecendo as maneiras e possibilidades de compreender o mundo. A hegemonia do saber penal na resolução dos conflitos tem como consequência a construção de uma verdade acerca da delinquência e a naturalização da solução punitiva, de modo a limitar qualquer outra forma legítima de abordar e resolver o problema.[16]

Autores como Becker (1971: 26) e Hulsman (2004: 52) alertam para a necessidade da modificação da linguagem ao se referir aos acontecimentos penais como uma forma de lidar de forma diferente com esses eventos.

A diminuição do espaço que a prisão ocupa em nossas sociedades requer uma espécie de conversão coletiva. Para Folter (2008: 187), essa conversão requer, antes de mais nada, a abolição dos conceitos tradicionais e da "gramática" do sistema penal.

Da mesma forma, é necessário atentar para o uso de alguns termos em relação ao preso e a pena, e perceber que realidade se está criando. Ainda hoje se faz uso da expressão "tratamento penal", a qual transmite (in)diretamente a ideia de que o preso possui alguma doença e a execução penal agiria no sentido de sua cura.

Outra realidade é criada por uma multiplicidade de discursos – de técnicos, agentes penitenciários, presos, poder público etc. – ao se referirem ao preso enquanto *reeducando*. Convencionou-se chamá-los de *reeducandos* – inclusive, ao que parece, é o "politicamente correto" – como forma de não reforçar o estigma que outras palavras (como *delinquente*) carregam.

Porém, essa é uma escolha que reafirma a constante necessidade de readequação do preso e que o fixa nessa condição. Nomear a pessoa privada de liberdade a partir de sua condição intransponível, ou seja, *preso*, deixando de lado os eufemismos, talvez possa contribuir para o não mascaramento da violência do sistema penal.

Logo, é importante perceber os usos da palavra, porque mais do que representar uma ideia, elas constituem uma verdade. Alguns deslizes na linguagem podem ser observados também quando se fala de reintegração social. O primeiro e mais comum, é o uso da fórmula "reintegração social do preso". Ao utilizar essa forma, mantém-se a ideia de que cabe ao preso readequar-se à sociedade, quando a via é "de mão dupla". A reintegração é entre o preso e a sociedade. Conforme ilustram Rocha e Salvério:

"Houve dessa forma, uma evolução de uma perspectiva finalista, em que o desiderato da reinserção era a retomada por parte do delinquente da conformidade jurídico-penal, para uma perspectiva abrangente, que implica no mesmo processo de socialização o delinquente, o Estado e toda a sociedade" (ROCHA; SALVÉRIO, 2005: 246).

16. Daí também a crítica de Foucault à funcionalidade do discurso criminológico, na medida em que é "inteiramente utilitário" e cumpre a função de justificar a necessidade das medidas punitivas (FOUCAULT, *Sobre a prisão*. In: 2004: 138).

Mas mesmo construções teóricas como esta, que parece ser fiel ao conceito estrito de reintegração, vem acompanhadas de ambiguidades, pois logo em seguida no texto os mesmos autores fazem uso de uma expressão bem típica da ideologia reabilitadora:

"A ressocialização – que supõe um trabalho de remodelação do indivíduo associal – e a reinserção – que lhe assegura um lugar na sociedade" (ROCHA; SALVÉRIO, 2005: 251).

Depois de expor alguns usos comuns ao termo reintegração social, cabe agora apresentar alguns autores e ideias imprescindíveis à construção de uma teoria acerca da reintegração social.

5. SIGNIFICANDO A REINTEGRAÇÃO SOCIAL

"Ressaltamos a necessidade da opção pela abertura da prisão à sociedade e, reciprocamente, da sociedade à prisão. Um dos elementos mais negativos das instituições carcerárias, de fato, é o isolamento do microcosmo prisional do macrocosmo social, simbolizado pelos muros e grades. Até que não sejam derrubados, pelo menos simbolicamente, as chances de "ressocialização" do sentenciado continuarão diminutas. Não se pode segregar pessoas e, ao mesmo tempo, pretender a sua reintegração. Todavia, a questão é mais ampla e se relaciona com a concepção de 'reintegração social'" (BARATTA, 1990: 3).

Dentre os muitos usos do termo reintegração social, destaca-se como norteadora dos debates em torno da reintegração social as concepções de Alessandro Baratta, especialmente as expostas no artigo "Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da 'reintegração social' do sentenciado" (BARATTA, 1990).

Baratta (1990: 9) compreende a reintegração social a partir de dois núcleos: o primeiro ligado às oportunidades que serão dadas aos presos depois de cumprir a pena (benefícios e oportunidades de trabalho); o outro, relacionado a estratégias e práticas de descarcerização, com a criação de condições culturais e políticas que permitam à sociedade "livrar-se da necessidade da prisão".

A estratégia de ação na prisão de Baratta em muito se assemelha à de Thomas Mathiesen (1989), que defende a ação dirigida a um objetivo reformador a curto e médio prazo (minorar o sofrimento dos presos), sem perder de vista uma mudança profunda a longo prazo. Para Baratta (1990: 2), a estratégia reformista só tem sentido se pensada em conjunto com o objetivo "libertador". Nesse sentido, "o objetivo imediato não é apenas uma prisão 'melhor' mas também e sobretudo menos cárcere". Segundo o autor:

"Sob o prisma da integração social e ponto de vista do criminoso, a melhor prisão é, sem dúvida, a que não existe. (...) Nenhuma prisão é boa e útil o suficiente

para essa finalidade, mas existem algumas piores do que outras. Estou me referindo a um trabalho de diferenciação valorativa que parece importante para individualizar políticas de reformas que tornem menos prejudiciais essas instituições à vida futura do sentenciado" (BARATTA, 1990: 3).

A partir de uma perspectiva crítica, uma das condições de qualquer proposta de reintegração social é que ela seja vista como um direito do preso e seja de participação voluntária.

Para Borja Mapelli (apud PERANO, 2009: 678), a reinserção crítica pode servir de instrumento para o desenvolvimento de uma estratégia penitenciária abolicionista e evitar a manipulação tecnocrática. Para tanto, a participação em qualquer atividade na penitenciária deve ser voluntária e específica para cada detento.

Para Sá (2007: 163), a reintegração pressupõe uma mudança significativa de enfoque do chamado "tratamento penitenciário", que deixaria de centrar-se na pessoa do reeducando, para fazê-lo nas relações sociais das quais ele faz parte. É a mudança de uma visão individual para uma visão sistêmica. Entre os atores da reintegração social, não existem "pessoas-sujeitos" e "pessoas-objetos", apenas sujeitos relacionais. O trabalho de reintegração social pressupõe a ativação da rede social, ou seja, do conjunto de relações interpessoais do indivíduo (família, amigos, vizinhos, colegas).

Louk Huslman (1985) fala da necessidade de pessoas de diferentes posições sociais e de diversas formações se aproximarem realmente e fisicamente do cárcere. Nesse sentido, a participação ativa da sociedade civil é uma das condições para a prática da reintegração social.

A reintegração constitui uma "via de mão dupla", a abertura de um processo de comunicação a partir do qual os presos possam se reconhecer na sociedade e esta possa se reconhecer na prisão, sendo que ambos têm responsabilidade por essa reaproximação (BARATTA, 1990: 3).

Parte da literatura atribui ao sucesso da reintegração social o desenvolvimento de uma sociedade menos criminógena e a formação de indivíduos mais resistentes ao sistema de controle:

"O objetivo da ressocialização foi substituído a partir dos anos oitenta pelo da reintegração social, com criação de condições para que os indivíduos se mantenham na sociedade sem novas confrontações com a norma e o sistema penal"[17] (SNACKEN, 2002: 134).

17. Tradução livre. No original: "L'objectif de resocialisation se trouve remplacé à partir dès années 1980 par la 'réintégration sociale', c'est-à-dire la création de conditions pour que les libérés puissent se maintenir dans la société sans nouvelles confrontations avec les normes er le système pénal".

No conceito de reintegração trazido pela criminóloga belga Sonja Snacken, o objetivo de evitar "novas confrontações"[18] talvez seja um pouco problemático. Primeiro porque estamos todos nos confrontando o tempo todo com a norma e com o sistema penal. E, depois, porque o confronto, o embate, ainda mais em se tratando de egressos do sistema penal, é de alguma forma inevitável (visto que eles continuam sendo alvo preferencial do sistema de controle).

Talvez fosse mais apropriado e realístico falarmos em alcançar algum grau de fortalecimento desses indivíduos perante o sistema de justiça, assim como um mínimo de abertura e flexibilidade da sociedade em relação às ações desviantes de pessoas que são normalmente criminalizadas.

6. REINTEGRAÇÃO SOCIAL: UMA SÍNTESE

Com o fim de reunir as ideias de diversos autores abordadas no decorrer do presente artigo e trazer uma pequena colaboração para o desenvolvimento teórico em torno da relação sociedade civil-cárcere, conclui-se o presente artigo com a proposta de uma breve síntese do conceito de reintegração social:

A reintegração social pode ser entendida como uma experiência de inclusão social, com a finalidade de diminuir a distância entre sociedade e prisão, que conta com a participação ativa do apenado e de pessoas de fora do cárcere; a partir dos seguintes pressupostos:

a) realização de um trabalho no cárcere realizado pela sociedade civil com o fim de diminuir as fronteiras entre sociedade e prisão;

b) propostas centradas em experiências significativas de inclusão social;

c) reconhecimento da dignidade e "normalidade" da pessoa presa;

d) participação ativa e voluntária dos encarcerados, nas atividades desenvolvidas em âmbito prisional;

e) corresponsabilização da sociedade no processo de reintegração social;

f) interação sociedade-cárcere como um fim em si mesmo e não como um meio de readequação ética do indivíduo preso.

A discussão e a prática em torno da reintegração social podem contribuir, ainda que a longo prazo, para a diminuição qualitativa e quantitativa do encarceramento. A relativa abertura dos muros da prisão para a sociedade e fortalecimento social e psíquico dos apenados podem minimizar os efeitos da prisionização sob a pessoa presa.

Há muito tempo já conclui-se que a privação de liberdade não contribui em nada para a construção de um sujeito mais autônomo e integrado. Se não temos

18. Construção parecida à essa é usada na área da Infância e Juventude para se referir ao adolescente autor de ato infracional: "adolescente em conflito com a lei".

condições, no momento, de prescindir das prisões, também não podemos reforçar a falácia representada pelas ideologias de reeducação e ressocialização. Uma nova perspectiva de trabalho deve ser pensada, desvinculada da lógica de prêmio e castigo, não a partir do cárcere, mas apesar dele.

7. Bibliografia

Braga, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do preso e as leis do cárcere*. Dissertação de Mestrado em Direito Penal, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *Reintegração social: discursos e práticas na prisão – Um estudo comparado*. Tese de Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, USP, 2012.

Baratta, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. 1990. Disponível em: [www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf]. Acesso em: 02.11.2007.

Baumann, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. Social uses of law and order. In: Garland, David; Sparks, Richard. *Criminology and social theory*. New York: Oxford University Press, 2000.

Becker, Howard (1971). *Los extraños. Sociología de la desviación*. Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo.

Capeller, Wanda Maria de Lemos. O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização. *Temas Imesc: Sociedade. Direito, Saúde*. vol. 2,2. dez. 1985. p. 127-134.

Chantraine, Gilles. La prison post-disciplinaire. *Déviance et Société*. 2006/3. vol. 30. p. 273-288.

Deleuze, Gillles. *Conversações*. São Paulo: Ed. 34, 1992.

Di Giorgi, Alessandro. *Miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Folter, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal – Uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. *Verve*. n. 14. 2008. p. 180-215.

Foucault, Michel. *A palavra e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. A propósito del encierro penitenciario. *Un diálogo sobre poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2008.

Garland, David. As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*. 13: 59-80, nov. Curitiba, 1999.

Goffman, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

Hulsman, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: Passetti, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. La perspectiva abolicionista. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminologia*. n. 25. Bogotá, Universidad Externado Colombia, 1985.

PERANO, Jorge. Algunas pautas de trabajo desde la criminologia sobre el sistema carcelario. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, abr. 2009. p. 676-684.

ROCHA, João Luís; SILVÉRIO, Sofia Alexandra. Determinante rede social. In: ROCHA, João Luís (coord.). *Entre a reclusão e a liberdade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2005. vol. I, p. 243-302.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. 2008. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/download_files/reint.../sugestao_esboco.doc]. *Acesso: 11.05.2010*.

SALLE, G. Mettre la prison à l'épreuve. Le GIP en guerre contre l' "Intolérable". *Cultures et conflits*, 55, 71-96. 2004.

SNACKEN, Sonja. Normalisation en prison: concept et défis. In: DE SCHUTTER, O.; KAMINSKI, D. (eds.). *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. Paris-Bruxelles: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence et Bruylant.

VALVERDE MOLINA, Jésus. *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*. Madrid: Ed. Popular, 1997.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

WOLFF, Maria Palma. *Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável?* 2009. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ57DC54E2PTBRIE.htm, acesso 13/05/2010].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função da pena à luz da moderna criminologia, de Élio Morselli, *RBCCrim* 19/39, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/303 (DTR\1997\267);
- A função da pena numa dogmática jurídico-penal normativista, de André Luís Callegari, *RT* 825/481, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/131 (DTR\2004\486);
- Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara, de Claudio Alberto Gabriel Guimarães – *RCP* 6/382 (DTR\2007\20); e
- Políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado, de Pedro Marcondes – *RBCCrim* 43/248 (DTR\2003\195).

65551

Comunidades Prisionais Autoadministradas: o Fenômeno APAC

Self-managed prison communities and the APAC phenomenon

Sacha Darke
Professor de Criminologia na Universidade de Westminster, Reino Unido.

Traduzido por Maria Lucia Karam
Instituto Carioca de Criminologia.

Área do Direito: Penal

Resumo: As prisões brasileiras são notoriamente carentes de recursos, mas, ao mesmo tempo, são lugares relativamente ordeiros. Em circunstâncias de privação material e aguda carência de funcionários, resta aos internos e agentes penitenciários montar um arremedo de ordem costumeira em que presos são chamados a exercer o papel de zeladores e, em algumas prisões, até mesmo de guardas. Enquanto isso, alas de prisões são muitas vezes deixadas nas mãos de hierarquias de presos, às vezes administradas pelas autoridades prisionais, mas, com maior frequência, se desenvolvendo organicamente, inclusive sob a influência de gangues. Menos conhecidas são mais de 30 prisões de base religiosa e administradas por ONGs, abertas nos últimos 40 anos, notadamente no estado de Minas Gerais. Essas prisões têm como pontos de partida o abandono estatal, a colaboração dos internos e o autogoverno. Operam sem a presença do Estado e são administradas por presos, ex-presos e voluntários locais. Sua visão reside em um autogoverno comunitário e uma reabilitação propiciada pela comunidade.

Palavras-chave: Prisões comunitárias - Autogoverno - Participação de presos - Ordem normativa - Autoajuda.

Abstract: Brazilian prisons are notoriously under-resourced, but at the same time they are relatively orderly places. In circumstances of material deprivation and acute staff shortage, inmates and officers are left to cobble together customary orders in which prisoners are required to take on the role of janitors, in some prisons even guards. Meanwhile, prison wings are often left in the hands of inmate hierarchies, sometimes managed by prison authorities, but more often left to develop organically, sometimes under the influence of gangs. Less well known are over 30 NGO-administered, faith-based prisons that have opened over the past forty years, mostly in the state of Minas Gerais. These prisons take state abandonment, inmate collaboration and self-governance as their starting points. They operate without the state presence and are managed by prisoners, former prisoners and local volunteers. Their vision is one of community self-governance and community-facilitated rehabilitation.

Keywords: Community prisons - Self-governance - Prisoner participation - Normative order - Self-help.

Apresento nesse artigo uma análise preliminar do segundo dentre os dois principais estudos sobre prisões que desenvolvi no Brasil nos últimos anos. Até agora esse estudo incluiu sete prisões administradas pelo setor de voluntariado APAC

(Associação de Proteção e Assistência ao Condenado) em Minas Gerais (cinco prisões masculinas e duas femininas). O nome APAC está associado a um movimento católico que, no início da década de 1970, inaugurou a primeira ala prisional administrada pelo setor de voluntariado em Humaitá, São José dos Campos, São Paulo, antes de assumir o controle total daquela prisão em 1984. Em 1985, o grupo foi decisivo para o estabelecimento de uma segunda prisão controlada pelo setor de voluntariado – dessa vez, em Itaúna, Minas Gerais. Desde 1995, as prisões do setor de voluntariado operando sob a marca APAC vêm sendo reguladas pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC). Em 2012, existiam 147 prisões APAC, em operação ou em construção, em 17 estados brasileiros, 94 das quais em Minas Gerais (FUNDAÇÃO AVSI, 2012). A maior parte dos dados que apresento vem de uma prisão APAC masculina que estudei durante três semanas em 2012 (passarei a chamá-la prisão Franz de Castro). Por quatro dias, também participei do 40.º aniversário/sétima conferência nacional do movimento APAC em Itaúna, a que compareceram funcionários e presos (ou recuperandos, como o sistema prisional APAC a eles se refere) de todo o país. Durante esses dias, fui hospedado pela FBAC, juntamente com Mário Ottoboni, fundador da APAC e presidente da FBAC desde sua inauguração, autor de inúmeros livros sobre a visão e metodologia APAC. Participei ainda de um evento conjunto de funcionários e presos, preparatório à conferência, que se estendeu por um dia.

Como os leitores da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* provavelmente sabem, as prisões APAC são conhecidas por serem mais humanas e mais terapêuticas do que outros estabelecimentos penais do país, assim como por seus notavelmente baixos índices de reincidência. A partir dessas observações, relatórios acadêmicos e jornalísticos sobre o fenômeno APAC geralmente se centram em um desses quatro temas: direitos dos presos a atividades orientadas para reabilitação, tais como educação e trabalho; a centralidade do serviço cristão para a visão da APAC; até que ponto o aparente sucesso dessas prisões resultaria do fato de operarem como um 'sistema dentro de um sistema', capaz de recusar a entrada e expulsar presos considerados inadaptáveis; e se as prisões APAC seriam replicáveis por todo o sistema penal (vejam-se *inter alia*, BUGARA, 2012; BURNSIDE, 2005; FUNDAÇÃO AVSI, 2012; JOHNSON, 2002; LEAL, 1999; SILVA, ed., 2012; VARGAS, 2009).

Esses são importantes debates para os quais pretendo contribuir com outro artigo a ser publicado no Reino Unido (DARKE, 2014b). Aqui, no entanto, meu foco estará em um aspecto da metodologia que tem recebido menos atenção e me parece ser de especial interesse para o público brasileiro. Veremos que os regimes prisionais APAC devem ser operados sem envolvimento estatal, inclusive sem a presença de policiais ou agentes prisionais. É possível argumentar que não seria tanto a religião, mas sim esse autogoverno o fator que estaria a definir a visão APAC.

A interpretação do fenômeno APAC que ofereço aqui exclui, portanto, os 22 Centros de Ressocialização (CRs) em São Paulo, dentre os quais Humaitá, gradu-

almente retomado por autoridades estatais no início da década de 2000 e virtualmente abandonado pela APAC em 2008 (OTTOBONI, 2012). Diferentemente das prisões reguladas pela FBAC, os CRs são administrados em parceria com autoridades prisionais. Além disso, desde 2006, autoridades prisionais estaduais substituíram o setor de voluntariado pelo setor privado em dois terços dos CRs (MACAULAY, 2013). Como os leitores dessa Revista também provavelmente sabem, embora as remanescentes prisões administradas pelo setor de voluntariado em São Paulo continuem a ser associadas ao movimento APAC, somente uma (Humaitá) efetivamente utilizou os métodos desenvolvidos por Ottoboni e a FBAC. Com a exceção de Humaitá, o termo APAC é usado por grupos do setor de voluntariado que administram prisões em São Paulo enquanto abreviatura de Associação de Proteção e Assistência Carcerária, nome que a APAC adotou no início de sua existência, mas que foi alterado quando da abertura de Humaitá em 1984 (NETO, 2012). Além disso, em Minas Gerais, as prisões APAC são formalmente conhecidas como Centros de Reintegração Social e não como Centros de Ressocialização (exploro o significado dessas nuances terminológicas mais adiante). Finalmente – e mais significativo para os objetivos deste artigo – os agentes penitenciários estatais são totalmente responsáveis pela disciplina e segurança (MACAULAY, 2014). Um CR que visitei em 2012, por exemplo, tinha duas vezes mais agentes penitenciários estatais trabalhando em horário integral do que funcionários do setor de voluntariado. Embora a prisão tivesse em média apenas 200 internos, 6 ou 7 guardas estavam de serviço a qualquer hora. Presos selecionados se encarregavam do acesso a diferentes setores do pavilhão de celas, mas (em contraste com a situação que descreverei nas prisões APAC de Minas Gerais) nenhum preso estava envolvido em julgamentos ou decisões sobre punições por quebra de disciplina.

Naturalmente, tal como a educação, o trabalho e a religião, a natureza de autogoverno das prisões APAC tem implicações fundamentais para a qualidade de vida dos internos e provavelmente também para a desistência do crime. Argumento central deste artigo é que cada um dos métodos utilizados na reabilitação de presos depende do fato das prisões APAC serem autoadministradas. No entanto, como antes mencionado, minha intenção não é avaliar até que ponto as prisões APAC são humanas ou oferecem ambientes reabilitadores. Ao contrário, as questões que abordo aqui são sociológicas. Importante para este artigo, a natureza de autogoverno das prisões APAC tem implicações mais amplas para nosso entendimento acerca das prisões e da vida em seu interior, em todo o Brasil. Preocupo-me, portanto, não com as diferenças, mas com as semelhanças entre as prisões APAC e outras prisões brasileiras, e mais com as diferenças do que com as semelhanças entre as prisões APAC e prisões no mundo desenvolvido. Tudo isso ficará mais claro à medida que o artigo for se desenvolvendo.

Antes de explorar o fenômeno APAC mais detalhadamente, é, pois, importante traçar um breve esboço de minhas pesquisas sobre prisões pós-coloniais no Brasil

e em outros países. Assim o fazendo, pretendo demonstrar que a vida nas prisões brasileiras precisa ser analisada através de uma leitura matizada da literatura clássica sobre a sociologia das prisões, originalmente desenvolvida na Europa Ocidental e na América do Norte.

PARTICIPAÇÃO DOS PRESOS

Em sua análise dos orquestrados levantes prisionais do PCC (Primeiro Comando da Capital), em fevereiro de 2001 e maio de 2006, e da crescente dominância da cultura de gangues nas prisões de São Paulo, Sérgio Adorno e Fernando Salla (ADORNO; SALLA, 2007; SALLA, 2006) afirmam que, nas últimas décadas, os guardas foram perdendo muito de sua autoridade sobre os internos à medida que seu número não acompanhava o crescimento da população carcerária. Em 1994, quando a população carcerária de São Paulo estava em 31.842 internos, o estado empregava 14.702 funcionários nas prisões. Em 2006, a população carcerária quadruplicara (para 125.523 internos), mas o número de funcionários aumentara em apenas dois terços (25.172 funcionários). Além disso, os guardas eram apenas três quartos do total de funcionários nas prisões. Quando consideradas ausências por doenças e transferências, tornava-se bastante comum o fato de prisões em todo o Brasil operarem com apenas dois ou três guardas de serviço de cada vez. Hoje, a situação se deteriorou ainda mais. Em dezembro de 2011, a taxa oficial internos/funcionários em São Paulo era de 7,5:1. Nos Estados Unidos, a taxa oficial internos/funcionários é inferior a 5:1. Na Inglaterra e País de Gales é de 1,5:1; na Noruega, 1:1. Quando se levam em conta os recursos materiais (níveis de ocupação das celas, refeições, instalações médicas e outros), torna-se ainda mais difícil fazer comparações significativas entre a vida nas prisões no Brasil, na América Norte e certamente na Europa Ocidental.

O que inicialmente me levou a estudar prisões brasileiras, no entanto, não foi o fato de serem mais desumanas do que prisões na Europa Ocidental ou na América do Norte (o que, como um todo, induvidosamente, o são), mas sim o fato de continuarem a funcionar. Minha primeira experiência com o sistema prisional brasileiro veio em 2004, quando visitei a então desativada Casa de Detenção de São Paulo, mais comumente conhecida como Carandiru – a maior prisão da América Latina e palco do pior massacre prisional na história da América Latina, ocorrido em 02.10.1992, quando a polícia militar matou mais de 100 presos após um motim em um de seus três pavilhões principais. Em subsequentes leituras de pesquisas etnográficas, relatos jornalísticos e biografias de pessoas que trabalharam e estiveram presas lá (e.g. MENDES, 2001; 2005; RAMALHO, 1979; VARELLA, 1999; VEJA, 26.08.1998), fiquei intrigado tanto com as vidas cotidianas dos presos, como com as condições do encarceramento; por exemplo, a quantidade de tempo que a maioria passava fora das celas e dormitórios, convivendo livremente nos corredores dos

pavilhões e nos pátios, bem como o contato com suas famílias, especialmente nos fins de semana, quando, em determinadas épocas do ano (Natal e dia das mães, por exemplo), o número de visitantes ultrapassava o de presos. Também fiquei fascinado com o papel desempenhado pelos presos na condução da prisão, assim como com as relações formais e informais que os presos estabeleciam com a administração da prisão. À época do massacre (que, vale lembrar, aconteceu quando a taxa internos/funcionários no estado era oficialmente de 2:1), seus pavilhões principais tinham cada um 2.000 presos, vigiados por não mais do que doze guardas durante o dia e seis à noite. Para dirigir a prisão e manter a disciplina, a administração contava com a colaboração dos internos e o autogoverno. Cerca de 1700 dos 7000 internos estavam envolvidos em alguma espécie de tarefa prisional. 1000 estavam formalmente empregados, por exemplo, como presos de confiança. A maioria desses presos ficava no pavilhão administrativo, separado dos demais. Outros 700 ou mais trabalhavam informalmente nos pavilhões principais. Além de executarem tarefas domésticas, como limpeza e distribuição de refeições para outros internos, esses "faxinas" também mantinham a ordem nos pavilhões e aplicavam códigos de conduta dos internos.

Como muitos outros estudiosos de prisões de fora do Brasil, minha visão sobre o que significava estar preso no Brasil se restringia fundamentalmente aos relatórios de organizações internacionais como o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Anistia Internacional e a Human Rights Watch. No entanto, dentre os estabelecimentos prisionais ativos que posteriormente visitei no Brasil, seja nos sistemas APAC/CR ou em outros, poucos pareciam tão descontrolados quanto aqueles sobre os quais eu lera na literatura relacionada a direitos humanos. Minha impressão geral a partir dessas visitas, assim como de minha leitura dos relatos de Luiz Alberto Mendes, José Ramalho e Drauzio Varella sobre o Carandiru, passou a ser a de que a vida cotidiana das prisões brasileiras não era significativamente menos organizada ou previsível do que em prisões de meu próprio país, tampouco sendo mais conflituosas ou agitadas as relações entre os internos ou entre estes e os funcionários.

De maior interesse para os objetivos deste artigo, fui percebendo cada vez mais a extensão em que as prisões brasileiras eram administradas pelos internos, em conjunto ou em substituição aos funcionários. Observações semelhantes têm sido feitas por antropólogos voltados para o estudo do cárcere, em relação a prisões igualmente carentes de funcionários e recursos em outras partes da América Latina e, mais amplamente, no mundo pós-colonial (veja-se, *inter alia*, AGUIRRE, 2005; BANDYOPADHYAY, 2010; GARCES, 2010; GEAR; LINDEGAARD, 2014; JEFFERSON, 2005; MARTIN, 2011; PIACENTINI, 2004). Em São Paulo, por exemplo, em dezembro de 2011, 19.608 (quase 9%) presos estavam oficialmente empregados como "apoios" (presos de confiança). Já alto pelos padrões norte-americanos ou europeus ocidentais, este número ainda exclui os muitos milhares de presos que, como no Carandiru,

trabalhavam informalmente nas alas. O exemplo mais extremo de prisão carente de funcionários/participação de presos, que pude testemunhar, no início de 2010, foi uma carceragem onde, durante a noite, apenas um policial era encarregado de vigiar mais de 600 presos. Seis meses depois (em setembro de 2010), voltei à carceragem para completar meu primeiro estudo etnográfico de uma prisão brasileira. Embora a população carcerária tivesse se reduzido para 450, ainda perto de 400 presos eram mantidos em nove dormitórios, quatro em uma ala controlada por uma facção e cinco na ala do seguro, formada por presos que não eram aceitos ou não estavam interessados em se filiar à gangue. Os dormitórios mediam em média $25m^2$. Os cinco policiais que se revezavam no trabalho na carceragem não recebiam qualquer apoio material das autoridades prisionais ou policiais, exceto a entrega de refeições. Para dirigir a carceragem, contavam, ao contrário, com grupos do setor de voluntariado (que providenciavam serviços religiosos, médicos e jurídicos), com familiares dos presos (que forneciam remédios, vestuário, roupas de cama e refeições adicionais) e, mais importante, com cerca de 55 presos. Desses, 45 trabalhavam (e eram acomodados) fora dos pavilhões, como "colaboradores", fazendo serviços de limpeza, portaria, escritório, enfermagem e cozinha, e, de forma mais controversa, atuando no lugar de agentes, abrindo e fechando as entradas para os pavilhões e dormitórios, no começo (7h) e no fim (18h) do dia; revistando, algemando e escoltando outros presos. Dentre os "colaboradores", os cargos mais altos estavam entregues a ex-policiais, dois dos quais respondiam somente ao diretor da carceragem e, junto com este, eram referidos pelos outros presos como a administração da cadeia. Dentro dos pavilhões, onze líderes dos presos – nove "representantes de cela" e dois "representantes de galeria" – organizavam listas de tarefas no interior das celas e equipes de limpeza e distribuição de refeições, bem como recolhiam dinheiro dos familiares dos presos para compra de bens comuns, como ventiladores, equipamento de cozinha e produtos de higiene. Os "representantes" também se referiam a si próprios como trabalhando na ligação entre o coletivo e a polícia e seus "colaboradores" – nenhum destes entrava nos corredores dos pavilhões ou nos pátios durante o dia. Quando surgiam disputas entre os presos comuns, ou quando códigos de conduta eram quebrados, os "representantes" se reuniam em "comissão" para julgar e estabelecer a punição.

Já escrevi mais detalhadamente sobre o Carandiru e a carceragem e a mais ampla natureza da participação de presos no Brasil e em outros países pós-coloniais, tanto em inglês (especialmente, DARKE, 2012; 2013a; 2013b; 2014a; DARKE; KARAM, 2015), como em português (DARKE; KARAM, 2012). Nessas publicações, utilizei uma série de teorias e conceitos sociológicos para analisar a natureza autogovernativa da vida cotidiana nas prisões no Brasil. Sirvo-me de uma visão geral desses escritos para resumir e concluir esse item. Mais adiante, veremos como meu subsequente interesse no fenômeno APAC surgiu diretamente dessa moldura teórica.

Como muitos outros comentaristas, meu ponto de partida foi tratar as prisões brasileiras como lugares de abandono por parte do estado, como instituições caracterizadas por privações materiais e aguda carência de funcionários, nas quais os internos são geralmente mantidos em dormitórios coletivos e em convívio livre e não supervisionado com outros presos durante o dia. Na medida em que a quantidade de agentes penitenciários não conseguiu acompanhar o crescimento da população carcerária, os internos foram sendo mais e mais entregues à sua própria sorte, esperando-se que governassem a si mesmos, em boa parte da mesma forma que muitas das favelas brasileiras foram se tornando áreas onde a polícia não entra.

Afastei-me de grande parte da literatura existente no que diz respeito à visão de que, sob essas condições, as prisões brasileiras se tornaram instituições de extraordinária dor e violência, visão que às vezes me parece mais presumida do que substancial. Embora consciente do risco de cair em uma minimização da difícil situação dos presos brasileiros, observei simplesmente que, para a maioria deles, a vida segue em aparente normalidade: refeições são distribuídas, familiares podem visitá-los, doenças de menor gravidade são tratadas, e conflitos são evitados ou resolvidos – longe de ser uma vida boa, mas, certamente uma vida que vale a pena observar e conceituar. A questão é que a maioria sobrevive à experiência da prisão, mesmo no Brasil. Em muitos lugares encontrei condições de abjeta miséria, em nenhum lugar mais do que em uma carceragem em Curitiba, Paraná, onde os presos estavam confinados em um subterrâneo sem nenhuma luz natural e com água escorrendo pelas paredes. Por outro lado, a maioria dos institutos penais que visitei (as carceragens de Curitiba sendo notáveis exceções) parecia estar operando sob uma ordem normativa, ainda que tênue e provisória. E um ponto crucial: no geral, não percebi relações entre internos ou entre estes e funcionários particularmente piores ou menos legítimas do que nas prisões que visitei em meu próprio país.

Para dar sentido a essa aparente contradição, focalizei minha pesquisa empírica nos ajustes situacionais mediante os quais presos e os poucos funcionários remanescentes enfrentam as desumanas condições em que frequentemente se encontram vivendo e trabalhando. Isso me exigiu o estudo das prisões por dentro. Vimos que meu primeiro estudo empírico centrou-se no papel desempenhado pela colaboração dos presos e por sua organização orgânica, e em como o estado se vale dos presos para suprir suas próprias deficiências, através da participação destes na administração dos institutos em que estão encarcerados, em conjunto e (especialmente dentro dos pavilhões) em substituição aos agentes penitenciários. Também abordei duas outras áreas de ajuste situacional que surgiram desse estudo: os papéis desempenhados pelos familiares dos presos e pelo setor de voluntariado no provimento de bens e serviços essenciais. Na segunda parte deste artigo, veremos que a participação dos presos e a sustentação de familiares/setor de voluntariado são igualmente importantes para o entendimento das prisões APAC.

Além disso, como parte de meu foco na participação dos internos, foi necessário explorar a recente intensificação da atuação política dos presos, associada à ascensão das gangues prisionais, como o PCC em São Paulo e o CV (Comando Vermelho) no Rio de Janeiro. Entretanto, embora grupos como o PCC e o CV operem em todo o sistema prisional, é importante não cair na armadilha positivista de tratá-los como organizações complexas e hierárquicas. Na carceragem em que completei meu primeiro estudo etnográfico sobre prisões, os internos eram designados para a ala da gangue muito mais a partir do fato de viverem em uma área sob o controle daquela gangue do que por serem seus membros ativos; os 'representantes' poderiam ser selecionados tanto com base no período de tempo que estavam naquela cadeia, quanto por suas filiações do lado de fora. Em termos de organização e funções, poucas distinções poderiam ser feitas entre os "representantes" das alas da gangue e do seguro. Assim, enfatizei a necessidade de analisar as gangues prisionais e a organização orgânica dos presos como uma continuação: as gangues devendo ser vistas muito mais como uma tentativa caótica de presos e funcionários em formalizar aquela organização orgânica. Como escrevem Karina Biondi e Adalton Marques (2010), o que precisa ser estudado são os efeitos da faccionalização de existentes disposições heterogêneas. Isso não significa negar que a colaboração dos presos e o autogoverno possam resultar em abusos e exploração, nem tampouco sugerir que os presos brasileiros estariam piores sem tal organização e participação. Não é nada além de uma observação de que o estado não emprega recursos suficientes para prover a segurança e as necessidades ligadas ao bem-estar dos internos e que, para entender o que significa estar encarcerado no Brasil, é importante estudar tanto as condições das prisões quanto à organização dos presos.

Finalmente, explorando a questão de até que ponto o sistema prisional brasileiro é carente de recursos e se apoia na participação de seus internos como meio de fazer frente ao abandono do estado, minha pesquisa levantou sérios questionamentos sobre a aplicabilidade da clássica literatura sociológica sobre a vida nas prisões, especialmente as teorias sobre o panóptico, as dores do encarceramento e as instituições totais, associadas aos trabalhos de Michel Foucault, Gresham Sykes e Irvine Goffman. Começando pelo panóptico, há uma clara falta de sintonia entre as análises europeia ocidental e norte-americana sobre o desenvolvimento da prisão como instituição correcional e a realidade da vida cotidiana nas prisões no Brasil. A obra de Michel Foucault (1977) sobre o nascimento da prisão estabeleceu que tais estabelecimentos foram criados para serem "instituições completas", objetivando transformar o caráter dos internos através de contínua observação e imposição de rígidas rotinas, trabalho e educação. Característica chave da literatura sobre prisões no Brasil e em muitos outros países pós-coloniais é, ao contrário, o esforço para explicar a permanência de imperiais e pré-modernas práticas prisionais de castigos corporais e defesa social. Enquanto a crítica radical da vida nas prisões na Europa Ocidental e na América do Norte questiona até que ponto as prisões alguma vez

teriam cumprido seus anunciados propósitos de transformar, assim como punir e incapacitar os condenados, muito mais claro é o consenso entre os estudiosos pós-coloniais de que elas nunca foram, nem remotamente, instituições de reforma e reabilitação, independentemente das esperanças e expectativas dos reformadores que as importaram, por exemplo, para colônias africanas e asiáticas (DIKÖTTER; BROWN, orgs., 2007) e para a América Latina pós-colonial, aí incluído o Brasil (CHAZKEL, 2009; SALVATORE; AGUIRRE, orgs., 1996). Pode-se dizer que as prisões brasileiras conseguem ter determinados níveis de controle situacional e que este é frequentemente obtido com o apoio implícito ou explícito dos presos, mas é difícil dizer que um dos objetivos do sistema prisional brasileiro seja reabilitar os condenados.

Ainda mais problemática é a ideia de que haveria uma relação inversa entre condições precárias das prisões e relações entre internos e funcionários. Aqui, é importante ter em mente a natureza coletiva da vida nas prisões no Brasil e em outras partes do mundo pós-colonial (certamente latino-americano), ou seja, a maneira pela qual as vidas cotidianas de funcionários e internos são moldadas tanto pelas realidades mútuas de coabitação e sobrevivência diária, quanto por indignidades e isolamento individuais. Pode-se argumentar que práticas orgânicas surgidas desses encontros diários ajudem a compensar alguns dos aspectos desestabilizadores da vida nas prisões, como pioneiramente esboçados por Sykes (1958), possibilitando o desenvolvimento de uma "ordem habitual" normativa (AGUIRRE, 2005), baseada em interesses mútuos na ordem e em necessidades comuns de bem-estar. Em condições de forçada reciprocidade, as privações materiais nas prisões brasileiras são tão capazes de fortalecer quanto de obstaculizar o desenvolvimento de solidariedade entre os internos, da mesma forma que as relações entre internos e funcionários podem tanto ser moldadas por negociações e acomodações quanto por conflitos e distância normativa.

Finalmente e em estreita relação com o já dito, é necessário reconsiderar a aplicabilidade universal do conceito de Goffman (1961) de instituição total, com seu foco na separação entre internos e funcionários, prisões e comunidades. Ao invés da separação, as prisões brasileiras caracterizam-se por funções fundidas (funcionários/internos) e relações intrincadas (funcionários/internos e prisão/comunidade). Em primeiro lugar, as barreiras entre prisões e comunidades geralmente são mais permeáveis do que na Europa Ocidental ou na América do Norte. Não só os presos geralmente têm maior contato com seus familiares, mas, com o crescente fenômeno de cultura de gangue, as vidas comunitária e prisional vêm se tornando crescentemente ligadas. As prisões brasileiras, ao que tudo indica, não estão isoladas da vida comunitária. Como resultado, precisam ser analisadas como universos sociais paralelos, como microcosmos da sociedade. Em segundo lugar, o poder nas prisões brasileiras parece emergir tanto de uma hierarquia de internos quanto das autoridades prisionais. Quando interações funcionários/internos se tornam aspectos essenciais da vida na prisão, como o são no Brasil, os internos não precisam

contar com a corrupção de agentes individuais para ganhar o controle sobre suas experiências na prisão. Em tais circunstâncias, falhas de poder de agentes penitenciários podem se constituir em mais do que aberrações: o poder burocrático pode estar longe de ser total e o poder e a habilidade dos internos de se esquivar dos processos de mortificação podem ser mais regra do que exceção. Nas palavras da antropóloga ganesa, estudiosa de prisões, Lilian Ayete-Nyampong, "os limites da vida cotidiana na prisão não estão fixados pelos binários poderosos e desprovidos de poder. Ao contrário, são permeáveis e se caracterizam por uma contínua negociação de poder" (2013: 88).

As prisões APAC de Minas Gerais

O que me parece mais interessante na metodologia da APAC é que, embora esta se distancie de certos aspectos do sistema prisional brasileiro comum, obedece a outros. É difícil imaginar as prisões APAC de Minas Gerais e as carceragens do Paraná operando na Europa Ocidental ou na América do Norte, mas ambas fazem sentido no Brasil. Nas palavras de Ottoboni, o que a metodologia rejeita é a visão de que os presos, em sua maioria, seriam "irrecuperáveis, lixo da sociedade" (Ottoboni, 2006: 30). O preso, como a sigla APAC indica, é condenado pela sociedade e se torna "o repositório de desconfiança" (Ottoboni, 2006: 66). Mesmo nas melhores prisões, ressalta Ottoboni, o interno é esquecido: "profissionalizam o preso e lhe dão trabalho, mas o homem acaba esquecido. Ao final da pena, retorna ao nosso convívio um delinquente com uma profissão, sem nenhuma fonte de referência exceto a própria Polícia" (Ottoboni, 2006: 45). O que é abraçado pela metodologia, embora por razões muito diversas (reabilitação mais do que sobrevivência), é a necessidade de manter os vínculos dos presos com a comunidade e para os presos, como pessoas que perderam a visão do que significa ser parte da comunidade, a necessidade de aprender a cuidar uns dos outros:

"Descobrimos que a melhor defesa da sociedade reside no tratamento do delinquente (...) sabemos que o Estado é impotente para o exercício dessa missão e somente com a participação comunitária, preparando o preso e fiscalizando o trabalho dos responsáveis pela segurança da administração dos estabelecimentos penais, será possível baixar o índice de reincidência (...) Sabemos, finalmente, que o condenado, ao ganhar liberdade, volta à sua cidade de origem (...) É fundamental ensinar o recuperando a viver em comunidade (...)" (Ottoboni, 2006: 37 & 67).

A ênfase na reabilitação propiciada pela comunidade e pelos pares se reflete na definição de prisão APAC utilizada pela FBAC. Para se qualificar como uma prisão APAC, é necessário que um instituto penal opere sem a presença de policiais ou agentes penitenciários. A partir daí, a FBAC divide as prisões por ela reguladas em duas categorias: as que preenchem todos os requisitos da metodologia APAC e as que não o fazem (AVSI, 2012). Somente quatro prisões se encaixam na primei-

ra categoria. A própria metodologia se baseia em doze "elementos fundamentais" (OTTOBONI, 2006: 63), dos quais sete (trabalho; assistência jurídica; religião; assistência à saúde; valorização humana; mérito; jornada de libertação com Cristo) se referem a métodos de reabilitação, e cinco (participação da comunidade; o recuperando ajudando o recuperando; família; educador social e o curso para sua formação; Centro de Reintegração Social) dizem respeito a veículos através dos quais a reabilitação se dá.

REABILITAÇÃO PROPICIADA PELA COMUNIDADE

Repetindo, as prisões APAC se destinam a reabilitar através dos vínculos dos presos com suas comunidades, punindo "como uma forma de diálogo do presidiário com a sociedade, e isto só será possível com a presença da comunidade no presídio" (OTTOBONI, 2012: 52). O ponto de partida de tal enfoque é, naturalmente, o fato de que as prisões devem ser pequenas e aceitar apenas presos da área em que se encontram situadas. Em 2012, quatro das cinco prisões masculinas que visitei tinham menos de 70 internos. As duas prisões de mulheres tinham cerca de 35 internas. Todas se situavam em cidades com menos de 100.000 habitantes. A isso a metodologia APAC adiciona três exigências oficiais e (como argumento) um extraoficial. Em primeiro lugar, ressalta-se que, para cumprir seu papel como centro de reintegração social, é necessário que a prisão tenha unidades de regime aberto e semiaberto, assim como de regime fechado, a fim de permitir que os internos cumpram integralmente a pena perto de casa. Em Franz de Castro, as unidades de semiaberto são ainda divididas em dois regimes distintos, um para internos com permissão para trabalhar extramuros e outro para os internos que trabalham na padaria da prisão (que vende para negócios locais) ou, o que é mais significativo para os objetivos deste artigo, em funções de confiança de tempo integral (voltarei a esse ponto no próximo item). Nas duas prisões de mulheres que visitei, há tanto presas condenadas como provisórias, em um reconhecimento de que, no local, não existem prisões femininas para as quais pudessem ser enviadas as que aguardavam julgamento.

Em segundo lugar, e relacionando-se com o ponto anterior, estipula-se que os internos devem não só, como no sistema prisional comum, ter direito a visitas semanais de seus familiares, mas também que a prisão deve auxiliar as famílias dos internos. Segundo Ottoboni (1996), cada prisão deve ter uma equipe profissionalmente treinada que visite regularmente as famílias e, onde necessário, lhes forneça uma cesta básica. Familiares devem ainda ser convidados a participar junto com os presos do programa de liberação com Cristo, um evento anual baseado na metodologia do movimento católico de três dias, do qual, como vimos anteriormente, a visão APAC se originou. Além dessas características essenciais, pude observar uma série de práticas objetivando manter o contato entre os internos e suas famílias,

assim como um contato mais amplo entre a prisão e a comunidade local. Em uma das prisões masculinas, por exemplo, são realizadas reuniões de família entre familiares, presos e funcionários todas as segundas-feiras (reuniões de família também acontecem em muitas outras prisões APAC, embora nem sempre com essa mesma frequência). E mais: presos mantidos em regime semiaberto, sem trabalho remunerado, se envolvem na construção e reforma de casas de familiares. A família do interno eleito recuperando do mês recebe uma cesta básica no valor de R$ 200,00.

Em terceiro lugar, a metodologia enfatiza a proximidade social e pessoal entre internos e funcionários. Obviamente, isto significa que os funcionários também devem viver na localidade onde se situa a prisão. Durante minha pesquisa, internos e funcionários frequentemente apontaram a vantagem de terem se conhecido antes da prisão. Às vezes, essas relações eram pessoais. Por exemplo, encontrei um plantonista (o equivalente APAC a um guarda) que tinha um parente próximo encarcerado na prisão em que ele trabalhava. Um diretor de prisão e um empregado da FBAC tinham mulheres ou maridos presos no sistema prisional APAC. Igualmente significativo é o fato de que, além do diretor e dos plantonistas, todos os funcionários eram voluntários, aqui também incluídos parentes de presos. Recrutando-os como educadores sociais, a metodologia APAC enfatiza que os funcionários voluntários devem ser treinados não só para apoiar como para servir de bom exemplo para os presos. Como diz Ottoboni (2006: 90), "seja correto em sua vida particular, tenha conduta exemplar na família, evite qualquer tipo de privilégios e seja amigo de todos". Espera-se ainda que voluntários casados se tornem padrinhos de um preso, a fim de guiá-lo através de sua reabilitação e atuar como uma família substituta (OTTOBONI, 2012).

Finalmente, muitos ex-presos voltam para trabalhar no sistema prisional APAC (isso contrasta com o processo oposto que pude observar na carceragem, onde ex-policiais trabalhavam como presos de confiança). Embora a participação de ex-presos não faça parte da metodologia oficial, não sendo mencionada no trabalho de Ottoboni, é claramente um aspecto central da prática APAC. Além dos que retornam como voluntários, ex-presos constituem um número significativo de funcionários remunerados. Quatro dos 11 funcionários da FBAC são ex-presos APAC. Dois são inspetores prisionais e dois administradores seniores, um dos quais é encarregado do desenvolvimento da metodologia APAC. Diversos diretores de prisões APAC também têm experiência prisional, aí incluídos os diretores de pelo menos duas das prisões que visitei. O atual diretor de Franz de Castro é o primeiro a não ter sido um preso. Um dos administradores da FBAC se tornou diretor de prisão quando ainda estava em livramento condicional. Um dos atuais ex-presos diretores que conheci também estava em livramento condicional. De forma semelhante, muitas pessoas que cumpriram pena em prisões APAC voltam para trabalhar como plantonistas. Muitos, talvez a maioria, dos plantonistas estiveram encarcerados na própria prisão onde trabalham. Interessante notar que um dos plantonistas em

Franz de Castro cumpriu pena em Humaitá. Um dos dois ex-presos diretores que conheci fez a trajetória de preso representante para plantonista para diretor. A sétima conferência nacional APAC incluiu uma sessão paralela sobre o papel dos ex-presos. Os participantes falaram sobre a vantagem de ex-presos "saberem das coisas" e de sua maior legitimidade aos olhos dos atuais presos. Mas, acima de tudo, falaram do dever que tanto atuais como ex-presos têm de ajudar uns aos outros, e da posição única ocupada por ex-presos enquanto condenados que se reformaram através do sistema prisional APAC. Como colocado por um plantonista ex-preso, seu principal papel era agir como mentor para os atuais presos.

REABILITAÇÃO PROPICIADA PELOS PARES

A participação de ex-presos aproxima, assim, os ideais de reabilitação propiciada pela comunidade e pelos pares. Quanto ao papel destinado aos atuais presos, o primeiro ponto a ser destacado é o de que todos os internos APAC trabalham em tempo integral. No começo de sua pena e como parte do primeiro estágio de reabilitação (cujo foco é o aprendizado da vida em comunidade), os internos devem se engajar no trabalho laborterápico, centrado na produção de artesanato. Mais para o final da pena e como parte de seu último estágio de reabilitação (reintegração na comunidade mais ampla), habilitam-se ao trabalho especializado e remunerado, embora, como no sistema prisional comum, isso dependa fundamentalmente de empresas instalarem oficinas na prisão (não encontrei nenhuma oficina ativa nas prisões que visitei) ou dos próprios presos conseguirem empregos extramuros. De maior relevância para este artigo é o fato de, na maior parte do estágio médio da reabilitação (aprendendo a servir), os internos APAC também serem recrutados para administrar suas prisões. Como na carceragem que esteve no centro de meu primeiro estudo sobre prisões brasileiras, os presos estão envolvidos em cada aspecto do trabalho prisional, desde varrer o chão até evitar fugas. Também desempenham papel central na disciplina. Todavia, diferentemente do que ocorre na carceragem, todos os papéis desempenhados pelos presos são oficialmente reconhecidos e compensados (no entanto, como também é característico do sistema prisional comum, embora obtendo seu direito legalmente reconhecido a um dia de remissão da pena para cada três dias trabalhados, somente alguns poucos têm assegurado seu direito também legalmente reconhecido de receberem três quartos do salário mínimo). A metodologia APAC denomina todas essas atividades como trabalho social.

Em Franz de Castro metade dos internos estava empenhada em alguma forma de trabalho social, aí incluídos um terço dos presos em regime fechado e dois terços dos que estavam em regime semiaberto (os que não trabalhavam externamente). Em uma das prisões femininas que visitei, todas as internas estavam envolvidas em trabalho social, pelo simples fato de terem de cozinhar em turnos. Como as equipes de colaboradores trabalhando na limpeza e na distribuição de refeições na carce-

ragem, a maioria dos internos em Franz de Castro realizava trabalhos domésticos. Dentre estes, as únicas funções remuneradas estavam na padaria, na cozinha e em uma pequena fazenda fora do prédio, em que produzidos toda a carne e vegetais consumidos na prisão. A maioria das funções burocráticas fica com trabalhadores voluntários. O único preso que encontrei trabalhando no pavilhão administrativo foi um que estudava Direito. Os voluntários trabalhando em serviços legais, por ele assistidos, estavam alguns anos à frente em seus próprios cursos de Direito, mas nenhum era ainda advogado formado.

Ainda à semelhança da carceragem, as prisões APAC também recrutam internos para auxiliar na segurança. Formalmente conhecidos como porteiros e auxiliares de plantão, esses presos ajudam o plantonista (ou os dois plantonistas) de serviço a qualquer hora. Como na carceragem, esses presos prestavam assistência no portão da frente e eram os únicos encarregados das entradas para o pavilhão das celas, para cada uma das alas, para as celas e dormitórios. Outras tarefas relacionadas à segurança incluíam o patrulhamento da prisão, a revista aos presos que voltavam de visitas externas para a unidade de regime fechado, e o controle dos pacotes de comida entregues por familiares para presos da unidade de regime fechado. Embora não estivessem autorizados a abrir o portão da frente ou a botar o pé fora da prisão, um porteiro em Franz de Castro tinha sido recentemente elogiado por ter perseguido e apreendido um primo que abrira o portão e correra para a estrada.

Finalmente, os internos se engajam, em apoio aos funcionários, no ensinamento a outros presos sobre como viver em comunidade. Esse é o significado essencial da expressão "o recuperando ajudando o recuperando". Aqui, a metodologia APAC enfatiza o papel que os internos devem desempenhar na administração da vida cotidiana na prisão, na organização de atividades diárias e na manutenção da ordem. Os presos a quem se confiam essas tarefas são divididos em dois grupos: representantes de cela ou dormitório e o CSS (Conselho de Sinceridade e Solidariedade). Mais uma vez, os paralelos com a carceragem são impressionantes, saltando aos olhos.

Geralmente, os presos APAC são mantidos em número de quatro em uma cela de $12m^2$ no regime fechado, e em dormitórios com seis a doze camas no regime semiaberto. Cada cela ou dormitório tem um preso como representante. No evento funcionários/presos que antecedeu a sétima conferência nacional da APAC, o empregado da FBAC encarregado de desenvolver a metodologia APAC explicou que aos representantes incumbe essencialmente lidar com cinco áreas de comportamento antissocial entre seus companheiros de cela, áreas essas vistas como bases do crime ou da reincidência: indisciplina; falta de liderança; irresponsabilidade; desorganização; e o código de honra dos presos (c.f. OTTOBONI, 2006, que ainda enfatiza o papel dos representantes na promoção de harmonia). Esses princípios fundamentais do enfoque APAC em relação à reabilitação se refletem nos mais recentes regulamentos para administração de prisões APAC produzidos pela FBAC

(2012). Ali são enumeradas 18 obrigações para os representantes, dentre as quais: realizar reuniões semanais da cela para discutir as obrigações, ansiedades e necessidades dos presos; organizar listas de limpeza (em adendo a uma cláusula geral sobre a disciplina no interior da cela); aplicar regras de conduta, tais como ficar em silêncio entre 22h e 6h e manter-se limpo, arrumado e bem apresentado; e (como funcionário preso voluntário) ter e estimular os demais a ter conduta exemplar, assim como participar de todas as atividades da prisão.

Os representantes de celas e dormitórios são escolhidos por um conselho de presos da unidade, o CSS, a este prestando contas. O presidente de cada um dos três CSSs em uma prisão APAC (um para cada unidade) presta contas ao diretor da prisão. Uma vez nomeado pela administração, ele ou ela seleciona até oito outros membros que integrarão o CSS. Segundo a FBAC (2012: 65), a tarefa principal do CSS é "orientar os recuperandos sobre a organização [da prisão], distribuição das tarefas, disciplina e segurança". Além de supervisionar o trabalho dos representantes, o CSS organiza e monitora a maior parte da rotina dos presos, por exemplo, assembleias matinais, trabalho, refeições e a utilização da televisão e do DVD player comunitários à noite. A FBAC (2012) também prevê centenas de tarefas específicas para o CSS (coletivas ou dirigidas a membros individuais). Algumas das principais tarefas do CSS são: cuidar da infraestrutura física da prisão (prédios, esgoto, fornecimento de água e eletricidade etc.); organizar e manter registros de compras, estoque e venda de ferramentas, suprimentos para a cantina e para o artesanato, e venda dos trabalhos de artesanato e confeitos; providenciar consultas com médicos e psicólogos, manter registros médicos, e advertir a administração sobre as necessidades de internos, bem como sobre a adaptabilidade de determinados internos para diferentes formas de trabalho social e, em uma das prisões que visitei, escrever relatórios sobre a adequação de internos para visitas às suas casas. O presidente do CSS age como a ligação entre a administração e todos os demais internos de sua unidade. Tarefas específicas dadas a ele ou ela incluem assegurar que as ordens sejam seguidas; informar a administração sobre riscos potenciais à ordem da prisão; conduzir assembleias semanais dos presos e reuniões também semanais entre o CSS e os representantes; explicar as normas da prisão aos recém-chegados; e controlar para que porteiros e auxiliares de plantão cheguem a seus locais de trabalho. O presidente também desempenha um papel, pequeno, mas importante, na segurança, supervisionando o trabalho dos porteiros na revista aos presos (por outro lado, quando os porteiros revistam pacotes levados por familiares, devem fazê-lo na presença do plantonista).

As mais controvertidas tarefas do CSS dizem respeito ao papel que desempenham, juntamente com os representantes de celas e dormitórios, na manutenção da disciplina entre os presos. Em parte são informais, premiando condutas positivas, assim como punindo condutas negativas. Por exemplo, ao final de cada mês, o CSS identifica um preso e uma cela como o recuperando modelo e a cela mais organi-

zada do mês. Em Franz de Castro, é entregue um troféu à cela mais organizada e um porco de brinquedo à menos organizada. De maior interesse no que concerne à fronteira entre internos e funcionários é a tarefa dada ao CSS de aplicação das regras da prisão. A FBAC (2012) enumera 77 infrações disciplinares (ou regras domésticas, como os presos frequentemente a elas se referem). Infrações leves incluem a desobediência a ordens; a utilização de algo pertencente a outrem sem permissão; lavagem ou secagem de roupas em área não designada para tal; usar shorts na presença de visitantes ou voluntários. Após advertências verbais e escritas, tais infrações atraem uma punição inicial de um dia perdido de convívio; uma segunda infração no mesmo mês atrai uma pena de perda de uma semana de convívio; no caso de uma terceira infração, os internos perdem mais uma semana de convívio, além do direito a visitas por uma semana. Infrações médias (puníveis com até sete dias de segregação) incluem abusos verbais e greve de fome. Infrações graves (que podem resultar em 30 dias de isolamento, ou no regresso ao regime fechado ou ao sistema prisional comum) incluem fuga, subversão da ordem e abusos físicos. O CSS é o único responsável por julgar e executar as punições, quando se trata de infrações leves. O diretor da prisão é quem lida com as infrações médias, enquanto um comitê disciplinar, formado pelo diretor, outros administradores qualificados e plantonistas, lida com as infrações graves. No entanto, os presos investigam e escrevem relatórios sobre todas as alegadas quebras de disciplina. Também dão sugestões iniciais sobre a punição para infrações médias e graves, embora um dos ex-presos diretores de prisão que encontrei (ele próprio anteriormente presidente de um dos CSSs da mesma prisão) tivesse ressaltado a necessidade de se ter cautela quanto a isso, pois os internos frequentemente são mais duros em suas avaliações do que a administração da prisão. O papel de julgar os fatos em relação a alegadas quebras de disciplina, na prática, permite que o CSS exerça influência sobre todas as infrações disciplinares. Isso foi algo que testemunhei em uma reunião do CSS em uma das prisões que visitei, em seguida a uma briga entre dois presos na unidade de regime semiaberto. O CSS chegou à conclusão que um dos agentes, um conhecido criador de problemas, era o que deveria ser principalmente responsabilizado. Alguns membros lamentaram que o diretor falhara em lidar adequadamente com um incidente anterior envolvendo o mesmo preso, ao ignorar decisão deles no sentido de não permitir que, além de perder um dia de convívio, ele não trabalhasse (punição não prevista nas regras da FBAC). Mais importante ainda, o CSS era simpático ao outro preso. Opinaram contra a visão inicial do diretor de que ambos os presos deveriam retornar ao regime fechado. O comitê disciplinar ficou do lado do CSS.

COMUNIDADES PRISIONAIS AUTOADMINISTRADAS

Resumindo e concluindo, a metodologia APAC tem seu ponto de partida no abandono estatal de prisões e presos. Objetiva resgatar os internos do sistema pri-

sional comum, onde são tratados como incapazes de se reformar. Sua visão é a de um autogoverno comunitário, governança não estatal e reintegração dirigida pela comunidade ao invés de exclusão dirigida pelo estado.

Vimos que as prisões APAC são autoadministradas de três modos que se inter-relacionam. Primeiro, no sentido de que são amplamente administradas por seus internos. Exemplo extremo da aguda falta de agentes penitenciários em grande parte do Brasil e em outras partes do mundo pós-colonial é o fato de que pouca ou mesmo nenhuma distinção significativa é feita entre presos de confiança e líderes de presos, colaboração e autogoverno de presos, de forma bastante semelhante ao que sucedeu com o termo "faxina" que passou a se referir a todas as formas de participação de presos no Carandiru. Igualmente importante, em radical interpretação do modelo de comunidade terapêutica, a metodologia APAC insiste em que tanto as pessoas que trabalham como as que estão encarceradas nas prisões venham da mesma comunidade local. Aqui, adquire especial significado, embora sem reconhecimento formal na literatura APAC, o emprego de pessoas com experiência passada na prisão, algumas das quais com rápida ascensão ao topo da profissão antes mesmo de concluírem o cumprimento de suas penas. Neste ponto, paralelos históricos podem ser encontrados nos *gulags* soviéticos, onde, de forma semelhante, presos foram diretamente alçados ao emprego de guardas de prisão (APPLEBAUM, 2003). Ainda de forma semelhante, o movimento APAC é amplamente conduzido por ex-presos. Neste último aspecto, a metodologia APAC pode ser vista como um prosseguimento do antigo modelo de empreendimento social dirigido por ex-presos na Europa, objetivando providenciar empregos e serviços para presos e ex-presos (WEAVER; NICHOLSON, 2012). Finalmente e, dessa vez, em radical afastamento do sistema prisional comum, as prisões APAC podem ser descritas como autoadministradas no sentido de que os internos e as pessoas da comunidade local participam de tal administração mais para propiciar a reabilitação do que para facilitar a sobrevivência, mais especificamente para propiciar a autoajuda do preso.

Voltando, pois, às questões sociológicas antes levantadas, diferentemente do sistema prisional comum, as prisões APAC podem ser descritas como instituições panópticas, na conceituação de Foucault (1977). Centradas em rotinas rígidas, disciplina estrita, observação e julgamento contínuos, nelas as vidas dos presos são dirigidas nos mínimos detalhes. Ainda assim, as prisões APAC continuam a ser diferentes em um importante aspecto – o de que os "juízes da normalidade" (FOUCAULT, 1977: 304) não são funcionários estatais, na maior parte dos casos nem mesmo profissionais, mas sim membros ordinários da comunidade prisional ou local.

Quanto à aplicabilidade da análise clássica das dores da prisão, vimos que, como o sistema prisional comum, as prisões APAC operam sob uma ordem normativa ainda mais reguladora do que a habitual. Contra intuitivamente, porém, é difícil concluir que a ordem das prisões APAC opere em condições de reciprocidade mais genuína do que forçada, ao menos no caso das relações entre presos. Esta é uma exceção à literatura

estabelecida da sociologia das prisões, também já notada em um contexto do Norte da Europa. Por exemplo, em seguida a seu estudo etnográfico de uma comunidade prisional terapêutica na Noruega, Thomas Mathiesen (1965) ressaltou que, quando os presos não têm muito contra o que lutar, não necessitam especialmente de solidariedade. Com efeito, basta pensar que as interações entre os internos que observei em meu primeiro estudo sobre prisões brasileiras (onde a maioria dos internos falava de uma necessidade absoluta de respeito mútuo) eram mais sinceras do que nas prisões APAC que visitei, onde a impressão absolutamente majoritária foi a de que os internos se davam melhor com os funcionários do que entre si. Por exemplo, durante o estudo, os presidentes de dois dos CSSs em Franz de Castro progrediram para novas unidades prisionais. Em ambos os casos, o novo presidente escolheu uma equipe totalmente nova. Um dos membros do CSS que perdeu sua função me disse que era a "vez deles" de assumir responsabilidade e que ele não ofereceria nenhum tipo de apoio.

Finalmente, seria um tanto contraprodutivo explorar a vida nas prisões APAC dentro do marco teórico desenvolvido em torno ao conceito de instituição total. Embora a metodologia APAC objetive obter um controle absoluto sobre os internos, como diria Foucault, não o faz nas formas descritas por Goffman (1961). Na análise de Goffman, aspecto essencial do controle institucional é o distanciamento imposto entre funcionários, internos e comunidades. Em agudo contraste, a metodologia APAC objetiva controlar os internos através de suas conexões com os funcionários da prisão e a comunidade mais ampla. Em alguns casos, membros de famílias de presos chegam mesmo a se tornarem funcionários da prisão. E, em contraste com o sistema prisional comum, o poder burocrático é deliberadamente evitado. As prisões APAC se tornam microcosmos da sociedade, tanto em suas intenções, como em suas falhas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S.; SALLA, F. (2007). Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC, *Estudos Avançados*, 21: 7-29.

AGUIRRE, C. (2005). *The Criminals of Lima and their Worlds: The Prison Experience, 1850-1935*. Durham: Duke University Press.

APPLEBAUM, A. (2003). *Gulag: A History of the Soviet Camps*. London: Allen Lane.

AYETE-NYAMPONG, L. (2013). *Entangled Realities and the Underlife of a Total Institution: An Ethnography of Correctional Centres for Juvenile and Young Offenders in Accra, Ghana*, Ph.D. thesis, Wageningen University.

BANDYOPADHYAY, M. (2010). *Everyday Life in a Prison: Confinement, Surveillance, Resistance*. New Delhi: Orient BlackSwan.

BIONDI, K.; MARQUES, A. (2010). Memória e historicidade em dois "comandos" prisionais. *Lua Nova*, 79: 39-70.

BUGARA, L. (2012). Unique Brazilian prison alternative celebrates 40-year anniversary. *Prison Legal News*, March, 44.

BURNSIDE, J. (2005). The prison that started it all, in BURNSIDE, J. et al. (eds.) *My Brother's Keeper: Faith-based Units in Prisons*. Cullompton: Willan.

CHAZKEL, A. (2009) Social life and civic education in the Rio de Janeiro city jail. *Journal of Social History*, 42(3): 697-731.

DARKE, S. (2014a). Managing without guards in a Brazilian police lockup. *Focaal*, 68(1): 55-67.

_____ (forthcoming, 2014b) Recoverers helping recoverers: Discipline and peer-facilitated rehabilitation in Brazilian faith-based prisons, in BADCOCK, S. et al. (eds.) *Translating Penal Cultures*. London: Routledge.

_____ (2013a). Entangled staff-inmate relations, *Prison Service Journal*, 207: 16-22.

_____ (2013b) Inmate governance in Brazilian prisons, *Howard Journal of Criminal Justice*, 52(3): 272-284.

_____ (2012) Estação Carandiru, *Prison Service Journal*, 199: 26-28.

Darke, S.; Karam, M. L. (2012). Administrando o cotidiano da prisão no Brasil. Discursos Sediciosos, 17(19/20): 405-423.

_____ (forthcoming, 2015). South American prisons, in JEWKES, Y. et al. (eds.). *Handbook on Prisons*. Abington: Routledge.

DIKÖTTER, F.; BROWN, I. (eds.) (2007). *Cultures of confinement: a history of the prison in Africa, Asia, and Latin America*. Ithaca: Cornell University Press.

FBAC (2012) *Regulamento Disciplinar APAC*, unpublished policy document

FOUCAULT, M. (1977; 1975). *Discipline and punish: The Birth of the Prison*. London: Penguin.

FUNDAÇÃO AVSI (2012). *Um novo olhar além dos muros: o potencial da gestão no fortalecimento das APACs de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Fundação AVSI.

GARCES, C. (2010). The cross politics of Ecuador's penal state. *Cultural Anthropology*, 25(3): 459-496.

GEAR, S.; LINDEGAARD, M. (2014). Violence makes safe in South African prisons: Prison gangs, violent acts and victimization among inmates, *Focaal*, 68(1): 35-54.

GOFFMAN, E. (1961). On the characteristics of total institutions, in CRESSEY, D. (ed.) *The Prison: Studies in Institutional Organization and Change*. New York: Holt, Rinehart and Winston.

JEFFERSON, A. (2005). Reforming Nigerian prisons: Rehabilitating a "deviant" state, *British Journal of Criminology*, 45(4): 487-503.

JOHNSON, B. (2002). Assessing the impact of religious programs and prison industry on recidivism: An exploratory study, *Texas Journal of Corrections*, February: 7-11.

LEAL, C. (1999). The prison system in Brazil: The APAC experience, *Caribbean Journal of Criminology and Social Psychology*, 41: 254-257.

MACAULAY, F. (2013). Modes of prison administration, control and governmentality in Latin America: Adoption, adaptation and hybridity. *Conflict, Security and Development*, 13: 361-392.

MACAULAY, F. (forthcoming, 2014). Whose prisoners are these anyway? Church, state and society partnerships and co-production of offender resocialization. In: BADCOCK, S. et al. (eds.). *Translating penal cultures*. London: Routledge.

MARTIN, T. (2011). The embrace of human rights in Ugandan prisons, paper presented at the Nordic Africa Institute 4th European Conference on African Studies, June 2011.

MATHIESEN, T. (1965). *The defences of the weak: a study of norwegian correctional institution*. London: Tavistock.

MENDES, L. (2001). *Memórias de um sobrevivente*. São Paulo: Companhia de Bolso.

_____ (2005) *Às cegas*. São Paulo: Cia. das Letras.

NETO, S. (2012). Do condenado e do internado, in SILVA, J. (ed.) *A execução penal à luz do método APAC*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

OTTOBONI, M. (2006/2001) *Vamos matar o criminoso? Método APAC*. São Paulo: Paulinas.

_____ (2012) *Testemunhos de minha vida e a vida de meus testemunhos*. São José dos Campos: Netebooks.

PIACENTINI, L. (2004). *Surviving Russian prisons: punishment, economy and politics in transition*. Cullompton: Willan.

RAMALHO, J. (1979). *Mundo do crime: a ordem pelo avesso*. Rio de Janeiro: Edições *Graal*.

SALVATORE, R.; AGUIRRE, C. (1996). *The birth of the penitentiary in Latin America*, Texas: University of Texas Press.

SALLA, F. (2006). As rebeliões nas prisões: Novos significados a partir da experiência Brasileira. *Sociologias* 8: 274-307.

SILVA, J. (ed.) (2012). *A execução penal à luz do método APAC*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

SYKES, G. (1958). *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press.

VARELLA, D. (1999). *Estação Carandiru*. São Paulo: Cia. das Letras.

VARGAS, L. (2009). Todo homem é maior que seu erro? Bases para uma reflexão sobre o método alternativo de gestão carcerária. *SER Social*. Brasília, 11: 129-163.

WEAVER, E.; NICHOLSON, D. (2012). Co-producing change: Resettlement as a mutual enterprise. *Prison Service Journal*, 204: 9-16.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A defesa dos direitos do encarcerado, de Manoel Pedro Pimentel, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 6/795 (DTR\2012\450392);
- Análise normativo-teleológica do projeto novos rumos na execução penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos direitos humanos internacionais, de Carlos Frederico Braga da Silva - *RBCCrim* 76/334 (DTR\2009\14); e
- Uma nova filosofia para tratamento do preso Apac - Associação de proteção e assistência aos condenados - Presídio humaitá - São José dos Campos, de Luiz Flávio Borges D'Urso - *RT* 716/544 (DTR\1995\655).

65552

ADIn 4.768 – Memoriais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: composição cênica das salas de audiência

Comissão *Amicus Curiae*

Área do Direito: Penal; Constitucional

Excelentíssima Senhora Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, Digníssima Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4768.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), entidade não governamental sem fins lucrativos, com sede na cidade de São Paulo/SP, Rua Onze de Agosto, n. 52, Centro, admitido como *amicus curiae* nesta ação constitucional ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tem a honra de dirigir-se ao Supremo Tribunal Federal para apresentar, nos seguintes termos, sua parcela de contribuição à solução da controvérsia, pedindo ainda a juntada da ata de eleição da atual diretoria:

I – Delimitação do objeto

Como apontado no pedido de admissão de *amicus curiae*, o enfrentamento das inconstitucionalidades percebidas pelo autor (art. 18, I, *a*, da LC 75/1993 e art. 41, XI, da Lei 8.625/1993) é fundamental à conformação do Processo Penal brasileiro à luz do Estado Democrático de Direito.

Naquela oportunidade se disse também que para que se respeitem os papéis dos atores no Processo Penal, o tema deve ser tratado à luz do *princípio da paridade de armas*. E seu aspecto mais visível é o da chamada "concepção cênica das salas de audiência", ou, em outros termos, o da repartição espacial das colocações das partes, equidistantes em relação ao Juiz.

Por isso, o problema trazido nesta ação direta impõe que a repartição funcional entre Julgador, Acusador e Defensor – particularmente das atividades paritárias dos dois últimos – seja analisada à luz do *princípio da paridade de armas* no Processo Penal.

Como a temática básica da paridade de armas, conquanto central no modelo de Processo Penal equitativo e um dos pilares da noção de *devido processo legal*,[1] ainda é ilustre desconhecida nas mais tradicionais conformações do Processo Penal brasileiro,[2] esta abordagem tomará seus aspectos mais essenciais como premissas.

Em razão do caso debatido, parte-se do entendimento segundo o qual o exercício da atividade do representante da Acusação em salas de audiência – seja por parte do Ministério Público Federal ou Estadual, seja por parte do representante do ofendido em ação penal de iniciativa privada – é, assim como o da atividade defensiva, nitidamente *parcial*.

Diz-se com isso que a atividade de instrução desenvolvida na sala de audiência a partir das postulações e explorações de argumentos pela Acusação e Defesa é a de *parte*. Daí, na persecução penal os interesses contrapostos (do Acusador e do Acusado) devem ter o *mesmo peso*. A prevalência dos pedidos – e antes disso, da justificativa da apreciação igualitária por parte do Juiz – decorre da *qualidade intrínseca* que eles devem ostentar, não de sua proveniência da Acusação ou Defesa.

Isso tem fundamental repercussão no campo do tratamento das partes no processo. Tal regra de tratamento, percebida desde seus atores como inclusive pelos destinatários da justiça criminal (seja o jurisdicionado, sejam os espectadores) importa sobremaneira para a conformação do devido processo penal brasileiro.

Em suma: tratar do problema colocado nesta ação direta, a partir da abordagem da paridade de armas no processo penal, redunda inequivocamente no reconhecimento da *procedência* do pedido. Isso porque como se demonstrará nesta manifestação:[3]

---

1. A paridade de armas, como longamente desenvolvido na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), é, na lição de Stefan Trechsel, um "elemento essencial do processo equitativo" (TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 94). Dando-lhe a mesma importância no Processo Penal, entre outros autores: W SEK-WIADEREK, Małgorzata. *The principle of "equality of arms" in criminal procedure under article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries: A comparative view*. Leuven: Leuven University Press, 2000. p. 23; UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006. vol. II, p. 15; FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*. Cambridge: Intersentia, 2012. p. 30; ZAPATER, Enrique Bacigalupo. La noción de un proceso penal con todas las garantías. In: *Derechos procesales fundamentales*. n. 22. p. 475. Madrid: Manuales de Formación Continuada, 2004.

2. No Brasil há poucos autores que se debruçaram sobre o tema. Dentre eles, Welton Roberto (*Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011) e Maria Lúcia Karam (O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 394-406).

3. Que tentará, ao máximo, não repetir citações de doutrina e julgados já feitas anteriormente, quer pelo autor, quer pelos demais *amici* desta ação direta.

i) A paridade de armas é componente indissociável de qualquer noção *civilizada* e *democrática* de devido processo legal;

ii) O exercício do direito de ação é inerente à atividade típica de *parte* e, portanto, revela atividade *interessada*. No processo penal a parte Acusadora é ontologicamente antagônica à Defesa, independentemente da confluência do pedido na manifestação final do caso,[4] e tal situação permanece a mesma em salas de audiência durante as instruções processuais penais;

iii) Isso implica que o Juiz trate as duas partes com *igual* respeito e consideração, atribuindo-lhes as *mesmas* possibilidades de argumentação e produção probatória, tudo de sorte a impedir vantagem indevida de uma frente à outra;

iv) Tal isonomia é *aniquilada* ante a desigual repartição espacial nas salas de audiência, dada a maior proximidade física entre Acusador e Juiz e o desnível entre Acusador e Defensor na distribuição de tablados. Isso é palpável e perceptível não só pelas partes processuais, como pelos demais intervenientes do processo criminal, sejam jurados, órgãos auxiliares da Justiça, espectadores etc.;

v) Consequentemente, as previsões normativas que possibilitam tal desigualdade de tratamento são *inconstitucionais*, porquanto fazem distinção sem qualquer amparo razoável, em prejuízo da Defesa.

II – A paridade de Armas no Processo Penal

Acima se indicou que o tema da paridade de armas no Processo Penal é não só conhecido, como fulcral.

A propósito, já em 1947, Giuseppe Guarneri dizia que "as partes, enquanto pedem justiça, devem ser colocadas no processo em absoluta paridade de condições".[5] Após, dada a estreita ligação do tema em digressão com aspectos fundamentais do Processo Penal – não só a própria igualdade de tratamento das partes, mas também o contraditório e até mesmo a *par condicio* – ele ganhou ainda maior atenção.

---

4. Isso é, com o devido respeito, tão óbvio que nem seria de se esperar argumento em sentido contrário quanto às ações penais de iniciativa pública, dado que a extinção da punibilidade pela *perempção* ou o próprio pedido *absolvição* nas ações penais de iniciativa privada não descaracterizam o querelante como *parte*.

5. Tradução livre de: "la parti, in quanto chiedono giustizia, devono essere poste nel processo in assoluta parità di condizioni" (Guarneri, Giuseppe. Sul problema dell'uguaglianza di armi nel processo penale. *Rivista di Criminologia e Diritto Criminale (La Scuola Positiva)*. n. 1. p. 119. 1947). No sentido da impossibilidade de igualdade absoluta entre acusador e acusado no Processo Penal: Rodrigues, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 1. vol. 1. p. 87. Lisboa, jan.-mar. 1991); Ferrua, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2007. p. 49; Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 80-81.

Embora seja impossível incondicional adesão à sobredita perspectiva de Guarneri – até porque esse autor acaba aduzindo que a absoluta paridade no Processo Penal seria "um sonho" – boa parte dela foi resgatada para se atingir conceito operativo de paridade de armas no Processo Penal.

Malgrado não se sustente cientificamente haver absoluta paridade de condições entre Acusador e Acusado, desde pelo menos o final da década de 50 do século passado o Processo Penal[6] tem se ocupado do tema da paridade de armas.

Afinal, mesmo que a ação penal de iniciativa pública seja ajuizada por ente oficial, acompanhada de nítidos poderes coercitivos (exemplos no Brasil: requerimentos de prisão preventiva, de busca e apreensão domiciliar, de medidas de afastamento dos sigilos telefônico, bancário e fiscal etc.), a questão atinente à repartição de forças entre Acusador e Acusado tem merecido, ao longo das últimas décadas, crescente consideração.

Em brevíssima síntese: ao lado do exercício do poder na causa penal por parte do Estado, tem se dado mais atenção a problema que sempre esteve latente, qual seja: a concepção do processo penal em Estados democráticos, à vista da igualdade de oportunidades entre os envolvidos na causa penal.[7]

E, nos estritos limites desta manifestação, basta lembrar a importância que lhe tem sido dispensada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), como também pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).[8] As contribuições desses dois conhecidos órgãos internacionais de proteção aos Direitos Humanos são impossíveis de se ignorar.

Fácil notar que, seja no âmbito dos países europeus, seja em outros exemplos de países que estejam vinculados à ONU,[9] cogita-se de parâmetros normativos mínimos assecuratórios da paridade de armas, atualmente *irrenunciáveis*.

---

6. No Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: *Ofner and Hopfinger v. Austria* (Applications 525/59 e 617/59) e *Pataki and Dunshirn v. Austria* (Applications 596/59 e 789/60).

7. "Portanto, uma reconsideração da aplicação de regras processuais à luz do princípio da igualdade de armas é a chave para a completa e efetiva realização da igualdade processual e garantias do julgamento justo". Tradução livre de: "Therefore, a reconsideration of the application of procedural rules in light of the principle of equality of arms is the key to full and effective realisation of procedural equality and fair trial rights" (COLE, Rowland James Victor. *Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*. Tese de Doutorado apresentada à Stellenbosch University. 2010. p. 36).

8. 19.ª Sessão do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. 2007. Comentário n. 32 ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, especificamente ao artigo 14, que tratou da igualdade e, ali, da paridade de armas.

9. Na Alemanha o fundamento encontrado é no art. 20, III, da Lei Fundamental de 1949 (HARTMANN, Arthur, SCHMIDT, Rolf. *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*. 4. auflage. Gragsberg bei Bremen: Schmidt, Dr. Rolf Verlag, 2012. p. 33-34). Na Colômbia, o

Para o TEDH, a paridade de armas no Processo Penal significa "uma razoável oportunidade a cada parte de apresentar seu caso sob condições que não a coloque em desvantagem *vis-à-vis* seu oponente".[10] As manifestações da Corte de Strasburgo sobre a matéria são as mais diversas; importa aos limites específicos desta manifestação o dito no caso *Borgers v. Austria*: "justice must not only be done; it must be seen to be done".[11]

Já para a ONU, "o direito de igualdade perante cortes e tribunal também assegura igualdade de armas. Isso significa que os mesmos direitos processuais devem ser garantidos para todas as partes, salvo distinções baseadas na lei e que possam ser justificadas em fundamentos objetivos e razoáveis, não acarretando atual desvantagem ou outras injustiças para o acusado".[12]

No Processo penal, a ideia que move a dinâmica do princípio – durante a produção da prova testemunhal, no exercício dos direitos de presença e de audiência, no acesso aos elementos informativos etc., tudo a depender da catalogação doutrinária que se siga[13] – é a de *adversarialidade plena entre as partes*. Isso a partir da constatação – *inegável* na perspectiva teórica e prática – da oposição dos interesses de quem *acusa* e quem *é acusado* da prática de infração penal.

---

fundamento é a igualdade, com base no art. 13 da Constituição de 1991 (González, Alfonso Daza. *El principio de igualdade de armas en el sistema procesal penal colombiano*. Bogotá: Ibañez, 2010. p. 29-33). Em Portugal, como se nota em estudo dirigido ao Processo Civil, os fundamentos da paridade de armas seriam a "própria dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito democrático, o processo equitativo e o princípio da igualdade" (Costa, Tiago Félix da. *A (des)igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 37).

10. Dentre tantos precedentes em que essa doutrina do Tribunal ganhou corpo, para se tratar de alguns mais recentes: *Huseyn and others v. Azerbaijan* (Applications n. 35.485/05, 45.553/05, 35.680/05, 36.085/05, j. 26.10.2011, § 188); *Kennedy v. United Kingdom* (Application n. 26.839/05, j. 18.05.2010, § 184); *Ali v. Romania* (Application n. 20.307/02, j. 09.12.2010, §§ 101 a 104); *Dolenec v. Croatia* (Application n. 25.282/06, j. 26.02.2010, § 207); *Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (Application n. 4.922/04, j. 08.01.2010, §§ 68 a 70); *Rasmussen v. Poland* (Application n. 38.886/05, j. 28.07.2009, § 42).

11. *Borgers v. Austria*, Application n. 12005/86, j. 30.10.1991.

12. Comentário n. 32., item 13. Tradução livre de: "the right to equality before courts and tribunal also ensures equality of arms. This means that the same procedural rights are to be provided to all the parties unless distinctions are based on law and can be justified on objective and reasonable grounds, not entailing actual disadvantage or other unfairness to the defendant".

13. É útil a classificação de: Negri, Stefania. The principle of "equality of arms" and the evolving law of international criminal procedure. *International Criminal Law Review*. n. 5. p. 513-571. Netherlands, 2005.

Essas lições indicam que à acusação, no momento em que formula a carga acusatória, se atribui os ônus de prova; à defesa, para reagir, endereçam-se possibilidades de fazer frente à carga acusatória.[14] E são esses os pontos submetidos ao crivo judicial no processo criminal.

Nesse contexto a paridade de armas ganha centralidade no Processo Penal. Trata-se da igual distribuição, durante o processo penal – desde sua fase pré-judicial até a executiva –, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial.[15]

III – O ACUSADOR COMO PARTE NO PROCESSO PENAL

O processo penal convive, no particular da atividade das partes, com a doutrina de Chiovenda, segundo a qual, como dito por Aury Lopes Junior, "são partes aquele que formula e aquele contra quem se formula a pretensão acusatória objeto do processo penal, segundo as formas previstas na norma processual penal e tendo como destinatário o órgão jurisdicional".[16]

Aliás, há muito tempo falava José Frederico Marques ser um "contrassenso sem nome falar-se em processo penal, sem que existam partes. Somente quem não compreende a função do processo na realização da atividade punitiva do Estado pode negar ao Ministério Público e ao réu a qualidade de partes".[17]

Isso, mais do que não negar – na verdade nem questionar sua autonomia científica perante a Teoria Geral do Processo Civil – desvela importantíssima faceta da questão da paridade de armas no Processo Penal: *acusar* e *defender* são lados complementares do mesmo problema.

Na verdade, *acusação* e *defesa* são, na essência, duas faces da mesma moeda, porque são os dois lados do direito de ação. O exercício das duas atividades ontologicamente antagônicas é distribuído aos representantes dos ditos interesses: o Acu-

14. A "arma" que tem a distribuição equânime é vista, nesse cenário figurativo, como uma oportunidade ou possibilidade conferida, na esteira da lição de Gimeno Sendra, "na atuação processual, tanto o acusador quanto o imputado gozam dos mesmos meios de ataque e de defesa e idênticas possibilidades de alegação, prova e impugnação" (GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2007. p. 91).

15. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo, USP, 2013. p. 189.

16. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 732; GUARNERI, Giuseppe. *Le parti nel processo penale*. Milano: Fratelli Bocca, 1949. p. 23; SABATINI, Giuseppe. *Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1943. vol. 2, p. 159.

17. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. vol. II, p. 40.

sador – se público ou privado, não desnatura a essência da atuação – e o defensor. Daí a fundamental conclusão, a se extrair dessas verdades evidentes, é a de que o Acusador é um *natural contraditor do Acusado*.[18]

Se na evolução histórica do Processo Penal, ao desprestígio da justiça penal como vingança privada, se institucionalizou a acusação penal oficial como algo valorativamente *bom*, também é inquestionável que essa evolução veio com a natural atribuição da *parcialidade*, dado que se atribuiu ao ente oficial o papel de *parte processual oficial*.

Em termos bastante singelos: é bom que o Acusador oficial seja parte no processo. Consequentemente, *a atividade acusatória, por ser protagonizada por* parte, *não tem como ser imparcial*. É intuitivo.

A parte, justamente *por ser parte*, é sempre parcial.[19] Mesmo que o interesse que anima a representação em juízo seja tido por metaindividual, e daí titularizado por determinado agente oficial, na persecução penal as partes contrapostas e seus respectivos pleitos devem merecer do Juiz o mesmo grau de consideração e atenção.

A propósito da importância atual da parcialidade no exercício da atividade de acusação pública, eis lição recente de Magistrado brasileiro:

"A própria origem do Ministério Público, instituição essencial à justiça, que surgiu para afastar o órgão julgador das funções acusatórias e assim assegurar a imparcialidade da Agência Judicial, demonstra o desacerto daqueles que defendem que o órgão acusador ostenta a qualidade da imparcialidade. Se o Ministério Público surge para, num salto qualitativo, tornar o órgão julgador equidistante dos interesses em questão no caso penal, isto é, nasce para garantir a imparcialidade da Agência Judicial, como pretender que esse órgão, com a atribuição constitucional de acusar, também seja imparcial?"[20]

Pela natureza dos atos exercitados no processo, é até mesmo um "oxímoro", como dito por Giulio Ubertis, sustentar uma *parte* possa, em Processo Penal, ser tida por "imparcial".[21]

---

18. Tanto Giuseppe Guarneri, em obra clássica (*Le parti nel proceso penale* cit., p. 17), quanto Oreste Dominoni (*Le parti nel proceso penale: Profili sistematici e problemi*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 14), trataram do acusador neste exato termo: um *natural contraditor do acusado*.

19. GUARNERI, Giuseppe. *Le parti nel processo penale* cit., p. 145 (rodapé n. 3) e 165; TAORMINA, Carlo. Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali. In: *La Giustizia Penale*. III. n. 8-9. p. 460. Roma, ago.-set. 1992.

20. CASARA, Rubens. A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado. In: BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 753. No mesmo sentido crítico da aproximação – até figurativa, inclusive – entre Ministério Público e Magistratura, ver: TAORMINA, Carlo. *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali* cit., p. 451, último parágrafo.

21. UBERTIS, Giulio. *Il processo penale: la verifica dell'accusa*. Bolonha: Il Mulino, 2008. p. 62. No cenário específico dos autores que analisaram a questão à luz da paridade de armas,

Perceber que a atividade da parte acusadora oficial é *parcial*, e como tal deve ser encarada inclusive pelo Juiz, não diminui sua importância político-institucional, e muito menos significa *capitis diminutio* para o Ministério Público.[22]

Isso porque a sobredita atividade acaba por reservar desenho institucional para exercer, com a maior latitude possível, o exercício da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I), colocando o Acusador a salvo da – essa sim *ininteligível* – posição de "órgão de justiça"[23] ou, ainda pior, da posição (incorreta inclusive tecnicamente, pois redunda em ver numa parte um coadjuvante na atividade desenvolvida por um sujeito imparcial) de "auxiliar do Juiz".[24]

Isso sem falar que é a primeira vez, no cenário constitucional, que realmente o Ministério Público se desvinculou organicamente tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário.[25]

---

ver: TRESCHEL, Stephan. *Human rights in criminal proceedings* cit., p. 96; HARRIS, D. J. e outros. *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths, 1995. p. 207. No caso *Belziuk v. Poland* o TEDH entendeu que o mero fato de o representante do Ministério Público ter estado presente na sala de julgamento quando do julgamento de recurso exclusivamente defensivo é atividade típica de parte acusadora, e não de parte desinteressada na questão penal, como mera representante de interesses coletivos (Application n. 23.103/93, j. 25.03.1998, § 39).

22. E por isso mesmo vale a pena lembrar a ressalva feita por Magistrado carioca oficiante em audiência criminal, quando se deparou com essa questão: "antes de analisar a questão, não custa destacar que o posicionamento ora adotado não se traduz em uma investida contra a Instituição, tampouco contra o ocupante do cargo de Promotor de Justiça. Tanto a Instituição quanto seu representante nesta Comarca são dignos do mais alto apreço e admiração deste magistrado, a instituição pela relevância constitucional, e o promotor por ser, sem dúvida, um dos mais valiosos profissionais do Direito com quem este magistrado já trabalhou" (Processo 2003.005.000056-7, Juiz André Nicolitt).

23. Expressão que Mario Chiavario diz não passar de *slogan*, cuja largueza semântica poderia tanto patrocinar entendimentos democráticos quanto conservadores ou reacionários (CHIAVARIO, Mario. Il Pubblico Ministero: organo di giustizia? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. n. 3. p. 718. Milano, 1971).

24. No Brasil, Frederico Marques dizia que esse pensamento desvela um "*bis in idem* de todo prescindível e inútil", pois para ele, "no procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado" (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal* cit., vol. II, p. 41). Para Hélio Tornaghi, essa colocação do Ministério Público como órgão auxiliar do Poder Judiciário nem esconderia uma "inútil duplicação" (TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 172).

25. No Código de Processo Criminal de 1832, os Promotores tinham até atribuições contíguas às do Juiz de Direito (art. 37 e ss.). Vigente a Carta de 1934, Pontes de Miranda chegou a tomar o órgão como "um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Ed. RT, 1973. t. IV, p. 407). Na Constituição de 1937, Tornaghi o viu como "um

Onde se lê, portanto, autonomia perante os demais Poderes, deve ser lido, no âmbito da persecução penal, *atividade de parte no Processo Penal com a titularidade no exercício a ele atribuída.*

Dentre as consequências que tal constatação sugere, eis uma que se avizinha do ponto que a seguir será tratado: "Ao acreditar na imparcialidade do Ministério Público, desaparece a equidistância do Magistrado em relação às partes e, em consequência, a própria imparcialidade da Agência Judicial".[26]

IV – A "APRESENTAÇÃO DO CASO" NA PARIDADE DE ARMAS

O Processo Penal guiado pelo princípio da igualdade de armas não se compadece com o desequilíbrio no tratamento das partes, ainda que discursivamente uma delas represente interesse dito coletivo, ou metaindividual. Adotada a mesma observância, o interesse que move cada atitude processual não torna seu representante mais ou menos digno da tutela jurisdicional.

Deixando mais claro: não há *melhor* ou *pior*, aprioristicamente, no Processo Penal, nem parte que defenda interesse mais ou menos digno de atenção do Juiz. *Melhor* ou *pior* são os argumentos e elementos probatórios, e a tal diagnóstico o Juiz só pode chegar após analisar cada um *per se,* não em razão da parte que os formulou.

O que existe na dialética do Processo Penal são interesses contrapostos que merecem a mesma atenção e, por isso mesmo, dispensam sempre a *mesma consideração* do julgador. Em não se observando isso, haverá situação desvantajosa para um dos lados, ferindo-se a paridade de armas na perspectiva da chamada "apresentação do caso".

Isso tem particular e determinante relevância no cenário da repartição espacial da sala de audiência, impregnada de importantíssimas *dimensões simbólicas da ordem e hierarquia.* Nesse sentido, a ocupação do espaço no ritual judiciário não é

---

traço de União entre o Poder Executivo e o Judiciário, é um representante do primeiro junto ao segundo" (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. III, p. 141). Na Carta de 1946, Valter Acosta apontou-o como "uma instituição composta por agentes do Poder Executivo, que integram o Poder Judiciário, sem, entretanto, estar subordinados à hierarquia da magistratura" (ACOSTA, Valter. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, interpretação gráfica.* Rio de Janeiro: [s.n.], 1957. p. 95). Em 1967 e 1969 se atrelou o *Parquet* ora ao Judiciário, ora ao Executivo (Antonio Magalhães Gomes Filho noticia que, na Constituição de 1967, atrelava-se o Ministério Público ao Judiciário; já na de 1969, ao Executivo (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal.* n. 2. p. 141. Buenos Aires, 1997).

26. CASARA, Rubens. *A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado* cit., p. 746.

meramente circunstancial. Pelo contrário, ela é talhada à imagem e semelhança da lei, encarnando verdadeira representação da ordem jurídica.[27]

Tal circunstância é agravada pela presença de julgadores leigos no Tribunal do Júri, que decidem por *íntima convicção*. Não se pode ignorar o risco de que fatores relacionados à concepção cênica da sala de audiências – notadamente a proximidade *física* e *simbólica* entre Juiz e Ministério Público e o desnível entre este último e a Defesa – venham a influenciar, de modo decisivo, a formação do convencimento do jurado acerca da culpa ou inocência do Acusado.

Em importante estudo empírico,[28] Jeffrey Wolfe demonstra que a credibilidade atribuída pelo jurado à parte processual depende da localização desta última, tanto *per se* quanto em relação à parte adversa. Segundo ele, a dinâmica da sala de audiências afeta a interação das partes e pode vir a afetar o próprio veredito: "uma sala de audiência deve oferecer a cada parte igual oportunidade de apresentar seu caso, de maneira que cada uma delas receba igual vantagem em razão do *design*".[29] Tal repartição espacial, segundo esse autor, não pode permitir vantagem de uma parte sobre a outra: o "*design per si* não deve oferecer a qualquer lado uma vantagem adversarial ou física diferente, com respeito à apresentação na sala de audiência".[30]

Nessa mesma toada soa o escólio doutrinário de Jonathan Rosenbloom:

"O papel dos advogados como adversários essenciais é corporificado no *design* arquitetônico. Projetar as mesas como a peça focal central na parte baixa da sala de audiências realça a posição dos advogados como essencial e adversarial. À semelhança dos combatentes na arena, os advogados pelejam na parte mais baixa da sala de audiências e são o ponto focal visto dos assentos acima e em volta. *Os advogados também estão sentados igualitariamente ao longo de um eixo oriundo do juiz, em mesas idênticas, para simbolizar e criar uma isonomia entre eles, conforme exigido pela Sexta e Décima Quarta Emendas*. O sentido de se criar um *design* similar a uma arena para adversários iguais pode ser demonstrado por breve comparação com a arquitetura de sistemas judiciais de outros países. Por exemplo, em alguns países do leste europeu o advogado acusador senta em pódio próximo ao juiz, separando-

27. GARAPON, Antoine. *Bem julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 45 e ss.

28. WOLFE, Jeffrey. The effect of location in the courtoom on jury perception of lawyer performance. *Pepperdine Law Review*. n. 21. p. 731-776. Malibu, 1993-1994.

29. Tradução livre de: "a courtroom should offer each party equal opportunity to present his case, such that each receives equal advantage by reason of design" (WOLFE, Jeffrey. Toward a unified theory of courtroom design criteria: The effect of courtroom design in adversarial interaction. *American Journal of Trial Advocacy*. n. 18. p. 633. Birmingham, 1994-1995).

30. Tradução livre de: "design per se should not afford either side a different adversarial or physical advantage with respect to courtroom presentation" (idem, ibidem).

-se do Acusado e o advogado de defesa. Durante o julgamento, o foco não é em um confronto adversarial, e sim no Acusado e seu defensor.

Projetar a posição do advogado acusador como adjacente ao juiz seria um design inadequado para embasar a atividade e ideologia do sistema de justiça norte-americano, e um confronto igualitário e adversarial entre advogados. O design deslocaria injustamente os advogados igualmente posicionados."[31]

Nessa específica perspectiva da incidência do princípio, Sarah J. Summers, ao comentar a precitada decisão do TEDH em *Borgers v. Austria*, aduz que: "as pessoas afiliadas à persecução penal não podem logicamente ser vistas, particularmente no nível institucional, como imparciais, e por isso não se pode permitir que se comuniquem privadamente com o Judiciário".[32]

Daí porque – perceptível o lado *parcial* da atuação do Acusador e adotada como premissa fundamental a incidência do princípio da paridade de armas em processo penal – a desigualdade de tratamento em prol de uma das partes pode significar, na figura lembrada por Stephan Trechsel, desigualdade análoga à luta de gladiadores na Roma antiga, na qual um deles estava protegido por armadura e empunhava espada, enquanto seu adversário estava desprotegido e equipado com rede e tridente.[33]

---

31. Tradução livre de: "The attorneys' role as essential adversaries is embodied in the architectural design. Designing the tables as the center focal piece at the bottom of the courtroom highlights the attorneys' position as essential and adversarial. Similar to the combatants in an arena, the attorneys battle in the lowest area of the courtroom and are the focal point watched from the seating above and around. The attorneys are also seated equally along an axis stemming from the judge at identical tables to symbolize and create an equality between them as required by the Sixth and Fourteenth Amendments. The significance of creating an arena-like design for equal adversaries can be shown in a brief comparison to the architecture of judicial systems in other countries. For example, in some eastern European countries the prosecuting attorney sits on a podium next to the judge, separating himself from the defendant and the defense attorney. During the trial, the focus is not on an adversarial confrontation but rather on the defendant and his attorney. Designing the prosecuting attorney's position to be adjacent to the judge would be an inadequate design to sustain the activity and ideology of the American system of justice, and an equal, adversarial confrontation between attorneys. The design would unfairly shift the equally positioned attorneys" (ROSENBLOOM, Jonathan. Social ideology as seen through courtroom and courthouse architecture. *Columbia Journal of Law & the Arts*. vol. 22. n. 463. p. 479-483. New York, 1998. Grifamos).

32. SUMMERS, Sarah J. *Fair trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 109-110. Tradução livre de: "those affiliated with the prosecution cannot logically be seen, particularly on the institutional level, as impartial, and thus cannot be permitted to communicate privately with the judiciary".

33. TRESCHEL, Stephan. *Human rights in criminal proceedings* cit., p. 96.

Tal igualdade (ou desigualdade) de tratamento ganha maior relevância quando se pensa na apresentação do caso, no específico e crucial contexto das salas de audiência e sua repartição espacial.

Afinal, é ali que o papel se desenvolve com imediatidade e proeminência, seja ao longo de toda a realização do ato processual com a equiparação ou aproximação simbólica das figuras de juiz e Acusador (público) – algo que em si já desequipara as atividades do Acusador e do Acusado, seja no momento do exercício do direito do Acusado a confrontar as testemunhas de acusação.[34]

No momento da audiência penal eufemisticamente quase que o *princípio* da paridade de armas se transforma em *regra*: de desejável aplicação ótima, atendidas as justificativas constitucionais, passa-se a crucial "tudo-ou-nada": da possibilidade fática de se dar cumprimento ao mandamento constitucional da igualdade na melhor maneira possível, passa-se a – por conta da propalada e indiscutivelmente falsa "imparcialidade de uma parte" e pressuposição do "melhor interesse" tutelado – tratar uma delas com nítida desvantagem. Aniquila-se a paridade de armas porque de forma alguma se garante a mínima igualdade das partes.

O risco de tal patologia realmente se revelar em situações concretas e, assim, afrontar a paridade de armas sob a perspectiva da apresentação do caso, se estampa em situações processuais nas quais o Juiz e o Promotor são portadores do mesmo ideal *imparcial* de representação do Estado – ou da comunidade – contra o crime e, de outro, o Acusado da prática do crime que cumpre ao Estado punir. Finalmente, a maneira mais *visível* de se evitar – ou patrocinar – que a patologia aconteça é o cuidado com a repartição espacial das salas de audiência.

V – A DISTRIBUIÇÃO DOS ESPAÇOS EM SALAS DE AUDIÊNCIA

Os atos realizados em audiências penais são, inclusive para o público externo à ritualidade processual, a forma pela qual a justiça criminal acontece. Necessariamente, e como consequência, a distribuição espacial das salas de audiência deve refletir o papel desenvolvido pelas partes.

Assim, se o conceito de paridade de armas no processo penal demanda que às partes se distribuam iguais oportunidades de apresentarem seus argumentos, de forma a que nenhum dos lados fique em situação desvantajosa perante o Juiz, faz-se necessária a readequação espacial do formato das salas de audiência no direito processual penal brasileiro. Afinal, como diz o antropólogo David Givens com carradas

34. TEDH, Barberà. *Messegué and Jabardo v. Spain* (Application 10.590/83, j. 06.12.1988, § 78), quando foi enfocado não só o lado adversarial da instrução oral, mas a igualdade de condições em que as testemunhas defensivas devem ser ouvidas, quando comparadas com as trazidas pela acusação.

de razão, *postura é poder* e, na logística de audiências penais, os "usos do espaço" são *estratégicos* de parte a parte.[35]

Outra vez o Direito Processual Penal Comparado pode ser de grande valia, o que se vê particularmente na normativa do regime processual penal italiano, de um lado, e por precaução tomada por Magistrado português, de outro.

Quanto ao Processo Penal peninsular, sua Norma de Atuação, Coordenação e Transição (Decreto Legislativo 271, de 28.07.1989), que seguiu o novo Código de Processo Penal de 1988, no art. 146, dispôs expressamente que: "Nas salas de audiências de julgamento, os bancos reservados para o ministério público e para os defensores estão colocados no mesmo nível e de frente ao órgão julgador. As partes privadas se sentam ao lado dos próprios defensores, salvo se houver exigência de cautela. A cadeira destinada às testemunhas é colocada de forma a que tais pessoas sejam visíveis pelo juiz e pelas partes".[36]

Sobre o Processo Penal português, o Juiz do Supremo Tribunal de Justiça Eduardo Maia Costa pondera que o princípio da "igualdade de armas" tem papel central. Para esse autor lusitano é impositivo que haja uma "nova sala de audiências":

"As partes, além de equidistantes do juiz, devem situar-se no mesmo plano. Donde, inquestionavelmente, o Ministério Público não pode conservar o plano proeminente que sempre foi o de órgão de justiça, que lhe impõe sempre um dever de imparcialidade e objectividade idêntico ao do juiz, ele é aí, sobretudo uma das partes em litígio, aquela que formulou a acusação, a qual, é certo, não é obrigado a defender na alegação final, mas que tem o dever funcional de explorar em todas as suas virtualidades em ordem ao seu sucesso. Em síntese, os princípios do acusatório e da igualdade das partes impõem uma estrita igualdade de direitos na audiência entre acusação e defesa, e consequentemente um posicionamento igual na cena judiciária."[37]

No Brasil, a questão pode ser vista sob duas perspectivas.

---

35. GIVENS, David. Posture is power. *Barrister, American Bar Association Press*. vol. 8. p. 15. Chicago, 1981 (spring). Não foi à toa que, em parecer oferecido à Ordem dos Advogados do Brasil, o constitucionalista José Afonso da Silva fez uma inteligente ligação entre a "prerrogativa" dos representantes do Ministério Público em ações penais e o *credo* católico: "...Subiu aos Céus; está *sentado à direita de Deus* Pai Todo-Poderoso" (p. 9).

36. Tradução livre de: "Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco dei propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano aggevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti".

37. COSTA, Eduardo Maia. Para a democratização da sala de audiências. In: LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens (coords.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 359.

A primeira, já assentada desde o início deste arrazoado, é a pouca atenção que o tema tem merecido até agora por parte dos Tribunais pátrios, que se reflete na escassez de precedentes. Já a segunda, que espelha a atualidade do tema e certamente auxilia na reflexão ora em curso nesta Suprema Corte, cuida de manifestações esparsas em demandas individuais e no plano do Direito Processual Penal projetado.

Na primeira das perspectivas, é útil lembrar antigo precedente do Supremo Tribunal Federal, reproduzido na peça inaugural desta ação direta e nas demais manifestações de *amici curiae* que antecederam o IBCCrim.

O Supremo Tribunal Federal, por sua 2.ª Turma, ao apreciar a questão da repartição das salas de audiência em recurso de mandado de segurança, já se defrontou com a questão a partir da dicção do art. 18, I, *a*, da LC 75/1993, em face do art. 400 do Código de Processo Penal Militar.[38] Ali os Ministros disseram que o Ministério Público oficiante perante a Justiça Militar é *parte* e, por isso mesmo, não lhe pode ser dispensado assento no tablado, na mesma bancada da junta militar.

No sobredito *leading case* sustentou-se, dentre outras premissas, que o tratamento igualitário às partes é inerente ao devido processo legal. Daí ser "inegável que o Ministério Público da União junto à Justiça Militar atua como tal, haja vista para a titularidade da ação penal".

Ali, ainda disseram os Ministros do Supremo Tribunal Federal que o art. 18, I, *a*, da LC 75/1993 "não pode ser potencializado a ponto de mesclar juízes e partes", não sendo possível descurar, portanto, que "membros do Ministério Público e advogados estão em igualdade de situação".

Aquele aludido recurso em mandado de segurança foi aparelhado, inclusive, com parecer da Professora Ada Pellegrini Grinover. Esta renomada jurista fez valiosas considerações teóricas sobre o papel das partes no Processo Penal e sobre a própria paridade de armas na audiência penal. Pelo primeiro prisma, ela asseriu ser necessário que:

"As partes representem interesses opostos com relação à definição e à qualificação do fato a ser declarado. A parcialidade das partes é essencial à função jurisdicional no momento da análise, assim como no momento da síntese é-lhe necessária a imparcialidade do juiz."[39]

Ainda nessa perspectiva, arremata a autora:

"Ação e defesa não se exaurem, evidentemente, no poder de impulso e no uso das exceções, mas se desdobram naquele conjunto de garantias que, no arco de todo o

38. STF, 2.ª T., RMS 21.884, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 25.11.1994.

39. Posteriormente o citado parecer foi publicado: GRINOVER, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: *O processo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 313.

procedimento, asseguram às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, utilizando toda a ampla gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente preparar o espírito do juiz. O paralelismo entre ação e defesa é que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade concreta de, em igualdade de condições, exercerem os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos em interesses. Em igualdade de condições, conforme se disse."[40]

O parecer da Profa. Ada Pellegrini Grinover, além de reprovar a "postura corporativa que quer reivindicar para os operadores jurídicos de determinada categoria uma posição de privilégio com relação à outra", criticou as então percebidas "vaidades corporativas".[41]

Na perspectiva da atualidade do tema e, como se notou, manifestações esparsas de integrantes do Poder Judiciário e do Direito Processual Penal projetado, tem-se conhecimento de estudo do Instituto Lia Pires sobre a distribuição espacial de lugares à acusação e à defesa, sobretudo em julgamentos do Tribunal do Júri. De acordo com aquele estudo, no que está coberto de razão, afirma-se que: "não há razão de ordem jurídica, política ou institucional para evitar que a Defesa esteja na mesma posição que o Ministério Público diante dos jurados e da comunidade. Pelo contrário, o processo penal democrático garante a igualdade entre as partes".[42]

No mesmo sentido, há decisão proferida pela 1.ª Vara Criminal e do Juizado Especial Criminal do Foro Regional de Restinga (Comarca de Porto Alegre/RS) em procedimento administrativo movido pela Defensoria Pública que, incidentalmente, tomou por *inconstitucionais* as previsões legais que outorgam ao Ministério Público a prerrogativa de se sentar à direita e no mesmo plano dos Magistrados, distinguindo-se, com isso, da posição de assentos dos Defensores Públicos.[43]

Em São Paulo, Juiz Federal atuante em Vara Criminal daquela Seção Judiciária aforou Reclamação no STF,[44] sob o argumento de que decisão concessiva de man-

40. GRINOVER, Ada Pellegrini. Idem, p. 314.

41. Idem, p. 317-318. A própria "vaidade" foi ressaltada por José Afonso da Silva, em parecer que acompanhou a peça vestibular desta ação direta, quando, justamente ao criticar a "prerrogativa conferida aos membros do Ministério Público", tomou-a como tal (p. 9).

42. Na pesquisa desenvolvida pelo referido Instituto, noticiou-se julgamento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (MS 35/2004, 7.ª Câm. Criminal, j. 03.11.2004, rel. Des. Eduardo Mayr).

43. Procedimento Administrativo 2/2011, decidido pelo Juiz de Direito Mauro Caum Gonçalves, em 19.06.2011. Na fundamentação daquela decisão colheu-se entendimento, que se sustenta neste trabalho, de que o Ministério Público em processo criminal é *parte* e não "fiscal da lei".

44. Reclamação 12.011, sob a relatoria de Vossa Excelência. Na tal ação constitucional, foram admitidos como *amici curiae* o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a As-

dado de segurança pelo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região tratou de matéria que diz respeito a toda a Magistratura nacional, especificamente no que tange à repartição de espaços em salas de audiência.

A questão ali exposta tem a ver com o disposto na Portaria 41, de 01.12.2010, que determinou "a adequação da sala de audiências" para que se retirasse o "tablado sob a mesa e assento reservados ao Juiz Federal, de modo que todos os presentes fiquem no mesmo plano". Aquela Portaria ainda determinou que fosse providenciado para o representante do Ministério Público Federal lugar no primeiro assento imediatamente do lado direito do Juiz, seguindo-se do mesmo lado com os assentos dos dignos Defensores Públicos Federais, Advogados constituídos, dativos e *ad hoc*.

Dentre os *consideranda* da Portaria em tela, extraem-se "o princípio processual constitucional da isonomia ou paridade de armas entre as partes, bem assim a necessária equidistância e imparcialidade material e formal do juiz".[45]

Em 13.04.2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também se defrontou com a matéria em apreço. Ali, conquanto tenham sido feitas considerações teóricas importantes para o deslinde do tema, o procedimento foi extinto sem apreciação do mérito, em razão de pender decisão deste STF, fato que, ao entendimento do Conselheiro relator, impediria manifestação definitiva do CNJ.[46]

E, ainda mais recentemente, em procedimento que teve curso na Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu-se aprovar o pedido, inicialmente formulado em primeiro grau pela Defensoria Pública, de retirar a mesa do Promotor de Justiça da direita do Magistrado da Comarca de Passa Quatro durante as audiências e sessões do Tribunal do Júri, justamente para se dar concretude ao que ali se nomeou como princípio da "igualdade das partes".[47]

No âmbito do Projeto de Lei de reforma global do Estatuto Processual Penal (PL 8.045/2010), o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) sugeriu emenda modificativa, de forma a que, no Tribunal do Júri, o Ministério Público tenha "as-

---

sociação Nacional dos Defensores Públicos, a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais e a Defensoria Pública da União. Na ADIn 3.962, a Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra) também questiona a distribuição espacial nas salas de audiência. Como Vossa Excelência entendeu que aquela entidade não teria legitimidade ativa para propor a demanda objetiva, monocraticamente indeferiu o pedido. Tal feito ora se encontra em fase de agravo de instrumento.

45. Portaria 41/2010, itens I e II.

46. Consulta 0000422-19.2011.2.00.0000, decisão de 13.04.2012, rel. Conselheiro Marcelo Nobre. O questionamento no STF que impediu que o CNJ se manifestasse sobre o tema é o da Rcl 12.011.

47. Processo 63320/2013, Despacho/ofício 4330673/2013, Juiz Auxiliar da Corregedoria Wilson Almeida Benevides, 09.07.2013.

sento em posição de igualdade e equidistância com o defensor, em relação ao juiz presidente", e que o Acusado o tenha "ao lado de seu defensor".

Todas essas manifestações esparsas têm como ponto central a distribuição dos espaços físicos às partes em salas de audiência e tocam exatamente nas inconstitucionalidades que são o objeto desta ação direta.

Os dispositivos questionados não escondem a proximidade (simbólica, inclusive) entre julgador e parte.

A discussão acerca da configuração arquitetônica das salas de audiência apenas reflete a essência da questão, ou seja, é a aparência da raiz do problema. O *cerne* da questão é a congruência entre a disposição espacial e o tratamento igualitário que se deve dispensar às partes. Daí porque é conveniente a repartição espacial das salas de audiência, de forma a que se respeite – inclusive simbolicamente – a igualdade de tratamento que merecem Acusador e Acusado, juntamente a seu defensor.

Em casos em que se prevê a proximidade entre Ministério Público e Juiz (seja no mesmo tablado, seja em altura distinta, mas guardada a prerrogativa de se sentar à direita do Juiz), a repartição espacial ainda hoje prevalecente no Brasil sevicia mortalmente a paridade de armas.

Tal repartição significa a potencialidade de o Acusador ser visto, pelo Acusado e seu Defensor, como mais próximo ao Juiz do que eles, e de externamente o titular da ação penal ser confundido com o Juiz, ou com algum auxiliar deste último.

Nenhuma dessas situações é aceitável. *Nenhuma* delas deve ser prestigiada.

Sob qualquer prisma, a proximidade física entre Acusador e Julgador é indicativa de que os argumentos acusatórios podem ser mais bem recebidos do que os do Acusado e seu Defensor, mesmo que concretamente não venham a sê-lo. Pior: estimula-se associação inconsciente (os "imparciais" ou "representantes da sociedade" contra o "distante" Acusado), mesmo que as instituições sejam compostas por pessoas imbuídas dos espíritos mais esclarecidos sobre a atuação funcional de cada um.

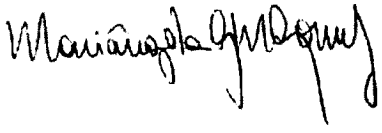
Além disso, a distribuição espacial em salas de audiência atualmente preponderante no Processo Penal brasileiro fere a paridade de armas porque potencializa a desvantagem do Acusado perante o Acusador, em circunstância na qual a oralidade dos argumentos impõe que a ambos seja dado rigorosamente o mesmo tratamento.

Em abordagem de Direito Processual Penal Comparado, o Prof. Wessel Le Roux lembra que "se a comunidade jurídica é empenhada na proteção do direito a um julgamento justo, então ela deve também adquirir um maior interesse nas dimensões funcionais, mas ainda mais simbólicas, do ambiente arquitetônico no qual a justiça é diariamente atuada".[48]

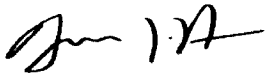
48. Tradução livre de: "If the legal community is committed to the protection of the right to a fair trial, then it must also take a greater interest in the functional but even more so the

Esta é a manifestação do IBCCrim, por meio da qual requer seja julgada *procedente* a ação direta de inconstitucionalidade, afastando-se do cenário jurídico, por *inconstitucionais*, os dispositivos constantes dos arts. 18, I, *a*, da LC 75/1993 e 41, XI, da Lei 8.625/1993.

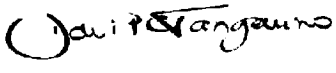
De São Paulo para Brasília, 26 de setembro de 2013.



Mariângela Gama de Magalhães Gomes
OAB/SP 163.301
Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



ALBERTO ZACHARIAS TORON
OAB/SP 65.371



DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO
OAB/SP 200.793

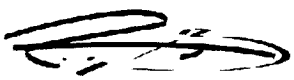


DIOGO RUDGE MALAN
OAB/RJ 98.788

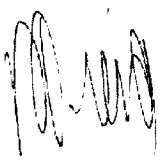
---

symbolic dimensions of the architectural environment in which justice is daily enacted" (LE ROUX, Wessel. The right to a fair trial and the architectural design of court buildings. *The South African Law Journal*. n. 122. p. 315. Western Cape, 2005).

LUCIANO FELDENS
OAB/RS 75.825



PIERPAOLO CRUZ BOTTINI
OAB/SP 163.657



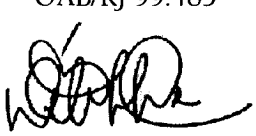
RENATO STANZIOLA VIEIRA
OAB/SP 189.066

Tainá Machado de A Castro

TAINÁ MACHADO DE ALMEIDA CASTRO
OAB/DF 33.556



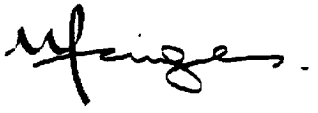
ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
OAB/RJ 99.485



DEBORA MOTTA CARDOSO
OAB/SP 137.575



HELOISA ESTELLITA
OAB/SP 125.447



MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES
OAB/SP 155.546



RAFAEL LIRA
OAB/SP 294.504



SALO DE CARVALHO
OAB/RS 34.749



THIAGO BOTTINO
OAB/RJ 102.312

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Layout* processual penal na perspectiva constitucional, de Paulo Maycon Costa da Silva – *RT* 914/267 (DTR\2011\4973); e
- Paridade de armas no processo penal, de Renato Stanziola Vieira – *RBCCrim* 105/271 (DTR\2013\11622).

Pleito da DPU/Manaus na Justiça Federal do Amazonas

Plea of the DPU/Manaus in Federal Justice From

Caio Cezar de Figueiredo Paiva
Especialista em Ciências Criminais.
Defensor Público Federal – DPU/Manaus.

Área do Direito: Processual; Penal

Excelentíssimo Senhor Juiz da 4.ª Vara Federal de Manaus – Seção Judiciária do Amazonas

Procedimento Administrativo
Processo de Assistência Jurídica – PAJ n. 2014/007-00079

"Sixto Martinez fez o serviço militar num quartel de Sevilha. No meio do pátio desse quartel havia um banquinho. Junto ao banquinho, um soldado montava guarda. Ninguém sabia por que se montava guarda para o banquinho. A guarda era feita porque sim, noite e dia, todas as noites, todos os dias, e de geração em geração os oficiais transmitiam a ordem e os soldados obedeciam. Ninguém nunca questionou, ninguém nunca perguntou. Assim era feito, e sempre tinha sido feito. E assim continuou sendo feito até que alguém, não sei qual general ou coronel, quis conhecer a ordem original. Foi preciso revirar os arquivos a fundo. E, depois de muito cavoucar, soube-se. Fazia trinta e um anos, dois meses e quatro dias, que um oficial tinha mandado montar guarda junto ao banquinho, que fora recém-pintado, para que ninguém sentasse na tinta fresca" – Eduardo Galeano.[1]

A *Defensoria Pública da União*, por meio deste Defensor Público Federal signatário, vem, com fundamento nos arts. 4.°, § 7.°, e art. 44, XIII, ambos da LC 80/1994, dar início ao presente *procedimento administrativo*, o que o faz nos seguintes termos.

1. Citado por Casara, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 384, no início do capítulo intitulado "O lugar do Ministério Público no processo penal democrático: a concepção cênica da sala de audiências".

1. OBJETO DA DEMANDA

Pretende-se, com esse procedimento de natureza *administrativa*, questionar a (in)constitucionalidade da manutenção do assento reservado ao Ministério Público *no mesmo plano imediatamente ao lado direito* dos juízes, prerrogativa essa inserida na Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 18, I, *a*, da LC 75/1993). Ressalte-se, portanto, de início, que a insurgência não se volta contra a prerrogativa de assento *à direita* dos juízes, o que, diversamente do que dispõe a LOMPU, é previsto na Lei Orgânica *Nacional* do Ministério Público (art. 41, XI, da Lei 8.625/1993).

À defesa não interessa, por certo, *quem* tomará assento à *direita* ou à *esquerda* do magistrado, mas sim que a estrutura cênica da sala de audiências favoreça um ideal de paridade de armas e igualdade entre as *partes* no processo penal, assim como represente uma ruptura com um passado/presente de concessão de privilégios indevidos, prosseguindo rumo a uma verdadeira *democracia processual*.

2. AFINAL DE CONTAS, O QUE É O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO?

Compreender *o que é* o Ministério Público no processo penal brasileiro se afigura indispensável para a assimilação dos contornos da presente demanda. Uma bela síntese da sua importância foi apresentada por *Pimenta Bueno*, que advertia para o fato de que "*As leis penais não têm vida senão pela ação dele* [do Ministério Público]".[2]

Uma incursão por suas origens fugiria do estreito objeto desta pretensão, mas, a fim de estabelecer uma *contradição* entre o "por que" de seu nascimento e o que se vivencia, hoje, na prática penal, parece-me oportuno uma brevíssima nota.

A identidade histórica do *nascimento* do Ministério Público é motivo de divergência entre os estudiosos, sendo que, para essa ocasião, parece ser o bastante a lição de *Hélio Tornaghi*, para quem "o Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto de ato legislativo. Foi-se formando paulatinamente, foi ajuntado em torno de si várias funções espalhadas em diferentes mãos, foi-se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou". E conclui *Tornaghi* dizendo que onde ele, o MP, "aparece pela primeira vez com todas as suas características atuais é na França, em consequência da reação dos reis contra o poderio dos senhores feudais".[3]

---

2. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Ed. RT, 1959. p. 127.

3. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal – Volume 1*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 479-480.

Seja como for, o que se mostra fora de discussão é que o Ministério Público surgiu, na história, a partir de uma *necessidade*, qual seja a de superar a acumulação das funções de investigar, acusar e julgar nas mãos de uma só pessoa: o inquisidor/juiz. Daí *Aury Lopes Jr.* dizer, com acerto, que o Ministério Público é uma "parte fabricada".[4]

Roxin também identifica como sendo um dos principais objetivos perseguidos e alcançados com a criação do Ministério Público a abolição do processo inquisitório, porquanto "al ser transmitida la recolección del material probatorio en el procedimiento preliminar al Ministerio Público y ser confiada la administración de justicia a la actividad complementaria de dos funcionarios judiciales, independientes el uno del otro, las del Ministerio Público, por un lado, y las del tribunal, por el otro, el juez alcanzó, por primera vez, la posición de juzgador imparcial del contenido de la acusación, que no reunió un puso él mismo".[5] No mesmo sentido, *Julio Maier* assevera que

"La necesidad de superar el esquema de la inquisición tradicional, que concluía estableciendo un mismo funcionario para averiguar la verdad y para decidir (el juez inquisidor), que desconocía, en general, la defensa del imputado, y que asimilaba el procedimiento a una encuesta escrita, cuyo único fin era conocer la verdad, condujo a la búsqueda de otro funcionario estatal, distinto y separado de los jueces, para cumplir la misión de perseguir penalmente, representar a la acusación en los debates, restablecidos como métodos para legitimar la decisión, y, de esa manera, a crear un *contradictor* para el imputado y su defensor, ahora admitiéndose plenamente en el debate, con el objetivo de practicar la defensa e influir en la sentencia. *Ese funcionario fue y es el fiscal, cuyo nombre subsistió en la lengua castellana, bajo la organización del oficio del ministerio público penal, que se ocupa de acusar y representar a la 'parte acusadora' en los debates penales.*"[6] – p. 31.

No Brasil, o MP recebeu um tratamento singular do constituinte de 1988, que lhe conferiu uma importância inédita na nossa história e também no direito comparado,[7] não sendo possível, conforme elucida *Paulo Gustavo Gonet Branco*, "apontar outra instituição congênere de algum sistema jurídico aparentado ao nos-

4. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 737: "(...) o MP foi uma *parte fabricada* para possibilitar o sistema acusatório e garantir a imparcialidade do julgador".

5. ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. In: MAIER, Julio B. J. (compilador). *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 40.

6. MAIER, Julio B. J. El Ministerio Público: ¿un adolescente? In: _____ (compilador). *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires Ad-Hoc, 1993. p. 31 (grifei).

7. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1037, em coautoria com Mendes, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires.

so a que se possa buscar socorro eficaz para a tarefa de melhor compreender a instituição como delineada aqui atualmente".[8]

No que se relaciona, especificamente, à matéria penal, e aqui passo a abordar, pois, a pergunta que ilustra esse tópico, destaca-se, dentre as suas funções institucionais, a de "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (art. 129, I, da CF), e também o seu perfil de *fiscalizador* da execução da lei (art. 257, II, do CPP).

Sobre o primeiro ponto, isto é, aquele relativo ao monopólio da ação penal (pública), decorre, conforme destaca *Lauria Tucci*, "induvidosamente, que, na ação penal de conhecimento de caráter condenatório, o Ministério Público é uma das partes, parte em sentido processual".[9] Assim, o *bônus*, visto na assunção da responsabilidade privativa da ação penal pública, deve ser acompanhado do *ônus*, que se mostra em não apenas *comportar-se* como parte, mas, sobretudo, ser *tratado* como.

Visto como parte prossegue-se para, novamente sem muito avançar, pois essa não seria uma premissa absolutamente necessária para que se defenda a o presente pleito, deve-se negar ao Ministério Público a – estranha – qualidade de "parte imparcial", que, segundo a lição de *Gustavo Badaró*, "é incompatível com o processo penal acusatório, que exige um processo no qual haja uma dualidade de partes, em igualdade de condições, e com interesses distintos. Definido o sistema, os sujeitos que nele atuam devem ter a sua função determinada coerentemente com os ditames do modelo processual escolhido. Em um processo penal verdadeiramente acusatório, é necessário rever a posição do Ministério Público como parte imparcial".[10]

Nesse sentido é a lição, também, de *Frederico Marques*, que já advertia para o fato de que

"Não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação; existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado."[11]

A provocação de *Frederico Marques* não deixa espaço para se retorquir a *parcialidade* do Ministério Público: se o acusador público, órgão do Estado, é imparcial,

8. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. *Curso de direito constitucional*, p. 1037.

9. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 186.

10. BADARÓ. Gustavo. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 194.

11. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1965. vol. 2, p. 40-41.

por que a necessidade de se ter outro órgão, também estatal, pra julgar o caso penal? Indo além: há *espaço* para a atuação de *dois* sujeitos imparciais no processo penal? Passando por questionamentos mais *laterais*, indago: Um sujeito imparcial denunciaria no caso de *dúvida*? Pleitearia a sujeição do réu à Júri no caso de *dúvida*?

O estranhamento é tamanho que *Carnelutti*, refletindo sobre o tema, perguntara: "não é quadrar o círculo construir uma parte imparcial?".[12]

Prosseguindo, não se trata, também, de atribuir ao MP a pecha de um "acusador implacável", pois, como agente público, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade etc., princípios estes que explicam, por exemplo, que eventualmente aja em benefício do acusado.

Igualmente, não há que se extrair da previsão legal de sua suspeição/impedimento a *fonte* da – avocada – imparcialidade. Fosse assim, também os membros da Defensoria Pública seriam imparciais, haja vista sujeitarem-se aos mesmos óbices do impedimento e da suspeição (arts. 45, VI, e 47, ambos da LC 80/1994 – relativo à Defensoria Pública da União), além de estarem legalmente autorizados a "deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio (...)" (art. 44, XII, da LC 80/1994).

A *questão*, longe de se tratar de um mero "debate doutrinário", passa por diversos valores fundamentais para um processo penal acusatório e de natureza democrática, a exemplo da paridade de armas, devido processo legal, isonomia no tratamento e amplitude das formas de se exercitar a defesa e o contraditório.

Identificando perfeitamente o quão *retórico* é esse discurso da imparcialidade do Ministério Público, *João Gualberto Garcez Ramos* chama a atenção para o fato de que

"É 'confortável', sem dúvida, para o acusador – para o acusador apaixonado pelo objetivo de condenar certo acusado, digamos – passar-se por imparcial. Esse 'papel', que parte da doutrina processual penal insiste em lhe dar, acaba por fortalecer despropositadamente sua posição processual diante do caso concreto e, genericamente, as teses de condenação que eventualmente postular. É deveras intuitivo o desconforto imposto ao 'arguido' de se ver perseguido criminalmente por alguém que em um momento é seu acusador e em outro é juiz imparcial. Tamanha fluidez das funções do *Ministério Público* não pode ser positiva para a garantia de um processo penal verdadeiramente democrático."[13]

Com isso, finaliza-se esse tópico, encerrando a reflexão provocada em seu título, com a conclusão de que *não existem acusadores imparciais* e que, conforme a lição

12. Citado por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice*. Boletim n. 200, IBCCrim, jul. 2009.

13. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 316-316.

de *Gustavo Badaró*, "melhor para a sociedade, para o juiz e para o próprio acusado que o Ministério Público assuma, de uma vez por todas, o seu papel de parte acusadora, com todas as consequências que isso acarretar".[14]

3. A CONCEPÇÃO CÊNICA DA SALA DE AUDIÊNCIAS: (DIS)PARIDADE DE ARMAS E (DES)IGUALDADE NO TRATAMENTO PROCESSUAL

No tópico anterior, ao registrar uma brevíssima síntese da origem do Ministério Público, antecipei que tal expediente assumiria importância para que se apontasse, depois, uma *contradição* com o comportamento atual da instituição. *Nascido* para que julgador e acusador finalmente não fossem mais confundidos, quis o Ministério Público, "hoje", um privilégio que definitivamente não se ajusta com a independência e autonomia de que goza: *o assento ao lado do juiz*.

"Lei Complementar n. 75/1993

Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

(...)

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

I – institucionais:

a) Sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem."

Entre *viver* a independência/autonomia da instituição, resultado de séculos de aprimoramento que veio a se concretizar, no Brasil, na ambiciosa *Seção I do Capítulo IV* da CF/1988, e confundir-se com a magistratura, o Ministério Público optou, lamentavelmente, pela segunda.

Não se encontra outra explicativa para tal constatação senão uma gravíssima *crise de identidade*, um anseio aparentemente reprimido de *ser* o julgador, quando deveria, ao contrário, assumir-se como parte e, consequentemente, ocupar o *seu lugar de fala*, qual seja, *de frente* com o acusado.

Diversamente do que possa parecer à primeira vista, o pleito pela mudança da estrutura/concepção cênica da sala de audiências não é despido de interesse prático, já que, conforme advertem *Rubens Casara e Antonio Melchior*, todos os procedimentos judiciais, toda a composição e símbolos dos tribunais, e também a posição de cada um dos protagonistas da relação processual, tudo conspira à solução do caso penal. E avançam os autores para dizer que

"A disposição cênica da sala de audiência é uma forma de comunicação que é recebida, consciente e, por vezes, inconscientemente, pelas partes, pelo juiz e pela popula-

14. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*, p. 195.

ção. A proximidade física de uma das partes com o juiz, ambos presentando o Estado, gera no imaginário popular a impressão de promiscuidade funcional, de contaminação da imparcialidade, não raro confirmado por conversas ao pé do ouvido entre o acusador e o julgador. Tal fenômeno é refletido em várias pesquisas, cujos resultados são conhecidos, nas quais resta demonstrado que as pessoas não conhecem as verdadeiras funções do Poder Judiciário e do Ministério Público na justiça criminal. 'O juiz me acusou' e o 'promotor me julgou' são frases cotidianamente percebidas e que acabam por contribuir para distanciar ainda mais as agências estatais da população."[15]

Nesse mesmo sentido, o Juiz Federal *Ali Mazloum*, responsável por uma das sentenças que determinara a mudança em sala de audiências, afirma que

"Não é difícil imaginar a sensação de desconforto, desconfiança e aflição dos acusados em geral, ao constatarem na sala de julgamentos a figura do órgão acusador ao lado do julgador, conversando, rindo, cochichando, etc... É perceptível a reação diferenciada de testemunhas quando indagadas pelo acusador, sentado ao alto e ao lado do juiz, e depois pelo advogado, sentado no canto mais baixo da sala ao lado do réu. É preciso colocar em pé de igualdade, formal e material, acusação e defesa. É hora de dar um basta a toda essa excrescência de natureza militar, ditatorial, sem qualquer justificativa democrática."[16]

Um *confronto* justo e franco entre acusador e acusado, esse, por certo, tendo ao seu lado a defesa técnica (Defensor Público ou Advogado), se faz *de frente*, como sujeitos parciais devem se *enfrentar*, respeitosamente. Perceba-se, portanto, que a Defensoria, ao menos nesse pleito aqui apresentado, não quer *subir* para o lado do juiz, pois ainda se recorda *a que veio*, a quem defende e, principalmente, *o quê* defende. Tanto é assim que a LC 80/1994 assegurou aos Defensores o assento "no mesmo plano do Ministério Público" (art. 4.º, § 7.º), e não no lugar reservado ao Tribunal. *A Defensoria se orgulha de tomar assento ao lado do réu/necessitado.* O que se pretende, pois, é que o Ministério Público *desça* e, como parte que é, seja alocado no seu devido lugar.

Surpreende – negativamente, a meu sentir – a informação passada por *Geraldo Prado* de que "em nenhum outro país o Ministério Público com atuação na área criminal senta-se no lugar destinado ao tribunal, isto é, ao lado do juiz. Não se trata de um problema na Europa ou nos Estados Unidos da América, pois quando o Ministério Público conquistou autonomia em face do juiz, com o fim da inquisição, conquistou, consequentemente, o direito de não ser confundido com o tribunal. Trata-se de direito do Ministério Público".[17]

---

15. CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro – Vol. 1.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 384-385.

16. Trecho extraído da inicial da Rcl 12.011 ajuizada pelo magistrado citado. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/reclamacao-juiz-ali-mazloum-assento-mp.pdf].

17. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 192.

Mantendo-se o acusador *no mesmo plano e imediatamente ao lado* do julgador cria-se um cenário de (dis)paridade de armas entre as partes e, também, uma (des) igualdade no tratamento processual, na medida em que se provoca, visualmente, uma sensação de "dois contra um", ou seja, acusador e julgador, juntos, lado a lado, *contra* o réu.

Promovendo um perfeito *enlace* entre a concepção cênica da sala de audiências e o direito à igualdade e à paridade de armas no processo penal, *Maria Lúcia Karam*, com a contundência que lhe é peculiar, defende que "A igualdade entre as partes, a paridade de armas, a posição no mínimo equivalente entre Defesa e Acusação, exigem que o Ministério Público esteja colocado nas salas de audiências e sessões de quaisquer juízos ou tribunais (naturalmente aí incluído o próprio STF) em lugar em tudo semelhante ao que estiver reservado a quem exerce a Defesa". E prossegue *Karam* concluindo que

"O equilíbrio entre Acusação e Defesa se revela também na forma como são vistos o Ministério Público, de um lado, e o réu e seu advogado ou defensor, de outro. Não se pode ver o Ministério Público como mais sério, mais honesto, desinteressado, 'heroico' defensor da sociedade, 'fiscal da lei', enquanto o réu e seu advogado ou defensor estariam dispostos a tudo para evitar a condenação. Essa é uma visão que, além de ser falsa, coloca a Acusação em posição superior à da Defesa. E se uma parte está em posição superior à outra, não há equilíbrio, não há igualdade, não há verdadeiramente contraditório. Essa é uma visão, que, além de ser falsa, é preconceituosa. E, no processo, não podem existir preconceitos. Se o juiz for contaminado por preconceitos, não será imparcial."[18]

Não há sequer um *conflito* de interesses legítimos a ser resolvido nessa questão, o que exigiria de Vossa Excelência um trabalho decisório de sopesamento. Há, sim, de um lado, um *privilégio* travestido de "prerrogativa" do Ministério Público, e, de outro lado, uma série de razões que justificam a mudança da sala de audiências, com a consequente *descida* do Ministério Público para o *local de parte*, a exemplo da imagem de imparcialidade que o Poder Judiciário deve passar para os cidadãos, a garantia da paridade de armas e, principalmente, a igualdade substancial entre as partes.

Finaliza-se o presente tópico, assim, invocando como conclusão a lição de *Rubens Casara e Antonio Melchior*, quando afirmam que "A igualdade entre as partes há de ser entendida em sentido material e dinâmico, com o equilíbrio em todos os aspectos capazes de influir (consciente ou inconscientemente) na construção dialética da sentença penal. Impossível querer impor a legislação infraconstitucio-

18. KARAM, Maria Lúcia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 404.

nal de regência do Ministério Público quando em flagrante oposição às normas e diretrizes constitucionais".[19]

4. SITUAÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA

Uma *radiografia* completa do panorama jurisprudencial a respeito deste tema, com dados sobre decisões de juízes singulares, Tribunais Estaduais e Regionais Federais, certamente demandaria uma pesquisa mais extensa, o que talvez fugisse dos estreitos limites deste *procedimento administrativo*.

Abro, porém, esse tópico para demonstrar ao menos que a *questão* segue "aberta" para discussão, inclusive pela primeira instância do Poder Judiciário, porquanto não há nenhum precedente vinculante nem orientação administrativa com natureza de definitiva que impeça a *mudança*.

Tem-se, hoje, resumidamente, no STF, a Rcl 12.011 (ajuizada pelo Juiz Federal Ali Mazloum) e a ADIn 4.768[20] (ajuizada pelo Conselho Federal da OAB), ambas *pendentes de julgamento*. Ainda no STF, há o RMS 21.884 (rel. min. Marco Aurélio), no qual, por unanimidade, a 2.ª Turma decidiu pela impossibilidade de os membros do MP tomarem assento na mesma *bancada* reservada aos juízes dos Conselhos de *Justiça Militar*.

Prosseguindo, encontram-se, também, alguns precedentes no STJ, valendo destacar o recente RMS 23.919, julgado pela 2.ª Turma em 05.09.2013, no qual se preservou a "prerrogativa" de o Ministério Público ter o assento à direita e no mesmo plano do magistrado. O relator deste RMS, o Min. *Mauro Campbell Marques*, antes de ingressar no STJ, foi membro do Ministério Público por mais de 20 anos, o que talvez explique a *naturalidade* com a qual apreciou o caso...

No Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, dentre outros precedentes, destacam-se, pela atualidade, a Consulta 0000422-19.2011.2.00.0000 e o Procedimento de Controle Administrativo 0001023-25.2011.2.000000, ambos, advirta-se, julgados *extintos* em razão de a matéria já se encontrar judicializada no STF a partir da Reclamação e da ADIn supracitadas.

Logo, como dito, o tema segue "aberto" e passível de definição por esta primeira instância.

---

19. CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro – Volume 1*, p. 387.

20. Cf. a bela fundamentação apresentada na petição de ingresso como *amicus curiae* do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/ADI_n._4768_Concepcao_cenica_em_salas_de_audiencia_criminal-Memorial.pdf].

5. TRADIÇÃO (?) VS. CONSTITUIÇÃO: CORAGEM DO PODER JUDICIÁRIO EM DAR UM "BASTA" NAS DISCRIMINAÇÕES ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL

Sempre que se coloca para discussão o tema a respeito do assento do Ministério Público ao lado e no mesmo plano do julgador ouve-se, inevitavelmente, o argumento de que a mudança ofenderia uma *tradição*. Não se pode negar a *inteligência* dessa tática, pois, afinal de contas, as maiores atrocidades na história da civilização foram cometidas em respeito a uma... *tradição*.

Já tivemos a *tradição* de torturar acusados, jogar "bruxas" na fogueira, escravizar negros, desrespeitar os direitos das mulheres, sujeitar animais a *entretenimento* degradante, enfim, somos pródigos em *criar* uma tradição para justificar o que a nossa própria consciência reprime ou, também, para explicar o que, racionalmente, não daríamos conta. *Nietzsche* já havia questionado:

"E o que é a tradição? Uma autoridade superior à qual se obedece, não porque ordene o *útil*, mas porque *ordena*. – Em que esse sentimento de tradição se distingue de um sentimento geral de medo? É o temor de uma inteligência superior que ordena, de um poder incompreensível e indefinido, de alguma coisa que é mais que pessoal – há *superstição* nesse temor."[21]

Sobre o tema, o Juiz Federal *Ali Mazloum*, já citado aqui, também provoca, indagando "Que tradição seria essa de se sentar a acusação ao lado do julgador?", e ele próprio responde dizendo que

"Durante a ditadura militar instaurada a partir do golpe de 1964, o assento do acusador nas sessões de julgamento galgou o estrado e aferrou-se à mesa de trabalho do juiz, não por motivos legais, nobres ou de justiça, mas como lembrete da onividência castrense sobre a atividade judiciária. O MPF, na época, agia como uma espécie de *longa manus* do regime.

(...)

Não sendo essa a tradição reivindicada pelo MPF, existe outra, de natureza religiosa, decorrente das diversas passagens do Novo Testamento, que mostram que o centro de tudo é Deus (ou o Pai como Jesus o chamava) e é o lugar daquele que detém a autoridade máxima, seguido do lugar à sua direita, reservado a Jesus Cristo.

(...)

Ora, nem o Judiciário é Deus, nem o MPF deveria ter a pretensão de ser filho da divindade. Ademais, acovilhar tradição religiosa em Estado laico para garantir um lugar ao lado do juiz constitui afronta direta à Constituição Federal."[22]

---

21. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora*. Trad. Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2013. p. 35.

22. MAZLOUM, Ali. Julgamento deve refletir isonomia entre carreiras. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-fev-28/salas-julgamento-refletir-igualdade-direito-entre-carreiras].

Estaria tal *tradição* acima da Constituição Federal, a qual garante a igualdade e o devido processo legal, garantias que abrigam, por certo, a paridade de armas entre as partes?[23] A resposta só pode ser evidentemente negativa.

Para que seja modificado esse cenário de discriminação entre as partes no processo penal é preciso, porém, não apenas o conhecimento jurídico e a liberdade para julgar conforme o que considera justo e razoável, mas também uma dose de *coragem* pelo Poder Judiciário, já que estamos no infértil terreno das *vaidades*. No entanto, conforme a lição de *Ada Pellegrini Grinover*, "O juiz penal tem o compromisso constitucional de assegurar as garantias do acusado, cabendo-lhe velar pela observância da 'par condicio', como equilíbrio das partes no processo".[24]

O que aqui se pleiteia, portanto, é que o Judiciário – já tardiamente – dê um *basta* na discriminação entre as partes no processo penal. Acusador e acusado/defesa devem ser tratados de forma igualitária, sem qualquer tipo de privilégio. E o assento na sala de audiências assume uma feição *simbólica* importantíssima no imaginário daqueles que transitam pelo fórum, principalmente para os acusados, que têm dificuldade para compreender que o seu acusador senta-se ao lado e no mesmo plano de quem irá julgá-lo.

Por essas razões, imperioso se faz reconhecer a *inconstitucionalidade* do art. 18, I, *a*, da LC 75/1993, ou ao menos atribuir-lhe uma *interpretação conforme a Constituição Federal*, de modo que o seu texto somente pode ser considerado constitucional quando garante assento ao Ministério Público na exclusiva qualidade de fiscal da lei, pois, segundo adverte *André Nicolitt*, "nas causas de família, na ação penal privada, não há problema no fato de o Ministério Público tomar assento imediatamente à direita do juiz e no mesmo plano, todavia, quando o Ministério Público atua como autor da ação penal, como parte interessada no processo, tal previsão é uma afronta aos princípios insculpidos na Constituição".[25]

6. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Embora acredite que o contrário não tenha transparecido durante o texto, deixo clara a minha admiração e o meu respeito pelo Ministério Público, instituição de importância singular no Estado de Direito, que deve conviver, porém, com as críticas que lhe são endereçadas.

---

23. Nesse sentido, votou o Min. Marco Aurélio no já citado, aqui, RMS 21884, sobre a estrutura da sala de audiências na Justiça Militar, dizendo que "(...) Assim o é porquanto, no conceito de devido processo legal, está abrangido o tratamento igualitário às partes no processo e é inegável que o Ministério Público da União junto à Justiça Militar atua como tal (...)".

24. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo, 1985, p. 138.

25. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 36.

Diante de todo o exposto e considerando:

I. Que nenhum outro país reserva assento ao Ministério Público (na ação penal pública condenatória, ao menos) imediatamente ao lado direito e no mesmo plano do julgador;

II. Que os jurisdicionados, principalmente réus e testemunhas, devem receber uma *imagem* de imparcialidade do Poder Judiciário, o que resta prejudicado quando julgador e acusador tomam assento lado a lado;

III. Que o Ministério Público *nasceu* para abolir o sistema inquisitório e para se diferenciar, portanto, do julgador, e não para com ele se confundir;

IV. Que uma tradição herdada da ditadura militar ou de natureza religiosa, ou, ainda, seja qual for a sua origem, não pode se sobrepor à Constituição Federal;

V. Que a Constituição Federal garante a igualdade e o devido processo legal (art. 5.º, *caput* e LIV), direitos que abrigam, como ressaltado anteriormente, a paridade de armas;

VI. Que o juiz tem o compromisso constitucional de garantir e, sobretudo, efetivar esses direitos;

Requer-se:

a) Seja o MPF instado a se manifestar no prazo de dez dias (analogia com o que dispõe o art. 44 da Lei 9.784/1999);

b) Seja determinada, após o *reconhecimento incidental da inconstitucionalidade* do art. 18, I, *a*, da LC 75/1993,[26] ou, caso assim não entenda Vossa Excelência, após a *interpretação conforme a CF para que a norma subsista apenas nos casos de atuação na exclusiva condição de fiscal da lei* (ação penal privada, por exemplo), *a mudança na estrutura da sala de audiências* dessa Vara para que o Ministério Público ocupe o mesmo assento reservado às *partes*, *preferencialmente de frente com o acusado e distante do julgador*.

Manaus, 13 de janeiro de 2014.

Caio Cezar de Figueiredo Paiva

Defensor Público Federal

---

26. Reitero que o pleito não abrange o art. 41, XI, da Lei 8.625/1993, que apenas assegura ao MP o assento "*à direita*" dos juízes, o que não se confunde, por certo, com sentar-se "ao lado" nem "no mesmo plano".

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A atuação complementar do Ministério Público no processo penal, de Leônidas Ribeiro Scholz – *RT* 719/372 (DTR\1995\387); e
- A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal, de Hugo Nigro Mazzilli, *RT* 805/464, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/823 (DTR\2002\507).