55906

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 91 • jul.-ago. / 2011

Revista Brasileira de **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 19 • vol. 91 • jul.-ago. / 2011

Presidência
Marta Saad
Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa.

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Bruno Shimizu, Heloísa Estellita e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, Andrei Zenkner Schmidt, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, 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, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovani Agostini Saavedra, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sanches Rios e Sérgio Salomão Shecaira.

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 Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luis 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, 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 Cecilia Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María 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 19 • vol. 91 • jul.-ago. / 2011

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN1415-5400

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 19 • vol. 91 • jul.-ago. / 2011

Presidência
Marta Saad

Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa

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.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
ANTONIO BELINELO

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
Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

Impresso no Brasil: [08-2011]
Profissional
Fechamento desta edição: [11.08.2011]



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2011/2012

Diretoria Executiva

Presidente
Marta Saad

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Ivan Martins Motta

1.º Secretária
Mariângela Gama de Magalhães Costa

2.º Secretária
Helena Regina Lobo da Costa

1.º Tesoureiro
Cristiano Avila Maronna

2.º Tesoureiro
Paulo Sérgio de Oliveira

Assessores da Presidência
Adriano Galvão
Rafael Lira

Conselho Consultivo

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Coordenadorias Regionais e Estaduais
Adriano Galvão

Cursos
Fábio Tofic Simantob

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Fernanda Carolina de Araújo

Internet
João Paulo Martinelli

Mesas de Estudos e Debates
Eleonora Nacif

Monografias
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Fernanda Emy Matsuda

Pós-Graduação
Davi de Paiva Costa Tangerino

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Helena Regina Lobo da Costa

Presidentes das Comissões Especiais

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Corretora dos Trabalhos de Conclusão do VI Curso de Direito Penal Econômico e Europeu
Heloisa Estellita

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

Direito Penal Econômico
Heloisa Estellita

Doutrina Geral da Infração Criminal
Carlos Vico Mañas

História
Rafael Mafei Rabello Queiroz

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Novo Código de Processo Penal
Maurício Zanoide de Moraes

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

15.º Concurso de Monografia de Ciências Criminais
Diogo Rudge Malan

17.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadorias Regionais

1.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Luis Carlos Valois

2.ª Região (Maranhão e Piauí) – Roberto Carvalho Veloso

3.ª Região (Rio Grande do Norte e Paraíba) – Oswaldo Trigueiro Filho

4.ª Região (Alagoas e Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

5.ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro) – Márcio Barandier

6.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

7.ª Região (Mato Grosso e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

8.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

Coordenadorias Estaduais

1.ª Estadual (Ceará) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

2.ª Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

3.ª Estadual (Bahia) – Wellington César Lima e Silva

4.ª Estadual (Minas Gerais) – Felipe Martins Pinto

5.ª Estadual (Mato Grosso do Sul) – Marco Aurélio Borges de Paula

6.ª Estadual (São Paulo) – João Daniel Rassi

7.ª Estadual (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8.ª Estadual (Amapá) – João Guilherme Lages Mendes

9.ª Estadual (Pará) – Marcus Alan de Melo Gomes

SUMÁRIO

Teoria Geral

1. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori
   Claus Roxin 11
2. Direito Penal, Constituição e Hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo
   José Francisco Dias da Costa Lyra 21

Processo Penal

1. Notas sobre o controle externo na atividade policial: o porquê e por quem, ou, a análise da proposta de sua retirada das mãos do Ministério Público
   Alcides Marques Porto Pacheco 61
2. O problema da verdade na investigação criminal
   Eliomar da Silva Pereira 91
3. Del premio de la felonía en la historia jurídica y el derecho penal contemporáneo
   José Luis Guzmán Dalbora 137
4. Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes
   Pablo Galain Palermo 161

Crime e Sociedade

1. O Estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto
   Leandro Gornicki Nunes 201
2. O tempo da justiça criminal nos EUA, Brasil e Portugal em uma perspectiva comparada
   Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro 227

Sistema Prisional

1. Diálogo com os prestadores de serviços: um estudo de caso
   Maíz Ramos Junqueira 273

2. O monitoramento psicossocial nas Penas e Medidas Alternativas (PMAs): uma tecnologia disciplinar
MARCELO BERDET E PATRÍCIA REGINA DA MATTA SILVA 313

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. Observações aos delitos contra a administração ambiental
DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO 345

2. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986
DIOGO MALAN 367

3. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado
HELOISA ESTELLITA E LUÍS GRECO 393

DIREITO PENAL INTERNACIONAL

1. El compromiso de Kampala sobre el crimen de agresión
CLAUS KRESS E LEONIE VON HOLTZENDORFF 413

HISTÓRIA

1. Panorama da idade penal na legislação brasileira (da colonização até o Código Penal de 1969)
CLAUDIA CRISTINA BARRILARI 467

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. Democracia, liberdade de expressão e dissenso: "Marcha da Maconha" e limites constitucionais à interpretação do art. 287 do CP
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 489

RESENHAS

1. *Crimes hediondos*, de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix
Resenha por HELENA REGINA LOBO DA COSTA 533

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 537

TEMAS 538

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 541

55907

1 OBSERVAÇÕES SOBRE A DECISÃO DA CORTE SUPREMA PERUANA NO CASO FUJIMORI

CLAUS ROXIN

Professor emérito da Universidade de Munique.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: O autor comenta a importante decisão proferida pela Corte Suprema peruana que, utilizando argumentos científicos relacionados à autoria mediata no Direito Penal elaborados pelo próprio Roxin ao longo de 48 anos, condenou o ex-presidente Fujimori e o considerou autor mediato de crimes cometidos durante seu governo. A pergunta fundamental do artigo é se pode haver um autor mediato por trás de executores imediatos plenamente responsáveis, isto é, um autor por trás do autor. A decisão chama a atenção por possuir inegáveis contornos científicos, e por representar um passo adiante na construção de uma ciência jurídico-penal internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria mediata - Domínio da organização - Corte Suprema peruana - Decisão condenatória do caso Fujimori - Ciência jurídico-penal internacional.

ABSTRACT: The author discusses the important decision of the Supreme Court of Peru, that used the scientific arguments developed by Roxin over the last 48 years, and convicted the ex-president Fujimori for the crimes perpetrated during his dictatorial regime. The article deals with the difficult scientific question if really exists the figure of a responsible criminal who controls the organization behind responsible criminals, who receives the orders and perpetrates the crimes with their own hands.

KEYWORDS: Crimes perpetrated through another person - Supreme Court of Peru - Conviction of Fujimori - International criminal law.

I. Trata-se de julgamento de significado histórico.[1] Afinal, raramente se chega à responsabilização penal de ex-chefe de Estado por fatos cometidos durante seu período de governo. Nos pouquíssimos casos em que isso ocorre, mais raro ainda é observar que o pano de fundo dos fatos foi levado em conta e avaliado juridicamente com o cuidado de uma monografia, e não se fez do caso – para usar uma expressão menos técnica – um "processo sucinto".

O que foi exposto pelo Tribunal possui, sem dúvida alguma, nível científico. É especialmente de se reconhecer que as questões relacionadas à autoria – a única parte da decisão traduzida para o alemão – foram tratadas levando em conta não apenas a literatura nacional sobre o tema, mas também em grande medida toda a discussão internacional. A título de exemplo, todos os trabalhos nos quais me dediquei à problemática do domínio de organização, desde minha aula inaugural de 1963, foram cuidadosamente levados em consideração. Também outras posições que chegam à fundamentação de uma autoria mediata, como é o caso, na Alemanha, de *Schroeder* e *Heinrich*, foram levadas em conta na decisão e, juntamente com o posicionamento de outros autores, objeto de individualizada análise científica.

Estamos diante, aqui, de um feliz exemplo da – a denominação vem de meu aluno *Schünemann*–, ciência jurídico-penal internacional, por mim preconizada e praticada, e que não representa apenas uma espécie de estudo de direito comparado à moda antiga, mas sim a busca de desenvolver regras supranacionalmente válidas para casos que podem ocorrer em qualquer lugar do mundo. No caso em questão, o Tribunal peruano teve mais facilidade em recorrer à dogmática jurídico-penal alemã, já que ambos os códigos penais definem expressamente autoria mediata como "realização do fato por meio de outrem".[2]

Os breves comentários que a seguir serão realizados permanecerão limitados à análise jurídica dos problemas de autoria trazidos pela decisão. O pano de fundo fático do caso, ou seja, a relação entre Fujimori, seu serviço secreto e o comando especial Colina foi tratada detalhadamente por Ambos e será aqui pressuposta.[3] A suposição do Tribunal peruano, fundada em fortes indícios, de

---

1. Traduzido por Alaor Leite, Mestre e Doutorando pela Universidade de Munique. Artigo publicado originariamente em *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (*ZIS*) 4 (2009), p. 565 e ss. sob o título *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*.
2. Art. 23 do CP peruano, § 25 I do CP alemão (StGB).
   Nota do Tradutor: O Código Penal brasileiro desconhece dispositivo de definição da autoria mediata.
3. AMBOS, Kai. *ZIS* 2009, p. 552 e ss.

que os crimes imputados a Fujimori foram de fato por ele praticados, também não será objeto de análise crítica e, embora a suposição pareça mesmo bastante justificada, ficará ela em segundo plano na presente exposição.

II. A decisão fundamenta-se na última versão da teoria da autoria mediata por domínio da organização por mim desenvolvida. Nos trabalhos mais recentes sobre o tema,[4] enunciei *quatro fatores* que permitem fundamentar o domínio do fato do homem de trás em organizações delitivas:[5] o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, o afastamento da ordem jurídica (*Rechtsgelöstheit*)[NT] do aparato de poder à disposição do emissor das ordens, a fungibilidade do executor imediato e a disposição essencialmente alta para o fato do executor. Precisamente esses quatro critérios ocuparam lugar de destaque das exigências da Corte peruana, tiveram sua justificação material por ela afirmada[6] e, por fim, foram considerados devidamente realizados no caso em questão.

O Tribunal não apresenta os mencionados critérios como frutos de construção jurídica própria, e os reconduz à recepção internacional de meu trabalho: "Foi o jurista alemão Claus Roxin que começou, a partir de 1963, a construir uma nova forma de autoria mediata, por ele denominada de autoria mediata por domínio da vontade em aparatos organizados de poder".[7]

Ao acolher minha tese, o Tribunal peruano encontra-se em boa companhia, já que os Tribunais penais internacionais, de forma crescente, recepcionaram a teoria do domínio do fato e, em especial, a figura da autoria mediata por domínio da organização, de especial relevância para a jurisprudência daqueles tribunais. A aceitação dessa figura pelos Tribunais internacionais foi bastante facilitada, já que o § 25, III, *a*, de seu Estatuto reconhece não apenas a autoria mediata ("trough another person"), mas acrescenta expressamente: "regardless of whether that other person is criminally responsible". Aqui a possibilidade, por alguns ainda questionada na Alemanha, de existência de um autor por trás de um autor (responsável) é prevista legislativamente.

---

4. Na *Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht* (*ZStrR*), 125 (2007), 1.
5. ROXIN, Claus. Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft. *ZStrR* 125 (2007), 1 (12).

NT. Nota do Tradutor: O termo *Rechtsgelöstheit* é de difícil tradução. Outra opção viável seria traduzi-lo como afastamento do Direito. Preferi o termo dissociação do Direito, na medida em que deixa claro, como no termo alemão, uma espécie de "tudo ou nada". Afinal, ou o aparato organizado está dissociado do Direito, ou não: *tertium non datur*. A opção afastamento do Direito denota, ao contrário, um "mais ou menos". É perfeitamente possível afastar-se mais ou menos do Direito.

6. Parte II, Capítulo II, nm. 727 da decisão; *ZIS* 2009, 622 (633).
7. Como na nota 6, nm. 723; *ZIS* 2009, 622 (628).

O desenvolvimento da jurisprudência dos Tribunais internacionais não poderá ser cuidado de forma detalhada na presente sede. Apenas a título de exemplo, poderíamos recorrer à decisão tomada em 30.09.2008 pelo Tribunal Penal Internacional no caso Katanga:[8] "A concept has developed in the legal doctrine that acknowledges the possibility that the person who acts through another may be individually criminally responsible, regardless of whether the executor (the direct perpetrator) is also responsible. This doctrine is based on the early works of Claus Roxin (...)."[9] Essa citação aparece apenas algumas páginas após uma citação expressa retirada de meu livro "Autoria e Domínio do Fato".[10] O Tribunal seguiu a tese por mim elaborada naquele livro: no domínio da organização, não falta "ao executor imediato liberdade e responsabilidade, e deve ele, por isso mesmo, ser punido como autor culpável. Ocorre que essas circunstâncias são irrelevantes para o homem de trás, na medida em que desde o seu ponto de vista, o executor se apresenta não como uma pessoa específica livre e responsável, mas como figura anônima e descartável. O executor imediato é, se bem que não de todo abalado em seu domínio da ação, apenas uma pequena peça da engrenagem do aparato de poder, substituível a qualquer piscar de olhos, e essa dupla perspectiva conduz o homem de trás a figurar, ao lado do executor, no centro do acontecimento."

III. A careira internacional da figura jurídica por mim desenvolvida é surpreendente. E o é também porque após uma larga aceitação inicial e após seu acolhimento – com um alargamento, é verdade, de seu campo de aplicação – pelo *Bundesgerichtshof* (BGH),[11] essa teoria encontrou na doutrina alemã uma série de destemidos opositores, mesmo após a dominante aceitação.[12] Aqui não é o lugar de discutir em detalhes com aqueles que querem punir aquele que senta à frente do volante do poder e que utiliza o aparato organizado à sua disposição para cometer delitos como coautores ou instigadores ao invés de autores mediatos. Já

8. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04 – 01/07, 167, 226.

9. O Tribunal refere-se aqui ao meu primeiro artigo a respeito do tema, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1963, p. 193-207.

10. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed., 1963-2006, p. 245. Eu cito aqui a versão original em alemão, enquanto que a decisão citada utiliza a tradução em língua inglesa.

11. *Estscheidungen dês Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHSt)* 40, 218. Sobre a extensão concedida à teoria, ver abaixo tópico V.

12. Para maiores informações ver a 8. ed. 2006 de meu livro sobre "Autoria e domínio do fato" (*Täterschaft und Tatherrschaft*), p. 704 e ss.

tive oportunidade de me posicionar a respeito dessas opiniões divergentes.[13] A Corte Suprema peruana tratou essas opiniões divergente apenas *en passant* e de forma mesmo depreciativa, na medida em que se referiu a "determinadas opiniões divergentes de autores nacionais e estrangeiros" que "confundem o domínio da organização com as formas de coautoria, instigação ou cumplicidade".[14]

A razão pela qual essas outras versões não se impuseram internacionalmente reside possivelmente no seguinte fato: a atividade daquele que dirige um aparato de poder e o instrumentaliza para o cometimento de delitos corresponde tão pouco às exigências jurídicas e mesmo à compreensão leiga relacionadas à coautoria e à instigação – a cumplicidade não precisa nem ser mencionada –, que a reprovação dessas outras versões soa como um juízo de evidência. Pode-se comprovar convincentemente o que foi dito com formulações bastante rápidas, sem fazer-se necessário entrar em críticas pormenorizadas.

Para a afirmação de uma coautoria falta uma série de elementos exigidos de forma geral. Não estão presentes nem a resolução comum para o fato, nem a realização conjunta do fato. A estrutura horizontal da coautoria, vale dizer, a qualidade equânime das contribuições prestadas em divisão de trabalho, está aqui também completamente ausente. Aquele que comanda o aparato e dá ordens em regra não possui contato pessoal com aquele que posteriormente cometerá o fato. Em regra, aliás, ambos sequer se conhecem. Essa situação não corresponde à exigência de uma realização conjunta existente no § 25, II, StGB.[NT]

O mesmo vale para a instigação. O instigador deve repassar a decisão sobre a realização do fato para o autor, coisa que aquele que possui o domínio da organização não precisa, de nenhuma forma, fazer. O instigador precisa buscar um

---

13. Nos últimos 10 anos: ROXIN. In: SAMSON, Erich; DENCKER, Friedrich; FRISCH, Peter; FRISTER, Helmut; REI, Wolfram (hrsgs.). *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 549; ROXIN, Claus. In: AMELUNG, Knut (hrsg.). *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Sinzheim: Pro Universitate, 2000. p. 52; ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 2003. t. 2, p. 46 e ss.; ROXIN, Claus. Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit. In: HOYER, Henning Ernst Müller; PAWLIK, Michael; WOLTER, Jürgen (hrsgs.). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006. p. 385; ROXIN, Claus. Organisationsherrschaft als eigenständige Form... cit., p. 1 e ss.

14. Como na nota 6, p. 627.

NT. Nota do Tradutor: Dispõe o referido artigo do Código Penal alemão que define a coautoria: "Caso várias pessoas cometam o fato punível conjuntamente, todos serão punidos como autor (coautoria)."

autor individualmente determinável, enquanto no interior de uma organização delitiva tampouco isso é necessário, já que é possível deixar que o fato se realize praticamente de forma automática. O instigador permanece sendo uma figura lateral da realização do fato, e sua contribuição é, apenas em razão de sua função desencadeadora do fato, discutivelmente punida com a mesma pena da autoria. O condutor da organização é, ao contrário, a figura central do acontecimento, como o conceito cotidiano de autor de gabinete/de escrivaninha (*Schreibtischtäter*) expressa visualmente (ninguém falaria em um instigador de gabinete).

A única razão propagada por alguns autores para negar uma autoria mediata é de natureza doutrinária. A possibilidade conceitual de um autor por trás de um ator (responsável) é recusada, pois na medida em que o autor imediato domina o fato de forma a ele imputável, esse mesmo domínio do fato não poderia concomitantemente ser atribuído a um homem de trás. Trata-se de raciocínio equivocado, já que há várias formas de domínio do fato, que podem coexistir sem problemas. O domínio exercido pelo autor imediato que executa o fato com suas próprias mãos não exclui o domínio exercido por aquele que controla o aparato. A suposição de que existe apenas uma forma de domínio do fato acaba nivelando as distinções materiais claramente estabelecidas entre as formas de participação no delito e acaba, igualmente, fracassando na tarefa de buscar uma construção diferenciada de conceitos jurídicos que corresponda à realidade.

A suposição de uma autoria vertical escalonada tanto do executor imediato quanto do emissor da ordem corresponde de forma satisfatória ao efetivo funcionamento da criminalidade de Estado: sem as pessoas do alto escalão do aparato os crimes não seriam possíveis. Ocorre que eles seriam tampouco possíveis se as pessoas do alto escalão não achassem voluntários que estivessem sempre à disposição. Tanto o emissor da ordem como o executor imediato são, em igual medida, figuras centrais na execução exitosa de um crime sistêmico.

Após a crescente imposição da figura do domínio da organização no plano internacional, para a qual a decisão em análise contribui de forma essencial, é de se presumir que o número de opositores comece a despedaçar-se e esvair-se gradualmente. O fato de as últimas quatro monografias dedicadas ao tema do domínio da organização terem chegado à conclusão de que se trata de uma forma autônoma de autoria mediata, apenas corrobora essa suposição.[15] A circunstân-

15. LANGNEFF, Katja. *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei voll verantwortlich handelndem Werkzeug*. Herzogenrath: Shaker Verlag, 2000; SCHLÖSSER, Jan. *Soziale Tatherrschaft: Ein Betrag zu Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004;

cia de que a mais nova e detalhada monografia sobre o tema ser de autoria de um grego apenas referenda a importância internacional da problemática.

IV. O Tribunal peruano, após debater-se com as posições críticas existentes no Peru e em outros países, analisou e afirmou a presença dos quatro critérios que, segundo minha doutrina, são considerados pressupostos para configurar o domínio da organização. A respeito dos três primeiros critérios – competência e poder para emitir ordens do homem de trás, o afastamento do direito por parte do aparato e a fungibilidade do executor imediato – é de concordar-se. Não é preciso acrescentar nada às considerações do Tribunal que, além de tudo, acabaram enriquecendo a discussão com algumas precisões. O Tribunal diferencia, por exemplo, entre fungibilidade negativa e positiva:[16] a fungibilidade negativa, "que corresponde ao conceito clássico de Roxin", significa que a falta ou recusa do sujeito originariamente designado para executar a ordem não evita sua posterior realização, enquanto que a fungibilidade positiva representa a existência de vários autores potenciais e a possibilidade de escolha do mais indicado para a missão.

O Tribunal considerou discutível o quarto critério, por mim – em parcial apoio nas investigações de *Schroeder*[17] e *Heinrich*[18]– descrito como "disposição essencialmente alta para o fato do executor imediato",[19] critério adicionado aos outros três também pelas recentes monografias de *Schlösser* e *Urban*.[20] O próprio Tribunal acentuou esse ponto específico:[21] "Os três pressupostos até

URBAN, Carolin. *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: Eine studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Unipress, 2004; MOROZINIS, Ioannis. *Dogmatik der Organisationsdelikte – eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht usw.*, 2009. Até o fechamento desse artigo, a última monografia citada, orientada por Schünemann, encontrava-se ainda em fase de conclusão do procedimento de doutorado.
Nota do Tradutor: A tese de Morozinis está, agora, publicada pela prestigiada editora Duncker & Humblot: *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, 2010, Berlin.

16. Como na nota 6, nm. 738; *ZIS* 2009, 622 (645 e ss.).
17. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter – Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Taterschaft*. Berlin: Duncker & Humblet, 1965. p. 150.
18. HEINRICH, Manfred. *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*. Berlin: Beck Juristischer Verlag, 2002. p. 271 e ss., p. 273.
19. ROXIN, Claus. *ZStrR* 125 (2007), 1 (15).
20. Como na nota 15.
21. Como na nota 6, nm. 740; *ZIS* 2009, 622 (648).

aqui investigados: o poder de emitir ordens, o afastamento do Direito e a fungibilidade, representam desde há muito os três pilares fundamentais que sustentam a teoria da autoria mediata por aparatos organizados de poder construída por Roxin. Como já foi mencionado anteriormente, em seus últimos trabalhos, Roxin introduziu um quarto critério a ser analisado, a chamada disposição para o fato consideravelmente alta por parte do executor imediato".

O Tribunal enfatiza que até o momento não se chegou a um consenso a respeito desse quarto pressuposto, mas acaba, ao final, aceitando-o quando afirma que[22] "o executor que comete o fato punível no interior de uma estrutura de poder que se afastou do Direito, atua com motivação diversa daquela do autor de outro delito qualquer". O que não parece correto é "enxergar a fungibilidade e a alta disposição para o fato como critérios excludentes ou mesmo incompatíveis".[23]

De fato, creio que é correto exigir para a fundamentação da autoria mediata no interior de aparatos organizados de poder "uma disposição para o fato consideravelmente alta por parte do executor imediato", mas concordo com o Tribunal no sentido de que não se trata de um pressuposto autônomo, mas sim de critério deduzido das outras exigências do domínio da organização.

São várias e diversificadas as razões que eu trouxe à baila em favor da exigência de uma disposição consideravelmente alta para o fato por parte do executor imediato no interior de uma organização delitiva.[24] A própria organização hierárquica, por si só, é capaz de promover uma tendência de adaptação. Da mesma forma é de perceber que o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, se não configura ainda uma coação, nos aproxima um passo a mais de uma situação de coação: o solícito executor teme por vezes que, em caso de recusa, perca sua posição, ganhe o desprezo dos colegas ou sofra quaisquer outros prejuízos sociais e, por isso, é conduzido fortemente a uma situação de alta disposição para o fato. Além disso, o afastamento do direito do aparato pode elevar a disposição para o fato na medida em que o executor imediato se renda às suas ambições profissionais, da necessidade de ter sucesso, de suas obsessões ideológicas e mesmo de motivações sádicas ou criminosas, na suposição de que não vai ser chamado a responder penalmente. Por fim, mesmo a fungibilidade dos indivíduos pode conduzir a uma disposição para o fato, já que alguém que, por si só não cometeria o fato, acaba participando, já que "caso eu não faça, alguém o fará de qualquer forma".

No caso da disposição essencialmente alta para o fato trata-se de fenômeno que, se de fato é influenciado pelos outros três "pilares" do domínio da organi-

22. Como na nota 6 nm. 741; *ZIS* 2009, 622 (649).

23. Como na nota 6, nm. 739 ponto 4; *ZIS* 2009, 622 (648).

24. Por último em *ZStrR* 125 (2007), 1 (16).

zação – poder de emitir ordens, afastamento do Direito e fungibilidade –, acaba fortalecendo de qualquer forma a afirmação de um domínio do fato por parte do homem de trás. Afinal, o domínio do homem de trás depende do grau de certeza que ele possui em relação à efetiva concretização de sua ordem. Essa concretização efetiva aumenta de modo sensível quando ele pode contar com uma disposição consideravelmente alta para o fato por parte dos executores imediatos em função de condições ligadas à organização.

V. Ao final de sua argumentação a respeito da teoria da autoria e participação e com claro apoio nas considerações de *Ambos*, o Tribunal delimitou de forma digna de aplauso o domínio da organização da chamada responsabilidade do superior (*Vorgesetztenverantwortlichkeit*) existente no direito penal internacional.[25] Essa última não se refere ao domínio do fato do superior, mas baseia-se no raciocínio de que o superior se omite contrariamente ao dever de evitar fatos puníveis de seus subordinados. A distinção clara entre essas formas de imputação retira-se, como o Tribunal percebeu de forma correta, também do Estatuto de Roma, datado de 1998. O já mencionado art. 25 III a) do Estatuto pode ser interpretado como reconhecimento do domínio da organização, enquanto a responsabilidade do superior encontrou guarida e regulamentação autônoma no art. 28 do Estatuto.

Esse ponto merece especial ênfase para o leitor alemão, na medida em que o *Bundesgerichtshof* aplica a figura jurídica do domínio da organização também aos superiores em empresas privadas que tenham levado seus subordinados a cometerem fatos puníveis ou que não tenham evitado seu cometimento.[26] Ocorre que se tratam aqui de casos equiparáveis não ao domínio da organização, mas à figura da responsabilidade do superior existente no direito penal internacional. É possível compreender esses casos como "responsabilidade do dono/administrador do negócio" (*Geschäftsherrenhaftung*) no sentido de uma responsabilidade pelo comportamento alheio e como forma independente de imputação a título de autoria baseada nos dispositivos que tratam a autoria imediata, coautoria e autoria mediata. A esse respeito já existe uma série de propostas legislativas,[27] entre outras a contida no art. 13 do projeto de um *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia. Com o domínio da organização, no entanto, essa constelação não tem nada a ver. O Tribunal peruano merece aplausos por ter mencionado claramente a distinção existente entre domínio da organização e responsabilidade do superior.

25. Como na nota 6, § 4 nm. 742 e ss.; *ZIS* 2009, 622 (650 e ss.).

26. Ver minha argumentação em *ZStrR* 125 (2007), 1 (17 e ss.).

27. A esse respeito, sobre outras propostas, ver ROXIN, Claus. Organisationsherrschaft als eigenständige Form... cit., *ZStrR* 125 (2007), 1 (21 e ss.).

VI. O significado histórico da decisão em análise, já ressaltado por mim logo no início do texto, possui dois aspectos: um político, um jurídico-penal.

Num sentido político, a decisão demonstrou que é possível dar tratamento jurídico a um fato punível cometido por um ditador deposto no interior de um irrepreensível processo conforme ao Estado de Direito, renunciando, assim, à bárbara pena de morte. Na medida em que nem sempre se procede dessa forma, é de atribuir-se ao julgamento uma função de modelo.

Além disso, o julgamento demonstra quão frutífera pode ser uma ciência jurídico-penal internacional, que, além de analisar de forma completa a jurisprudência e doutrina do próprio país, conquista novos argumentos ao levar cuidadosamente em consideração a literatura estrangeira, que é capaz de produzir consenso internacionalmente, para além das fronteiras do próprio país. Também nesse sentido a decisão é um modelo a ser seguido.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal à luz do direito interno e internacional, de Jorge Barrientos-parra – *RT* 903/383;
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert – *RBCCrim* 74/107;
- Demandas contra chefes de Estado estrangeiros: imunidade internacional *vs.* proteção dos direitos humanos, de Rubén Carnerero Castilla e Claudia de Miranda Avena – *RCP* 13/68;
- Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, de Kai Ambos – *RBCCrim* 49/48;
- O caso Pinochet e a universalização da luta pelos direitos humanos, de Jorge Barrientos Parra – *RT* 763/465; e
- O caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional, de André de Carvalho Ramos – *RBCCrim* 25/106.

55909

DIREITO PENAL, CONSTITUIÇÃO E HERMENÊUTICA: PELA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO E A POSSIBILIDADE DO ACONTECER DO DIREITO NUM AMBIENTE DE NEOCONSTITUCIONALISMO

2

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Mestre e Especialista em Direito pela Unijuí-RS. Especialista em Direito pelo Iesa. Professor de Direito Penal do Iesa-Santo Ângelo, Fema-Santa Rosa e Uri-Santo Ângelo. Juiz de Direito.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: A discussão entabulada no presente texto será pautada pela análise do Direito Penal contemporâneo, que tem adotado uma concepção positivista, e não valorativa, do entorno social, o que possibilita sua expansão rumo à consolidação de uma cultura de emergência de controle social, esvaziando-se o conteúdo do princípio da legalidade. Nesse marco expansionista, o controle penal perde sua legitimidade, uma vez que se aparta dos princípios constitucionais que devem nortear a atividade hermenêutica do jurista.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal - Positivismo jurídico - Constituição - Neoconstitucionalismo - Expansão.

ABSTRACT: The discussion addressed by this paper will be based on the analysis of contemporary criminal law, one which has adopted a positivist and non-value related conception of the social surrounding making this expansion possible towards a consolidation of a social control emergency culture detached from the legality principle. Under such expansion, criminal control loses its legitimacy since it is separated from the constitutional principles which should guide the jurist's hermeneutic activity.

KEYWORDS: Criminal law - Legal positivism - Constitution - Neo-constitutionalism - Expansion.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A questão do método: o positivismo jurídico e o sequestro do mundo vivido (ou não pensar o Direito) - 3. Pensar a diferença: a hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para o acontecer do Direito Penal constitucional(izado) - 4. A hermenêutica constitucional como condição de possibilidade de uma filtragem constitucional do Direito Penal - 5. A nova penalogia fundamentalista neoliberal e a resistência constitucional: o desafio do Direito Penal globalizado - 6. Conclusão - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É de um certo consenso que, na quadra atual, o Direito assumiu um papel de destaque na ordenação social, ocupando um lugar "cimeiro" (Streck) e constituindo-se num mediador axiológico dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, propiciando "a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política".[1] Ocorre que a função "transformadora e promovedora", intimamente ligada ao *Welfare state*, na modernidade tardia e periférica, tornou-se uma quimera, uma vez que, no contexto de globalização econômica neoliberal, convive-se com a pobreza e a exclusão social, que, por sua vez, fomentam a expansão do controle penal,[2] eleito como remédio para estancar a violência e a criminalidade que impera na região. Dito de outro modo, em ares de um liberalismo neoconservador, implementa-se uma nova penalogia (*criminicons* ou legislação de luta/emergência), instituindo um verdadeiro "governo da excedência".[3] Importa notar, de outro lado, que dita penalogia conta com a complacência do "dogmatismo positivista", desvinculado da práxis social e dos valores que permeiam as relações de poder, constituindo-se, verdadeiramente, em uma zona de anomia, ou seja, de neutralidade valorativa.[4]

Nesse contexto, revela-se necessária a revisão/superação da leitura econômica imposta ao Direito Penal, o que passa pelo resgate da política criminal orientada pelas consequências, isto é, pelo neoconstitucionalismo penal (observância aos princípios constitucionais), como forma de se estancar a expansão desmedida do controle penal e resgatar o homem e seu "mundo vivido", na sua faticidade, temporalidade e linguagem (Heidegger/Gadamer). Dessarte, o presente trabalho, em um primeiro momento, pretende demonstrar que a

---

1. Essa afirmação é de VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22, para quem "o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do neofacismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica".
2. Ver CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-34.
3. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Trad. José Ángel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.
4. Nesse sentido, consultar a obra de ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: escorço de sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, especialmente p. 18-19.

atividade do jurista continua presa ao modelo positivista-legalista-cartesiano, notadamente no Direito Penal, que é aplicado, rotineiramente, sem a devida filtragem constitucional, a ponto de se transmudar em não Direito (ou Direito Penal do Inimigo). No segundo e no terceiro momento, tenta-se superar o pensamento objetivador, com a construção de um outro pensar, que remete à questão originária do ser, partindo-se dos contributos da hermenêutica filosófica, que legou uma filosofia crítica e voltada para o homem, rompendo com a hermenêutica clássica, como condição de possibilidade de se implementar o projeto de constitucionalização do Direito Penal, buscando-se a legitimidade na estrita observância aos princípios constitucionais, via hermenêutica constitucional. Por fim, no quarto e no quinto, são apresentados, em debate, o Direito Penal da sociedade do risco e a nova penalogia neoliberal, que pregam menos Estado social e mais Estado penal, como um "controle de exceção" a fim de tratar inimigos, que é de duvidosa constitucionalidade.

2. A QUESTÃO DO MÉTODO: O POSITIVISMO JURÍDICO E O SEQUESTRO DO MUNDO VIVIDO (OU NÃO PENSAR O DIREITO)

A eleição de um método é ponto de partida e de chegada da dogmática jurídica, que confere caro papel ao instrumental metodológico, centrando sua energia na eleição de cânones científicos para conhecer e interpretar o Direito, até porque, em tal pensamento, o conhecimento deve ser demonstrável.[5] Há, assim, uma excessiva preocupação com o método, até porque os juristas, de regra, entendem que sua atividade deve ser científica.[6] Consolida-se, então, o "dogmatismo", isto é, o acatamento e submetimento do jurista ao estabelecido pelo Direito positivo, independentemente de seu conteúdo valorativo, o que neutraliza os conflitos,[7] abstraindo-os da problemática real e global, escamoteando as tensões de poder que se acercam do discurso jurídico. Em uma palavra, em ares de "dogmatismo", credita-se a "descoberta da verdade" à condição metodológica.

---

5. Para comprovar o alegado, basta consultar obra clássica no trato da interpretação do Direito de BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

6. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luis Bolzan de Morais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002. p. 37.

7. A afirmação e conceito de dogmatismo deve-se a ANDRADE, Vera Regina Pereira de, op. cit., p. 74.

O Direito, nesse paradigma reducionista, queda-se aprisionado pelo dualismo sujeito-objeto, no qual o conhecimento e a compreensão do que é Direito é dada por um sujeito solipsista que, na sua subjetividade, descreve, via método seguro, claro e científico, o Direito como ele é (o ser). A verdade, que é absoluta e eterna, deve ser buscada pela eleição de um método. A linguagem, nesse contexto, é mero objeto: uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto. Assim, é concebida como um mero "instrumento" de comunicação. Com isso, o mundo é o das representações, e o sentido (o ser) é entificado no tecnicismo. Daí o acerto de Heidegger quando afirmou que a filosofia se transformou em uma técnica de explicação das causas últimas, num domínio da subjetividade e da metafísica, que se apoderou da interpretação da realidade. A tarefa que se impõe, no pensamento heideggeriano, é a de libertar a linguagem dos grilhões da gramática.[8]

Nesse diapasão, cumpre notar que, no imaginário teórico dos juristas,[9] prepondera uma orientação de tradição de cunho positivista.[10] Para se compreender no que se constitui o modelo positivista, deve-se, de igual sorte, resgatar o conceito de ordenamento jurídico, que, no paradigma em comento, é tido

8. HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Ed., 1985. p. 34. Na obra, o autor refere que a filosofia tem preocupações com a ciência, sob pena de perder seu prestígio e importância. Disso decorre o império da técnica e domínio da subjetividade. Há completo esvaziamento da linguagem como forma de abertura do ser, uma vez que tudo necessita ser objetivado.

9. Aqui, revela-se importante resgatar o conceito de senso comum teórico do jurista como forma de construção de um saber, em muito relacionado com o positivismo formalista, que ideologicamente camufla as relações de poder e a própria exclusão social levada a cabo pelo Direito oficial. Na lição de Warat, "senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. De maneira geral, a expressão "senso comum teórico dos juristas" designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. (...). O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão sobre o fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei – Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994. p. 15.

10. Para Alexandre Morais da Rosa, "(...) a Modernidade deixou, pelo menos no Direito, uma concepção totalitária, de plena consciência. Para tanto, o positivismo jurídico no mundo ocidental, de matriz judaico-cristã, construiu um paradigma jurídico baseado no ordenamento jurídico. ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics*: a exceção econômica no direito. In: _____; LINHARES, José Manuel Aroso. (orgs.). *Diálogos com a* law & economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 30.

como "entidade unitária" constituída pelo conjunto das normas do ordenamento jurídico, que encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen,[11] uma vez que, a partir de então, se começa a pensar em um sistema unitário, coerente e completo, sem antinomias. Caso estas existam, deverão ser solucionadas pelo próprio ordenamento.[12]

De acordo com Bobbio,[13] em síntese, pode-se constatar que, dentre os positivismos existentes, notam-se três aspectos: o positivismo como método para qualquer estudo do Direito; o positivismo como teoria do Direito; o positivismo como ideologia do Direito.[14] O positivismo como método implica a adoção do método científico, sendo que só se fará ciência com a observação científica; do contrário, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia no Direito. A atividade do jurista estaria voltada não para produzir, mas sim, para reproduzir o Direito, valendo-se de métodos puramente lógico-racionais, a partir de normas já dadas. De outro lado, o positivismo como teoria "engloba seis concepções fundamentais, agrupadas em grupos de três. Assim, temos teorias coativas do Direito; teorias legislativas do Direito; teorias imperativas do Direito; teorias da coerência do ordenamento jurídico; teorias da completude do ordenamento jurídico; teorias da interpretação lógica ou mecanicista do Direito".[15] Aqui,

11. Ver BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 198. Para Bobbio, a chegada do positivismo jurídico deve-se à teoria do ordenamento jurídico, que aporta entre o fim do século XVIII e início do século XIX, com o objetivo de dar unidade, coerência e completude a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias, que constituíam um sério risco de incerteza e arbítrio. E, para dar unidade ao ordenamento jurídico, a teoria kelsiana oferece a norma fundamental, como o fundamento último do ordenamento jurídico, já que as normas podem ser deduzidas logicamente uma das outras. A norma fundamental, que está na base do ordenamento jurídico, fecha o sistema, e, como ensina Bobbio, não se trata de norma positivamente verificável, visto que se trata de um postulado ou de uma hipótese. Idem, p. 201.
12. Segundo Bobbio (op. cit., p. 207), a característica da completude, na qual se baseia o ordenamento jurídico, é a mais importante e representa o ponto central do positivismo jurídico, pois é ligada estreitamente ao princípio da certeza do Direito, que é a ideologia fundamental do movimento jurídico do positivismo.
13. Idem, p. 211-238.
14. Ver OMMATI, José Emílio Medauar. O positivismo jurídico na prática da jurisprudência brasileira: um estudo de caso a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: DIMOULIUS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 252.
15. Idem, ibidem.

prepondera uma concepção juspositiva da ciência jurídica, que assume, na linguagem jurídica, contornos de "formalismo jurídico", uma vez que a interpretação dá prevalência absoluta às formas, conceitos jurídicos abstratos e deduções lógicas, em prejuízo à realidade social.[16] Por fim, o positivismo, como ideologia, se constitui em um conjunto de crenças ou sistema de valores que influem na realidade, o que pode se concretizar quando o jurista assume que a atitude "neutra" é sua forma de "querer o Direito",[17-18] desconectado da realidade social. A modo de uma pequena síntese, o Direito é subsumido como um sistema de regras[19] (prévias e universais), que devem ser "aplicadas", de forma neutra e dedutiva, aos casos da vida humana. Com efeito, como refere Dworkin, os preceitos-chave do positivismo – ou "esqueleto do positivismo" –

16. BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 221.

17. Idem, p. 223-224.

18. Não há consenso entre os autores sobre definição do positivismo, até porque, como já visto, pode assumir diversos matizes. Numa primeira leitura, trata-se de ciência epistemológica que combate o jusnaturalismo (ou moralismo jurídico), ou seja, nega a vinculação do Direito à moral. In: DIMOULIUS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 65-165, que entende e classifica o positivismo jurídico em *lato sensu*, como sendo o grupo que defende um certo contato do Direito posto com a moral, rejeitando o direito natural e a metafísica. O Direito, para esse pensamento, decorre da vontade humana. O positivismo jurídico *stricto sensu* considera que há plena e radical separação entre o Direito e a moral, notando, entretanto, que são poucos os positivistas que defendem dita posição. Tal posicionamento reducionista é defendido por Kelsen, para quem o jurista devia se ater ao Direito Positivo – dever ser –, sendo que, na sua atividade descritiva do Direito, que deveria ser pura, não poderia contar com conteúdos éticos e morais. Para Kelsen, tais valores somente seriam levados em consideração na aplicação do julgador, o qual estaria legitimado a operar com tais elementos, uma atividade discricionária. BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 652, conceitua positivismo jurídico como ontologia jurídica, ligando o positivismo ao voluntarismo, asseverando que o Direito decorre da vontade, e não, da razão. O positivismo, como epistemologia jurídica, associando-o com a ciência e o problema do método e, por fim, o positivismo como axiologia jurídica e, pois, ao valor. Aqui, o positivismo caracteriza-se pelo relativismo ético, uma vez que os valores são os relativos aos indivíduos e grupos, não havendo que se falar em valores objetivos. Sobressai o valor fundamental do positivismo: segurança jurídica, notadamente pelo fato de que a moral não forma consensos.

19. Nesse particular, consultar HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998; e KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

são: (a) o Direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais que visam a determinar quais são as condutas passíveis de coerção ou punição pelo poder público. Há "testes de *pedigree*" para verificar quais as regras válidas;[20] (b) quando um caso não estiver coberto por uma das regras, o caso não pode ser resolvido pela aplicação do Direito, mas pelo "discernimento pessoal" do juiz;[21] (c) ter obrigação jurídica é dizer que o caso se enquadra na regra jurídica válida que exige que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa.[22]

Cumpre notar que o problema do positivismo, segundo Dworkin, é que, nos casos difíceis, os juristas recorrem a princípios, políticas e outros padrões, o que é ignorado pelo positivismo, que, como sistema de regras, ignora o papel desempenhado pelos padrões que não são regras.[23] Em outras palavras, seguindo os ensinamentos de Streck, tem-se que o dilema da teoria do positivismo jurídico é a busca, pela regra, "da suficiência do mundo", depositando, nas regras, "universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade",[24] bem como "que a validade de uma norma independe da moral". Trata-se, pois, da separação entre Direito e moral (secularização).[25]

---

20. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28.
21. Idem, p. 28.
22. Idem, ibidem.
23. Idem, p. 35. É por isso que Dworkin diferencia regras de princípios, notando que há uma diferença lógica entre regras e princípios. As regras são aplicadas à maneira de "tudo ou nada": ou a resposta que fornece é aceita, ou não é válida. De outras, os princípios têm uma dimensão que as regras não têm: o peso ou importância, devendo, o juiz, no conflito, levar em conta a força relativa de cada um dos princípios. Idem, p. 39-46.
24. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 387. Aqui vale notar o acerto de Streck, quando alude que o positivismo jurídico, herdado de Hart e Kelsen, fomenta a discricionariedade positivista, o que ele denomina de "mundo da natureza hermenêutico", na medida em que confere, nos casos difíceis (ou "zonas de penumbra"), via princípio da proporcionalidade e teorias argumentativas, ampla discricionariedade aos juízes, destruindo a autonomia do Direito, que não mais reconhece a possibilidade de resposta correta, oferecendo, de outras, uma subjetividade "assujeitadora", em que cada juiz decide como quer, de acordo com sua "consciência". Idem, p. 389-390. No trato de tal temática, conferir, em especial, a obra do mesmo autor *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-110.
25. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 335. Cumpre insistir que Streck não defende uma moral corretiva do Direito (como

Nesse estado da arte, importa notar que a dogmática penal, seguindo orientação positivista, extremou a tensão entre método e valorações de política criminal, radicalizando a expressão de Liszt no sentido de que o "direito penal é a barreira intransponível à política criminal",[26] tensão ainda viva na ciência penal, como bem ensina Roxin.[27] Com efeito, a dicotomia lisztiana entre o Direito Penal e a política criminal revela-se dotada de extrema atualidade,[28] mormente quando o Direito Penal, na atualidade, passou a adotar orientações funcionalistas extremas (como a de Jakobs),[29] que entendem que a função do

---

quer Alexy); ao contrário, sua preocupação é com o enfraquecimento do caráter autônomo e normativo do Direito legitimamente constituído e que, portanto, tem pretensão de "impositividade". O problema é que, conforme Streck, o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista da modernidade: os juízes, que se valem do recurso da discricionariedade (voluntariedade) e do poder "delegado" para solução dos casos difíceis.

26. LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. vol. 1. No pensamento de Liszt, o objeto imediato do Direito Penal é "tratar com método técnico-jurídico, baseando-se na legislação, os crimes e as penas como generalizações ideais; desenvolver, elevando-se até os princípios fundamentais e às ideias últimas, as disposições da lei de modo a formar um sistema completo; expor na parte geral do sistema a ideia de crime e da pena em geral, e na parte especial os crimes e as penas que contra eles a lei tem cominado". Mais adiante, sintetiza acerca da função do Direito Penal, dizendo que é, e deve ser, uma ciência sistemática, "pois somente a disposição dos conhecimentos em sistema torna possível sujeitar ao império dos princípios todas as particularidades". Idem, p. 71.

27. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 2-3. Conforme Roxin, a ciência penal era dúplice para Liszt: "À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garatística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do 'Leviatã'".

28. Para Liszt, "o reconhecimento de que a pena é um dos meios a disposição do Estado na luta contra o crime nos leva além dos limites do Direito vigente e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime. A solução cientifica de tais questões é objeto da política criminal". Ver p. 71.

29. JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 10-13. Nesse passo, Jakobs é categórico ao afirmar que a identidade social se determina por meio das regras de configuração, isto é, por meio de normas, e não, por determinados estados ou bens. Mais adiante, quando trata da imputação pessoal, informa que ser pessoa

controle penal é a de manter a vigência da norma ou do ordenamento jurídico estatal (e de qualquer Estado, seja democrático ou totalitário),[30] não havendo espaço, no sistema do controle penal (que é fechado), para adentrarem questionamentos de política criminal ou juízos valorativos.[31] Com efeito, para Jakobs e seus seguidores,[32] a dogmática não pode ser presidida/informada por orientações de política criminal, sob pena de cair no que ele denomina de falácia do "naturalismo".

Todavia, não se podem olvidar os perigos de uma dogmática reduzida a fórmulas abstratas, resignando-se ao controle penal a função de manter a vigência do ordenamento jurídico (muitas vezes, a qualquer custo, diabolizando o criminoso-inimigo, numa verdadeira instrumentalização da pessoa, buscando a fidelidade ao Direito), seguindo exigências sistêmicas, que, conforme Roxin, estão em segundo plano, para quem "não (...) acredita mais em soluções deduzidas de conceitos sistemáticos superiores".[33] É o positivismo jurídico banindo, da esfera jurídica, as dimensões do social e do político, tomando a sério o axioma de Liszt no sentido de que o Direito Penal só será ciência jurídica enquanto se ocupar da análise conceitual de proposições jurídico-positivas e de sua compatibilidade com o sistema.

---

significa representar um papel (uma máscara ou representação social), informando que a subjetividade do ser humano nunca é acessível, de modo direito, ao Direito. Ver p. 31-32.

30. Ver a crítica de CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs – Estudio preliminar a Jakobs, Günther – La pena estatal: significado y finalidad.* Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 17-81.

31. Aqui calha a crítica de ROXIN, op. cit., p. 7, no sentido "de que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?".

32. Veja-se, nesse particular, MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre as perspectivas y los fundamentos de uma teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. Com efeito, Müssig entende que não há, nas sociedades complexas e plurais, uma vinculação do Direito com uma ordem material e, por isso, rejeita a teoria pessoal do bem jurídico edificada por Hassemer (que vincula a constituição de bens jurídicos às condições de definição social do crime). Assim, a função do controle penal é manter as expectativas normativas ou a vigência da norma, que é o que institui o social (é a estrutura da sociedade). Ver p. 35 e ss.

33. ROXIN, Claus, op. cit., p. 9.

Ora, deve-se reconhecer que os problemas político-criminais constituem o cerne da teoria geral do delito, parecendo que o caminho a ser considerado é o de se permitir que as decisões valorativas de índole político-criminais se introduzam no sistema do Direito Penal, uma vez que, ainda na trilha de Roxin, submissão ao Direito e adequação aos fins político-criminais não são orientações contraditórias; ao contrário, unem-se na síntese do Estado (Social e) Democrático de Direito.[34] Resumindo, parece que não se pode desprezar a afirmação de Listz segundo a qual o "Código Penal é a magna-carta do criminoso", procurando-se evitar a denominada "higienização social" ou a instrumentalização do criminoso para fins preventivos. Todavia, mister é que se supere o equívoco da tensão entre Direito Penal e política criminal, que devem ser reunidos, na forma de síntese, com as noções de Estado de Direito e Estado Social.[35] Assim, os princípios e as garantias constitucionais não podem ser vistos como obstáculos à "luta contra a criminalidade", nem os princípios limitadores do *ius puniendi* (como o da exclusiva proteção dos bens jurídicos)[36] podem ser abandonados, não sendo possível reduzi-los a um Direito protetor da vigência da norma, com exclusão da pessoa e seu submetimento às regras do sistema social, como atestam o crescimento exacerbado dos crimes de perigo abstrato e a flexibilização das garantias no processo penal.[37] Como observa Roxin, "cuando Jakobs asigna a pena el significado de restituir la identidad de la sociedad, parece perderse com ello la terea limitadora de la pena de labor dogmática".[38]

De outras, é de se notar que o funcionalismo radical, que sintetiza a função do controle penal na manutenção da vigência da norma, desprezando seu conteúdo e banindo o homem da sociedade, assume uma conotação formalista.

---

34. Idem, p. 20-21.

35. Consultar, nesse particular, D'AVILA, Fabio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 307-336.

36. Ver MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo en derecho penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.139-163.

37. Ver a doutrina de BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte geral*. Madrid: Trotta, 2006. p. 24-25.

38. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo Blanch, 2000. p. 74.

Nesse entorno, o Direito se desenvolve privado de sua faticidade e temporalidade, esquecendo que os problemas humanos e a realidade vivida pelas pessoas não se resolvem e se compreendem na mera objetivação intelectualizante do *sujeito gnoseológico*, que, a temer o compromisso a que se arrisca, se recusa à participação que atua.[39] Conforme Castanheira Neves, é necessário reconhecer que o mundo estaria vazio sem o homem, e isso interessa para o jurista e o Direito, uma vez que o Direito só o pode ser enquanto for um "transcender" axiológico, crítico das relações humanas na convivência comunitária. E, como projeto axiológico, não terá lugar numa sociedade que aceite se submeter ao totalitarismo da redução racional-tecnológica.

Com efeito, esse é o desafio que se impõe ao jurista como "mediador da convivência ética" na sociedade – na feliz expressão de Castanheira Neves –, que não pode pautar seu labor no formalismo e logicismo, sob pena de cair no anacronismo, sem qualquer utilidade social. Com efeito, o Direito e também os juristas devem estar comprometidos com a vida prática e, pois, com os homens, sob pena de haver o "esquecimento do ser", como bem adverte o referido autor, asseverando:[40] "(...) Pois duas coisas são certas. Em primeiro lugar, a inegável e profunda ambivalência da sociedade plenamente industrializada – para usarmos as conclusões de Sérgio Cotta – "por um certo aspecto benéfica, progressiva e libertadora, mas, por outro lado, prejudicial, opressiva, alienante". Em segundo lugar, a possibilidade de escolher ou a renúncia da alienação ou a responsabilidade da libertação. É que o resíduo humano pode ser perdido, se o homem se perder não o afirmando, mas não pode ser reduzido analiticamente. Assim, a redução estruturalista tem de pôr, entre parênteses, o homem com a totalização das suas relações com os outros homens e o mundo, para ver nele apenas o sujeito intelectual perante um mundo externo, só objeto; tem de suspender o tempo histórico e o dinamismo diacrônico, para só ver o estaticismo sincrônico e o sistema a-histórico: receptivo unicamente às funções e às formas do mundo humano, esquece que este "não tem apenas funções e uma forma, mas forma-se, tem história e remete a uma história".

O jurista não pode deixar de pensar essa diferença, sob pena de autonomizar o Direito no Estado, deixando de conferir a ele a possibilidade de transformação e liberdade, o que passa pela efetiva compreensão da realidade social em que vivemos, a qual deverá axiologicamente ser confrontada com a Cons-

39. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. vol. 1, p. 11.

40. Idem, p. 18-19.

tituição, a fim de termos uma sociedade bem-ordenada pelo *médium* do jurista e do Direito. Se isso não for bem-compreendido, a autonomia do homem, sua liberdade e dignidade serão renunciadas e envolvidas pela técnica, pela burocracia do Direito, restando a este apenas o dever-ser sem o ser, o que, na observação de Castanheira Neves, constitui a heteronomia formal-objetiva do jurídico tradicional.[41] Em uma palavra, o homem não pode vir ao encontro do Direito coisificado ou objetivado.[42]

3. PENSAR A DIFERENÇA: A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O ACONTECER DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL(IZADO)

Cumpre notar, como dito, que o jurista ainda se encontra preso ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência e não o superou. Continua vinculado ao método positivo-objetivista, que implica a coisificação do homem, uma vez que este é absorvido pela técnica do formalismo. Disso decorre a "crise" hermenêutica, que se dá com o "problema" hermenêutico a partir da predominância da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto, bem como da tentativa de estabelecer cânones interpretativos. Todavia, é de se ressaltar que esse predomínio da subjetividade/objetividade não resistiu à viragem linguístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), que superou o esquema sujeito-objeto, com a introdução do círculo hermenêutico e pela diferença ontológica. Com efeito, segundo Streck, tal viragem foi oportunizada pelas obras *Ser e tempo,* de Heidegger, e *Verdade e método,* de Gadamer, que propiciaram "um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica".[43]

Com efeito, no *estado d'arte* anterior, o conhecimento/verdade dizia com algo desde já dado, que deveria ser buscado pelo sujeito solipsista. Para tanto, o jurista necessitava de um método para atestar a sua verdade, que era algo invariável e imanente às coisas. Nesse sentido, a hermenêutica constituía-se num método (que devia ser científico, sob pena de não possuir valor). A linguagem

41. Idem, p. 28-29.

42. STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas.* Ijuí: Unijuí, 2003. p. 99-100.

43. STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: _____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 98.

na qual os sinais e as regras eram usados era matemática, sem referências aos fatos e ao mundo. A verdade relacionava-se com proposições claras e evidentes: correspondência do juízo com a coisa, não havendo espaço para as coisas verossímeis.[44] A filosofia detinha cariz cartesiano, constituída por uma epistemologia da ciência físico-matemática.[45]

Entretanto, a epistemologia positivista é revista com o *hermeneutic turn*[46] e, pois, com o giro linguístico levado a cabo por Wittgenstein, que retirou a linguagem de sua posição marginal, alçando-a à condição de possibilidade da compreensão e entendimento, mas, principalmente, pela hermenêutica da faticidade heideggeriana, que englobou o sujeito na compreensão, notadamente na estrutura prévia da compreensão. Passa-se do modelo da filosofia da consciência para o da filosofia da linguagem, com a "morte do sujeito", no dizer de Streck,[47] que acrescenta que o sentido é dado no processo de comunicação e, pois, entre participantes de uma práxis real de comunidades linguísticas. Assim, a hermenêutica jurídica praticada na contemporaneidade vai deitar suas bases no pensamento de Gadamer, que, partindo do círculo hermenêutico e da diferença ontológica heideggerianos, vem a fazer uma crítica demolidora ao processo interpretativo clássico (entendido como mera técnica de interpretação).[48] A partir de então, o processo interpretativo é enriquecido, e não mais, cindido em partes.[49] Além disso, o conhecimento como produto da

44. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 29.

45. Ver, nesse particular, DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 22-56, notadamente pelo fato de que o autor confere à razão um papel de destaque, introduzindo um novo critério de verdade.

46. Conforme ROHDEN, op. cit., p. 65, "o *Hermeneutic turn* assemelha-se, em parte, à virada ocorrida na filosofia da linguagem de orientação analítico-matemática para uma análise de seu uso. No caso do *hermeneutic turn*, ela é mais radical, pois se passou do registro epistemológico para o ontológico – este engloba aquele e afeta o sujeito nela envolvido e, por isso, dizemos que ela se justifica como um modo de ser, mais que simplesmente um modo de conhecer, ao passo que, na filosofia da linguagem, a virada foi interna, de uma dimensão abstrata para uma pragmática (...) A virada da hermenêutica epistemológica, isto é, da moderna à ontologia, expressa-se no termo do *hermeneutic turn*, iniciado por Heidegger como hermenêutica da facticidade enquanto filosofia hermenêutica e levada adiante por Gadamer enquanto hermenêutica filosófica".

47. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*... cit., p. 65.

48. Idem, p. 188-189.

49. STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz... cit., p. 99. Aqui, ensina Streck, na trilha do pensamento gadameriano, que "a impossibilidade dessa cisão

interpretação é algo que se dá no mundo, mormente quando de sua aplicação, não se tratando de uma "essência" capaz de ser apreendida. Rompe-se, assim, com a racionalidade ingênua do Direito positivista, que pauta sua dogmática na atividade reprodutora, revelando-se incapaz de pensar e produzir diferença.[50-51]

Esse é o grande contributo de Gadamer para uma hermenêutica criadora do Direito. Com efeito, levando adiante os trabalhos heideggerianos na fenomenologia hermenêutica (notadamente a reflexão ontológica), Gadamer radicaliza sua oposição em relação à questão do método cartesiano, herdado da metafísica, assentando que o conceito de compreensão não diz com um problema metodológico, mas sim, com o caráter "ontológico", original da própria vida humana.[52] Dessa forma, procede a uma revisão no conceito de verdade como algo absoluto ou a busca do último fundamento, que, por consequência, foi a causa do esquecimento da temporalidade e finitude do conhecimento. Como refere Grodin,[53] Gadamer questiona a existência de um conhecimento universalmente válido, bem como a ideia herdada do positivismo histórico no sentido de que só se faz ciência com a eleição de um método seguro, aludindo que não existe método que dê conta, por completo, das ciências do espírito.[54-55]

Assim, a compreensão está relacionada à faticidade e à temporalidade do homem como um ser no mundo. De outro lado, porque há uma estrutura prévia na sociedade e uma tradição já assentada, Gadamer informa que a compreensão é motivada por pré-conceitos, sejam eles autênticos ou inautênticos,[56]

---

implica a impossibilidade de o intérprete retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo", numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos. Para Gadamer, ao contrário, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung). O acontecer da interpretação ocorre a partir da fusão de horizontes (Horizontenverschmelzung), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos".

50. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 161.

51. Idem, p. 162.

52. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 348.

53. Conforme GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 181.

54. Idem, p. 180.

55. Idem, p. 186.

56. GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 355. Como bem refere Gadamer, "toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas e dos

especialmente pelo fato de que o homem é um ser jogado no mundo, que, ao compreender, também se compreende, estando unido ao processo interpretativo. Nesse passo, seguindo orientação gadameriana, pode-se afirmar que a compreensão e a interpretação consistem num projeto dinâmico em que as questões são constantemente reprojetadas no movimento de compreender. Daí a advertência de Gadamer no sentido de que a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias não forem arbitrárias, cumprindo ao intérprete suspender, de antemão, as suas para poder examinar as demais.[57-58] Em suma, no entendimento gadameriano, o processo produtivo da interpretação é informado pela estrutura prévia da compreensão, cumprindo, assim, à hermenêutica, estabelecer as condições em que surge a compreensão, sendo de notar que a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão.[59-60]

Sintetizando, com Gadamer, pode-se afirmar que a interpretação é uma atividade produtiva,[61] e não reprodutiva, de um certo sentido dado, repousando nela um aporte criativo do intérprete, em que toma parte, inexoravelmente, o sentido da compreensão.[62]

Portanto, no ambiente do Direito, há um *logos* hermenêutico que não pode ser olvidado pelo intérprete. Demais disso, também é relevante notar que a compreensão ocorre num mundo permeado de preconceitos que constituem sua condição de possibilidade. Nesse passo, a Constituição se insere na tradição, como uma dimensão de fundo, ou de *standard* de validade, cumprindo que

---

hábitos de pensar imperceptíveis".

57. Idem, p. 356. Nesse particular, Gadamer afirma que quem quer compreender alguma coisa deve, num primeiro momento, estar aberto a ouvir a opinião do outro ou do próprio texto, não devendo ir para a coisa, diretamente, como os seus pré-conceitos, que devem ser suspensos, a fim de que haja uma possível compreensão e entendimento acerca do objeto.

58. Idem, p. 360.

59. Na afirmação de Gadamer, a tarefa da hermenêutica não é desenvolver um procedimento compreensivo – método –, mas clarear as condições donde brota a compreensão. Ver idem, p. 391.

60. Isso tem uma consequência importante concernente à teoria da norma, na precisa advertência de Streck, que é a diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, "isto é, que o texto não carrega de forma reificada, o seu sentido (da norma)". STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz... cit., p. 100.

61. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*... cit., p. 207.

62. Idem, p. 209.

seja explicitada pela hermenêutica constitucional.[63] Com efeito, Zagrebelski,[64] nesse particular, fala do patrimônio da experiência histórico-constitucional, que quer salvaguardar e enriquecer o passado e o futuro da experiência constitucional. E, segundo Zagrebelski, o que permite a continuidade do passado com o presente e do presente com o futuro são as "normas de princípios" (que declaram as raízes e indicam a direção ao Direito), possibilitando, por fim, o implemento do modelo das "Constituições abertas".

4. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE UMA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

O Brasil, seguindo modelo dominante em diversos países, adotou a fórmula do Estado Democrático de Direito. Nele, o Direito é o "princípio condutor" da convivência social nos marcos da sociedade política, sendo que dita convivência deverá fundamentar-se em alguns valores fundamentais. Daí a dimensão cultural do Estado de Direito.[65] Essa fórmula do Estado Democrático de Direito representa um sistema avançado, produto de luta e conquistas que vão desde o desenvolvimento do Estado liberal burguês à consolidação do Estado Social.[66] Em tal Estado, cujo modelo se adota, toda institucionalização é ajustada ao Direito, já que a regulamentação é jurídica. Nesse sentido, dirige-se o pensamento de Jorge Miranda, quando alude que o século XX foi marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), consistindo na era das ideologias e revoluções. Nessa era, o Direito público passou por embates, sendo que, à fase liberal do Estado Constitucional, vai seguir-se uma fase social, que é representativa do Estado Democrático de Direito, que vem com a promessa de direitos econômicos, sociais e culturais, ao par das liberdades individuais e tendentes a substituir formas monárqui-

63. Nas palavras de Stein, "a própria Constituição, como norma fundamental, apresenta-se com a dimensão sem fundo, isto é, assume uma especial mobilidade, quando esse *standard* é extraído da fenomenologia hermenêutica". STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 170.

64. ZAGREBELSKI, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 27-91. Consultar, de igual sorte, do mesmo autor, *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. 7. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. p. 109-153.

65. Veja-se, nesse sentido, as lições de VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6-9.

66. Idem, p. 137.

cas por formas republicanas, com resgate do ideal democrático.[67] O Estado Democrático de Direito representa o transpor de fases do Estado liberal ao Estado social.[68]

Dessa forma, o Direito incorpora as vontades constitucionais da República, notadamente a de constituir uma sociedade mais justa e reduzir as desigualdades sociais, encorpando-se com o aspecto "substantivo" da Constituição (Streck). Disso decorre que o Direito só será válido e legítimo quando estiver em correspondência com a Constituição e sua carga principiológica. Sobressai-se, portanto, o caráter compromissário da Constituição, que se impõe como uma teoria adequada à realidade brasileira, notadamente pela periferia e dependência que cerca a região. Dito de outro modo, o Brasil deve contar com uma ideia de Constituição adequada e dirigente.[69-70]

A partir dessa constatação, de relevo notar que a mudança de rumo empreendida por Canotilho,[71] um dos idealizadores da Constituição dirigente e compromissária, que atualmente adota uma orientação sistêmica (problema

67. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 77.

68. Afirmação de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*... cit., p. 37.

69. Idem, p. 117.

70. STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371. Para Streck, "a ideia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia – TCDAPMT – implica uma interligação com uma Teoria do Estado, visando à construção de um espaço público apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação de políticas de desenvolvimento constantes de forma dirigente e vinculativa no texto da Constituição. Não se deve olvidar que Estado e Constituição estão umbilicalmente ligados". Idem, p. 333.

71. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 113. Conforme Canotilho, a "Constituição dirigente morreu" enquanto "Constituição metanarrativa" da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes, mas que continuará desempenhando uma função 'incontornável' relativamente às tarefas dos Estados de "modernidade tardia". Só podem prescindir desse modelo, na dicção do autor, a estatalidade, que "respondeu às três violências ("triângulo dialéctico") através da categoria político-estatal. Respondeu à falta de segurança de liberdade, impondo a ordem e o Direito (o Estado de direito contra a violência e o arbítrio). Deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado

atual diz, segundo ele, com a complexidade e a reflexividade), não aproveita ao Brasil pelas especificidades da nossa região, assertiva admitida, expressamente, pelo próprio Canotilho, quando refere que o abandono do projeto da Constituição dirigente reclama superação de fases, muito especialmente do combate à pobreza e à insegurança.

De outra banda, o momento atual demarca o surgimento de Constituições rígidas, escritas e hierarquicamente superiores no que diz com a teoria das fontes, nas quais se prioriza a implementação do projeto constitucional, especialmente a concretização e garantias dos direitos fundamentais, relegando-se, a um segundo plano, a questão da separação dos poderes, que consistia na pedra de toque do liberalismo constitucional. Na quadra atual, portanto, o foco é outro: priorizar a concretização dos direitos econômicos e sociais, que cumpre ao Estado implementar e defender.[72] E é, com a constitucionalização dos direitos, ou melhor, com o fato de os Estados, hodiernamente, passarem a assumir contornos de Estados Constitucionais de Direito, que surge o paradigma do (neo)constitucionalismo[73] como um fenômeno recente dentro do Estado Constitucional, ante o fato de que as Constituições contêm altos níveis

---

democrático). Combateu a terceira violência, a pobreza, mediante esquemas de socialidade.

72. Nesse sentido, é o pensamento de BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, quando, nas p. 298-299, assim se manifesta: "Os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3.°, possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os poderes públicos, ou seja, conformam a legislação, a prática judicial e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los. São marcos do desenvolvimento do ordenamento, apontando objetivos e proibindo o retrocesso, funcionando como parâmetro essencial para a interpretação e concretização da Constituição".

73. Não existe precisão conceitual para definir a terminologia neoconstitucionalismo, podendo-se resumir que se trata de um movimento ou paradigma que se instala a partir da insuficiência do modelo positivista herdado do século XVIII, que se baseava na supremacia do parlamento e da lei. Também está enredado com a consolidação nas cartas políticas, dos direitos fundamentais, bem como com a diferenciação qualitativa entre princípios e regras e o princípio da ponderação (ou proporcionalidade). Com efeito, no pensamento de Susana Pozzolo, o neoconstitucionalismo deflui da normatividade da Constituição e dos seus princípios (que são normas), que ganham vida, via "ponderação" ou "balanceamento", na interpretação constitucional. Ver DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006. p. 79.

de normas substanciais,[74] que passam a controlar a atividade do Estado, por meio da ordenação de seus fins e objetivos.[75]

Com efeito, o novo constitucionalismo (também denominado neoconstitucionalismo)[76] representa o movimento filosófico que acentua o novo papel conferido à Constituição, especialmente no que diz com a normatização de seus princípios,[77] que reconduzem princípios morais ao ordenamento jurídico.[78] O neoconstitucionalismo representa o modelo "ótimo" de Estado de Direito, apresentando um novo marco institucional, principalmente pelo fato de que a Constituição impõe limites formais e substantivos ao legislador, calcados na garantia dos direitos fundamentais elencados nela, que se constituem em mandamentos negativos ou positivos ao legislador democrático. Em síntese, o neoconstitucionalismo, com a construção do Estado Democrático de Direito e os princípios inscritos na Constituição, representa uma ruptura com a forma do Estado formal-positivista,[79] implicando a superação do posi-

74. Conforme Gustavo Zagrebelski, pode-se dar por consensual que o Direito atual está composto de regras e princípios, cabendo observar que as normas legislativas são, preferencialmente regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direitos e sobre justiça são, prevalentemente, princípios. Consultar *El derecho dúctil*.... cit., p. 109-126.

75. CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su labirinto. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

76. Conforme Daniel Sarmento, o conceito de neoconstitucionalismo foi formulado sobretudo na Espanha e na Itália, tendo reverberado na doutrina brasileira nos últimos anos, correspondendo a fenômenos que ocorreram na Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra, que se afirmou com a centralidade das Constituições e seus princípios, que obtiveram uma interpretação extensiva e abrangente pelo Poder Judiciário (constitucionalização do Direito), dando espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação. Consultar: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais e o Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 9-49.

77. ZAGREBELSKI, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 91-104. Conforme Zagrebelski, a característica fundamental da Constituição é sua natureza de princípio, que constitui "normas abertas" ao desenvolvimento do futuro. Ver p. 98. Ver, de igual sorte, DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna, op. cit., p. 77 e ss.

78. Para BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais*... cit., p 306, "o ressurgimento do positivismo jurídico, denominado 'neoconstitucionalismo', dá-se, atualmente, por meio da valorização da Constituição como norma".

79. Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.).

tivismo jurídico por um pós-positivismo principialista, que confere validade substancial ao ordenamento jurídico.[80] Em outros termos, o neoconstitucionalismo, conforme ensina Sanchis, é resultado da convergência de duas tradições constitucionais: a da supremacia da Constituição como regra do jogo e a da encarnação de um projeto político bem-articulado de transformação social e política, ampliando a agenda política em áreas como economia, educação, saúde, relações laborais etc.[81]

De se notar que é, com o advento do neoconstitucionalismo, que o Direito do Estado incorpora, de uma vez por todas, o aspecto formal da Constituição (via procedimental) com o aspecto material que se relaciona com os princípios e garantias, direitos fundamentais. E isso representa, de certo modo, o final dos diálogos constitucionais que permearam o século XX, mormente a partir da Segunda Guerra Mundial, especialmente pelo fato de que assumiu destaque a problemática do conteúdo do Direito *versus* legalidade. Parece que a humanidade pressentiu a necessidade de estabelecer vínculos materiais com a atividade do legislador democrático (conteúdos dos quais nem a maioria pode dispor!), para que não se repetissem as amargas experiências do Holocausto. Dessa maneira, o Estado Democrático de Direito, na sua versão constitucional, representa a versão mais desenvolvida e adequada para a convivência complexa do século XXI.[82]

De outra banda, o fenômeno da constitucionalização do Direito importa no "transbordamento" da Constituição para todo o ordenamento jurídico, como entende Sanchis, a ponto de não haver questão de Direito que, de alguma forma, não esteja relacionada a algum princípio, pois há a supremacia da Constituição no que diz com as fontes do Direito. Com efeito, sendo a Constituição a

---

Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 285-286. No artigo, Streck refere que o neoconstitucionalismo altera substancialmente a teoria das fontes que sustentam o positivismo (primado da lei), sendo que os princípios propiciam uma nova teoria da norma, com a consequente superação do "direito-enquanto-sistema-de-regras".

80. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate "positivismo (neo)constitucionalismo". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martorio Mont'Alverne Marreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimentos em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 271.

81. SANCHIS, Luís Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 107-108.

82. Idem, p. 113-114.

linguagem jurídico-política, parece claro que ela representa uma considerável alteração na questão das fontes do Direito. Com efeito, como ensina Zagrebelski, a Constituição transcende o Direito legislativo, visto que os direitos encontram sua base na Constituição, sendo ela a manifestação mais alta do Direito positivo, correspondendo à criação política.[83] A Constituição assume, assim, contornos materiais,[84] superando-se o pensamento que enxergava as normas constitucionais como meros programas confiados ao legislador. Ao contrário, os princípios constitucionais são dotados de normatividade e imperativos,[85] ganhando vida, na sua "ductilidade",[86] na jurisdição constitucional.

Cumpre observar, no entanto, que, na modernidade tardia e periférica, a "cláusula transformadora" do Direito,[87-88] ou a "vivência constitucional", tem sido obstruída ou bloqueada pela adoção do pensamento neoliberal (ideologia

83. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*... cit., p.114-116. Para Zagrebelski, os princípios constitucionais expressam importantes e valorados conceitos, como o da igualdade, liberdade, justiça, dignidade da pessoa humana etc., que não se estruturam segundo uma hierarquia de valores, senão que ganham vida na dua "ductibilidade" (reflexividade/razoabilidade), na medida em que se tomem em consideração todas as razões que podem reivindicar bons princípios em seu favor (questão do pluralismo jurídico). Ver p. 124.

84. Consultar, nesse sentido, a doutrina de GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de constitución. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2006. p. 15-27. Nesse particular, Guastini entende que a Constituição é fonte do Direito, na medida em que se presta para derrogar e invalidar normas anteriores e posteriores, formal e materialmente desconformes com ela.

85. Ver SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 115. Adverte o autor, com relevância, que as decisões do legislador seguem vinculando o juiz, mas é somente através da interpretação constitucional que isso se efetua completamente.

86. O conceito e caracterização do Direito *dúctil* é dado por ZAGREBESKI, Gustavo. *El derecho dúctil*... cit., p. 33. Consultar, também CARBONELL, Miguel. Zagrebelski y el uso de la história por el derecho constitucional. In: ZAGREBELSKI, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. e prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 12. No pensamento de Carbonell, a Constituição constitui uma "utopia concreta", ou seja, um amplo modelo para a vida concreta, de uma humanidade real e política, bem como de uma convivência social com respeito à dignidade da pessoa humana, com a devida justiça social.

87. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais*... cit., p. 289. Importante ver do mesmo autor suas considerações acerca da crise da representação política no Brasil. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 73-94.

88. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais*... cit., p. 294.

do Estado mínimo ou menos Estado),[89] bem como de sua versão mais atual da leitura econômica do Direito,[90] que maximiza a eficiência, buscando o menor custo (social!). Nesse contexto de implemento de políticas neoliberais, que primam pela exclusão e descartabilidade do ser humano, tornou-se lugar-comum o pensamento de que a Constituição é um entrave ao desenvolvimento,[91] ou que implique "amarrar" o legislador democrático, com prejuízos à democracia. Isso tem sido veiculado, de forma cotidiana, com o propósito de enfraquecer a Constituição, como adverte Bercovici, para quem, no Brasil, prepondera a regra de decidir contra a Constituição, o que leva a uma "desconstitucionalização" fática.[92] Nesse ambiente de baixa constitucionalidade, a questão da aplicação da Constituição assume ares de simbolismo, uma vez que os direitos econômicos e sociais são sonegados por uma leitura pragmática de condição orçamentária.[93] E, nesse ambiente de domínio da *lex mercatoria*, o "acontecer

89. Os contornos do neoliberalismo como o pensamento único ou ideologia que aponta a necessidade da redução do Estado ao Estado mínimo com a retração do Estado de providência são dados por AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43 e ss.

90. Ver ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., p. 35-83.

91. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 187, refere que, não raramente, o discurso do poder invoca a "desconstitucionalização", atribuindo à Constituição a responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos, como se a isso fosse possível responder com a simples alteração da norma constitucional, relegando a um plano secundário a falta de condições materiais e sociais, que, efetivamente, são as que bloqueiam o implemento do projeto constitucional.

92. Nas palavras de BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais*... cit., p. 309, "a Constituição normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada de modo permanente e generalizado por fatores econômicos e políticos, não havendo qualquer relação consistente entre o texto e a concretização. Como resultado, a Constituição não se torna uma referência válida para os cidadãos, em geral, e para os agentes públicos, em particular, cuja atividade se desenvolve apesar dela e até contra os seus dispositivos".

93. NEVES, Marcelo, op. cit., p. 176. Como diz Neves, no simbolismo do discurso do poder, "a constitucionalização atua como álibi: O Estado apresenta-se como identificado com os valores constitucionais que não se realizam no presente por culpa do subdesenvolvimento da sociedade. Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem frequentemente representar a subcidadania, invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a realidade constitucional inconstitucional e atribuir ao Estado/governo dos sobrecidadãos a culpa pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos. A essa retórica

hermenêutico" da Constituição é obstado pela nefasta leitura econômica que é imposta ao Direito e que tem sido implementada pelo autoritarismo do mercado e seus princípios de eficiência e segurança jurídica, levando as massas a uma condição desumana de descartabilidade,[94] passando a ser gestionada pelo sistema penal.

5. A NOVA PENALOGIA FUNDAMENTALISTA NEOLIBERAL E A RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL: O DESAFIO DO DIREITO PENAL GLOBALIZADO

A pós-modernidade[95] legou-nos um mundo globalizado, fruto da mundialização da economia experimentada pela humanidade. Nesse contexto, o Estado fragilizado na sua soberania somente detém os monopólios da tributação e do Direito, formalmente, pois quem, efetivamente, os detém é a burguesia que, na onda neoliberal, assume o controle do Estado. Nesse quadrante, o Estado moderno, diagnostica Eros Roberto Grau, passa a atuar a serviço do modo de produção social capitalista, caracterizando-se por um *Estado de classes*, em que "o direito posto (...) encontra seu fundamento de legitimidade

---

constitucionalista subjaz muitas vezes uma concepção voluntarista e instrumentalista do direito".

94. HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002. p. 155, afirma que isso representa uma verdadeira "formalização da razão", uma vez que as condições econômicas modernas forçam o indivíduo a uma atitude positivista, pois não mais se questiona o conteúdo das regras do jogo mercantilista. Trata-se de uma racionalidade (a do progresso) tendente à dominação, eclipsando a razão. Nas suas palavras, "os tecnocratas sustentam que a superabundância de bens, produzidos em ampla escala, eliminará automaticamente toda a miséria econômica. A eficiência, a produtividade e a planificação inteligentes são proclamadas as deusas do homem moderno; os chamados grupos 'improdutivos' e o capital 'predatório' são estigmatizados como inimigos da sociedade".

95. BERGALLI, Roberto. Crimicons o de cómo el fundamentalismo há pervertido el conocimiento criminológico. In: WOLFGANG, Schöne (coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mario A. Viera Libros, 2009. p. 611-626. Para Bergalli, o neoliberalismo, que representa o mercado para além do liberal, é fundamentalista quando descarta qualquer meio de controle dos mercados, aproximando-se das crenças religiosas, especialmente na busca de se fazer primar determinada ortodoxia religiosa em detrimento das outras. Ele denomina Crimicons, "por sostener com radical fundamentalismo unas propostas punitivas que son instrumentales para mantener los planteamientos de dominación política y económica de los movimientos neoconservadores. Idem, p. 615.

exclusivamente na violência, sem nenhum compromisso ético".[96] O Estado, dessa forma, passa a ser guiado pelo mercado (que se constitui no princípio de organização social, a "mão invisível") e, pois, pela lógica de acumulação do capital. De outra banda, o mercado, orientado pelos seus "princípios" da certeza jurídica e da segurança (do lucro e do capital, por óbvio!), para satisfação de seus interesses, faz uma releitura de questões sociais, políticas ou morais, que não podem servir de entrave a sua plena funcionalidade (correr o mundo ávido por lucratividade, sem o peso fiscal). Por isso, exige uma intervenção estatal mínima, ou seja, que se resuma à garantia de previsibilidade de comportamentos e cálculo econômico.[97] E, para esse fim, o mercado cerca-se de garantias: contra a intervenção do Estado (liberalismo político) e em favor do mercado (liberalismo econômico), priorizando, de outro lado, a questão da segurança,[98] que ganhou destaque mundial após o acontecido em 11.09.2001. Em suma, o Estado de bem-estar cedeu frente às premissas ideológicas do neoliberalismo, o que justificou e legitimou o seu encolhimento, passando o mercado a ser considerado a verdadeira fonte da democracia e de emancipação do homem, especialmente por ser uma ordem espontânea e preservadora da liberdade. Enfim, o Estado passou a ser mínimo na busca da justiça social (que cumpre ao mercado), contando, entretanto, "com a mão de ferro implacável na esfera penal".[99]

---

96. GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e Constituição. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 213.

97. Idem, p. 215.

98. Na leitura de GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 181 e ss., a pós-modernidade alterou o controle do crime nas sociedades modernas, notadamente nos últimos 20 anos. E tal mudança não decorre, simplesmente, em razão das novas considerações criminológicas, mas, sim, fundamentalmente, (a) por forças históricas, que transformaram a vida social e econômica, a partir da segunda metade do século XX, a saber, as alterações sociais, econômicas e culturais características da pós-modernidade (que deram azo ao hiperconsumo e ao individualismo); e, (b) a reação à percepção da crise do Estado de bem-estar, com a adoção do neoliberalismo, ou o livre-mercado. Essa também é a visão de YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 15 e ss., quando informa sobre uma mutação de uma sociedade inclusiva à sociedade excludente, que decorre do fato de que o mundo é governado pelas forças do mercado, forjando um mundo de riscos e incertezas.

99. ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., p. 44.

Desse contexto de implemento e sedimentação de políticas neoliberais, que dão primazia ao mercado, que passa a atuar como novo mediador axiológico da vida em sociedade, orientado pelos primados da eficiência, flexibilidade e segurança, surge uma nova orientação de política criminal, ou uma nova "penalogia neoliberal", que incorpora o credo neoliberal de "menos" Estado social e de "glória" ao Estado punitivo ou Estado securitário. Numa palavra, é o fundamentalismo mercadológico da repressão penal. Abandona-se o modelo do Estado interventor e social e, em contrapartida, busca-se um Estado de segurança, paradoxalmente, num mundo globalizado, que convive com a segmentação do espaço mundial em zonas de integração-estabilidade e em zonas de exclusão, ou que reconstitui os espaços assinalados como "centrais", "cinzentos" e "marginais".[100] Com efeito, há consideráveis possibilidades de o discurso político-jurídico "dramatizar a violência", usando-a como fundamento ideológico de refundação de um Direito Penal de "guerra" para fazer frente à sociedade pós-industrial e de massificação dos riscos.[101] Esse retrocesso é produto do "culto à segurança", típico das sociedades do risco e da consequente crise da sociedade do bem-estar, que alterou as bases constitucionais do Direito Penal tradicional.

Com efeito, nesse ambiente social caracterizado pela elevada sensibilidade aos novos riscos, bem como pela "obsessão por segurança", em um mundo premido por novos riscos, que, na modernidade reflexiva, fogem por completo do controle, a questão da segurança desloca-se para o aspecto cultural, resultando nas crescentes exigências de austeridade penal e de uma política criminal repressiva. É o retrato da crise econômica do Estado, na qual a sociedade reivindica direitos, e não, solidariedade,[102] sobretudo do Direito Penal. Aqui, demarca-se o novo "consenso neoliberal" da política criminal: ressurgimento do Estado punitivo, numa verdadeira canonização da segurança ou de uma pornografia securitária (espetáculo midiático no pensamento de Wacquant).

---

100. RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 279.

101. Para apropriação dos contornos da sociedade do risco, ver BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 2006. p. 12. O autor sinala que o produto da modernidade não é mais a pobreza e a exclusão, mas o fato de que vivemos sob o signo do medo, estado máximo do desenvolvimento da civilização, que é fruto da individualização e da desigualdade social, que é herança do processo de modernização.

102. RODRIGUES, Anabela Miranda, op. cit., p. 287.

Passam a ser mais fortes os ventos de *Law and Order*[103] ou da "tolerância zero", que sopraram do Hemisfério Norte para o resto do mundo e que passaram a integrar as pautas políticas de combate à criminalidade, bem como da cultura do aprisionamento, como forma de curar "o mal-estar" causado pela criminalidade.

O que é velado nesse discurso totalizante, peculiar a uma sociedade pós-moderna do controle ou sociedade excludente, é que a criminalidade e a insegurança estão, intimamente, relacionadas à exclusão social e à pauperização das relações de trabalho, que são efeitos correlatos da desnacionalização da economia.[104-105] Com efeito, o Estado, ante a necessidade de competir com os grandes conglomerados financeiros, passa a "abrir mão" de receitas tributáveis como forma de atrair o capital especulativo, reduzindo, portanto, sua capacidade de gerar recursos a serem aplicados em políticas públicas. Dessa forma, exaure as fontes de solidariedade social, formando, no Terceiro Mundo, uma nova "subclasse", ou seja, parcelas da sociedade que são marginalizadas e isoladas: os *underclass*, no dizer de Habermas,[106] a subclasse dos dessocializados ou miseráveis que, inclusive, já não mais se limitam localmente, pois passaram a habitar todo o planeta, como produtos do "enxugamento" do bem-estar.[107]

---

103. COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coords.), op. cit., p. 93, fala-nos do aumento de leis de tonalidade securitária, vindas do outro lado do Atlântico, e que são recebidas por alguns com entusiasmo, todavia, mesmo para instituições liberais, passam a ser observadas como problemáticas e temerosas à política criminal.

104. Conforme CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. p. 237-290.

105. Nesse particular, razão assiste a BARCELLONA, Pietro. *El individualismo proprietário*. Madrid: Trotta, 1996. p. 143, quando alude que o circuito economia-saber-técnica cria uma nova problemática: a emergência que ocorre quando o outro é lançado para o ocasional, imprevisto e imprevisível.

106. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. 2. ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 144-145.

107. Tais efeitos são consequência do processo de globalização econômica, bem como da adoção da ideologia do neoliberalismo, ou seja, do "cosmopolitismo do mercado". Com efeito, com a desterritorialização da economia e com a desmaterialização da produção, o Estado é atacado na sua soberania fiscal, uma vez que a riqueza, hodiernamente, está "livre" do peso dos impostos, exaurindo as receitas do Estado, o que inviabiliza o projeto social. Ver MERCADO, Pedro. El processo de globalización, el estado y el derecho. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.). *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005. p. 119-165.

Consolida-se, assim, a "coisificação do homem",[108] forjando-se uma racionalidade totalitária de mercado, que despreza a diferença (o consumidor falho).[109] Dessa forma, pretende-se combater a emergência pelo primado da lei e da ordem, como forma de compensar a falta de autoridade estatal, correlata ao mundo governado pela *lex mercatoria*.[110-111]

A época atual noticia o surgimento de um novo *ethos punitivo*, após a conversão dos benefícios econômicos ao mercado e a distribuição desigual da riqueza, priorizando-se a repressão à criação de políticas públicas inclusivas, como forma de estancar a estatística criminal.[112] Dito de outra forma, na "ode neoliberal", "a atrofia deliberada do Estado social corresponde à hipertrofia distópica do Estado penal" numa passagem do Estado-providência para o Estado penal.[113-114] Ou, ainda, na observação de Bauman, pretende-se, pelo rigor do sistema punitivo, "acomodar" os conflitos sociais em nome de uma segurança jurídico-penal.[115]

Cumpre notar que a obsessão global pela segurança cognitiva dá legitimidade a um fundamentalismo penalógico, ou a um novo controle penal em que

---

108. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 56.

109. Para CORREAS, Oscar, o neoliberalismo é uma ideologia medíocre que encontra terreno fértil em uma sociedade orientada para a insolidariedade, na mentira e na morte. Ver CORREAS, Oscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 3-15.

110. FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 115.

111. WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 30. Consultar, também, de WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003; _____. *Castigar els pobres: el nou govern de la inseguretat social*. Trad. Lourdes Bigorra. Barcelona: Correu, 2006; _____. *Los condenados de la ciuda: gueto, periferias y Estado*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 48-54.

112. WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria* cit., p. 52-53.

113. Idem, p. 80.

114. KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 161. Nesse sentido, ver, também, do mesmo autor: *Más ética más desarrollo*. 2. ed. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2004.

115. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 128-129.

não há mais distinção entre polícia, Direito e o bélico, gestando-se, por consequência, um Estado de "guerra" ou de "exceção";[116] ou, ainda, um Direito Penal de terror,[117] que prima pela total intolerância com o outro (criminologia do Outro, de Garland, ou de "diabolização" do criminoso). E esse controle penal de exceção chega ao seu extremo com a formulação do Direito Penal do Inimigo, que pretende conferir ao "indivíduo" o *status* de não pessoa, suspendendo suas garantias constitucionais,[118] caso não ofereça duradoura fidelidade ao Direito ou cognição normativa, como, por exemplo, os terroristas, ou cri-

---

116. Segundo AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 39 e ss., o Estado de Exceção caracteriza-se por uma zona de indiferença ou de anomia, que não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, constituindo-se, assim, num espaço de indeterminação. No pensamento de Agamben, o que caracteriza o Estado de exceção é a suspensão total ou parcial do ordenamento jurídico, que se apresenta, portanto, de forma indefinida quanto a sua Constituição (dentro do Direito ou fora do Direito). Cuida-se, na verdade, de um ato de força, desvinculado da lei, ou seja, "o Estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o Estado de Exceção marca um patamar onde a lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real". Idem, p. 63. Importa notar, com Agamben, que, na era da biopolítica, o Estado de exceção tem alargado seus limites, dispondo, cada vez mais, da vida nua. Ver AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 128.

117. Para BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007. p. 199 e ss., o subsistema penal de exceção encontra espaço na crise do Estado-nação, que, no estágio atual, adquire uma centralidade indiscutível. E o sistema de exceção implica a superação das lógicas de inclusão, dando-se relevância ao valor da segurança, o que, ao fim, leva a uma gestão segregadora das populações de risco. Demarca-se, pois, o surgimento da cultura de emergência penal. É nesse quadro, em muito impulsionado pelo trágico evento de setembro de 2001, que o controle penal incorpora lógicas bélicas, e o termo "guerra global permanente" ao crime é incorporado à linguagem do Direito. A guerra, anunciada num primeiro momento contra os terroristas, se converte em um estado normal e geral. É o momento em que o policial e o bélico se confundem.

118. Para se constatar isso no caso brasileiro, basta verificar que todas as intervenções do legislador são para aumentar as penas (punitivistas, em ofensa ao princípio da proporcionalidade). Veja-se o novo capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, o

minosos habituais e violentos, imigrantes.[119] Numa palavra, é o sistema de exceção abarcando o Direito Penal da Ilustração, isto é, o Direito Penal atuando como um subsistema social para compensar a crise do Estado social e a lógica da inclusão. Assim, sob o manto do princípio da igualdade, inclui-se toda a vida nua (Agamben) sob o domínio do Direito Penal (matável, portanto), para, ao depois, excluí-la, depositando sobre a biografia individual toda a carga dos problemas dos sistemas complexos.[120]

6. CONCLUSÃO

A expansão do Direito Penal, bem como a sua convivência íntima com a lógica belicista, unindo políticas bélicas e policiais no debate que se denomina "vampirização" do risco nas sociedades pós-industriais do século XX-XXI, é dado presente no controle penal (Silva Sánchez, Ripollés e Brandariz Garcia). Entretanto, cumpre notar que tal expansão, demasiada e irrefletida, tem legitimado um Direito Penal de exceção,[121] que se situa em uma "zona de anomia" do Direito. Não é por acaso que, na quadra atual, o controle penal tem primado pela "suspensão" da Constituição e de seu sistema de garantias, pois se convive com penas desproporcionais, flexibilização das garantias constitucionais como forma de se acelerar o processo penal e dotá-lo de eficácia e, por fim, obter-se a antecipação da tipificação.[122]

---

regime disciplinar diferenciado (RDD), os crimes de tráfico de entorpecentes, e fica-se por aqui!

119. Para uma introdução ao tema Direito Penal do Inimigo, consultar CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: "derecho penal" del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 15-46. Também ver MARTÍN, Luis Garcia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Ed. RT, 2007. E, por todos, JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de un derecho funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996. Ainda, do mesmo autor, La autocomprensión de la ciência del derecho penal ante los desafios del presente. In: HASSEMER, Winfried Albin Eser; BUEKHARDT, Bjorn (coords. da versão alemã); MUÑOZ CONDE, Francisco (coord. da versão espanhola). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53 e ss.

120. BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007. p. 33.

121. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibánez et al. Madrid: Trotta, 2005. p. 807-848.

122. Nesse particular, correta a afirmação feita pelo professor STRECK, Lenio Luiz, em aula proferida no curso de pós-graduação em Direito da Unisinos, no sentido de que o

Nesse passo, o contradiscurso ou a resistência ao modelo repressor de exceção passa pelo restabelecimento da cultura da tolerância com relação ao outro e pelo (re)ligamento do Direito Penal aos valores informados pela Constituição e sua carga principiológica, abandonando-se a roupagem reacionária preconizada pela mídia, desprezando soluções simbólicas e apressadas, restabelecendo-se a comunicação entre o grupo dos incluídos e excluídos, pondo-se a nu a pobreza e as interdições recalcadas que a globalização neoliberal tem produzido no mundo afora e que se encontram sob o manto da invisibilidade.[123] Com efeito, desde Freud, é sabido que o verdadeiro mal-estar da civilização repousa nas interdições "recalcadas", dentre as quais a pobreza e a atitude destrutiva são expoentes, impondo-se, para o sucesso civilizatório, uma certa distribuição da riqueza.[124-125]

Dessarte, o Direito Penal, para ser legítimo, não pode ser um Direito de exceção, que prime por uma intervenção, "suspendendo" a Constituição e seus princípios retores, muito especialmente o da subsidiariedade e da intervenção mínima, não podendo ser utilizado como *prima ratio*.[126-127] E, como decorrência da intervenção mínima, numa importante aproximação com a teoria da Constituição, a legitimidade do Direito Penal somente ocorre na estrita proteção de bens jurídicos, ou seja, quando se destina a proteger valores indispensáveis à convivência social, não podendo ser utilizada como uma pedagogia social, nem em defesa de convenções religiosas ou morais. Com efeito, na atualidade, em que não se estabelecem rígidas fronteiras entre o falso e o certo, razão assiste a Naucke, quando informa que o positivismo jurídico-penal representa

---

Direito Penal sempre foi dotado das características de Direito Penal do Inimigo, uma vez que nunca se fez a devida leitura constitucional, sendo, pois, funcionalizado ao arrepio das garantias e princípios constitucionais.

123. CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al (org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-166.

124. Idem, p. 154.

125. Ver FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 62-63. Também consultar FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974. p. 104.

126. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 49.

127. CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Ed. RT, 2007. Na p. 89, chama de natureza secundária do Direito Penal, sendo que não lhe corresponde tarefa valorativa, não sancionatória.

perda de conteúdo do princípio da legalidade, visto que se implementa em um positivismo relativista e politizado, levando-se o Direito Penal a uma situação insustentável, com graves prejuízos à Constituição e à democracia.[128]

7. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: escorço de sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: código da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLONA, Pietro. *El individualismo proprietário*. Madrid: Trotta, 1996.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O positivismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUAMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

128. Aqui, calha a observação de Naucke, quando assevera que o trânsito do Direito Penal ao positivismo leva consigo a perda de uma cultura jurídico-penal, degenerando o princípio da legalidade. E isso se caracteriza pela inflação legislativa, que cresce desacompanhada da elaboração de uma teoria respectiva. Como diz Naucke, "o positivismo jurídico-penal no piensa em rígidas fronteras entre lo falso y lo cierto –ni siquiera en el homicidio o las detenciones ilegales–, sino que piensa em un libre juego de fuerzas que conduce a la sanción o la impunidad. Especios de juego, o devería decirse 'mercados'? –son los procesos de legislación y el proceso penal concreto; el número de jugadores resulta difícil de determinar".

BERGALLI, Roberto. Crimicons o de cómo el fundamentalismo há pervertido el conocimiento criminológico. In: WOLFGANG, Schöne (coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mario A. Viera Libros, 2009.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte geral*. Madrid: Trotta, 2006.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: derecho penal del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz (org). *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs – Estudio preliminar a Jakobs, Günther – La pena estatal: significado y finalidad*. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 6.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y princípios constitucionales*. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su labirinto. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

_____. Zagrebelski y el uso de la história por el derecho constitucional. In: ZAGREBELSKI, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. e prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. vol. 1.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CHESNAIS, Francois. *A mundialização do capital*. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al (org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CORREAS, Oscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar.* Curitiba: Edibej, 1996.

D'AVILA, Fabio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no Séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud.* Trad. José Ángel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficante de Sueños, 2006.

DESCARTES, René. *Meditações metafísicas.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DIMOULIUS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.* São Paulo: Método, 2006.

_____; OTO, Duarte Écio (org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico.* São Paulo: Método, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Trad. Perfecto Andrés Ibánez et al. Madrid: Trotta, 2005.

FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão.* Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janairo: Imago, 1997.

_____. *O mal-estar da civilização.* Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* 6. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e Constituição. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRODIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica.* Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de constitución. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.* Madrid: Trotta, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. 2. ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Ed., 1985.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

JAKOBS, Günther. La auto comprensión de la ciência del derecho penal ante los desafios del presente. In: HASSEMER, Winfried Albin Eser; BUEKHARDT, Bjorn (coords. da versão alemã); MUÑOZ CONDE, Francisco (coord. da versão espanhola). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2006.

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito funcional*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. Estudos de Direito Penal vol. 6.

_____. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de un derecho funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijó. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Más ética, más desarrollo*. 2. ed. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2004.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

MARTÍN, Luis Garcia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MERCADO, Pedro. El processo de globalización, el Estado y el derecho. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.). *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

_____. Límites del normativismo em derecho penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de uma teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

NAUCKE, Wolfgang. La progressiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Lisboa: Coimbra Ed., 1995. vol. 1.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 1.

OMMATI, José Emílio Medauar. O positivismo jurídico na prática da jurisprudência brasileira: um estudo de caso a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: DIMOULIUS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal – Parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics*: a exceção econômica no direito. In: _____; LINHARES, José Manuel Aroso (orgs.). *Diálogos com a* law & economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

SANCHIS, Luis Pietro. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfganf (orgs.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas: 20 anos de constitucionalismo democrático e agora?* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

_____. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate "positivismo (neo)constitucionalismo". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martorio Mont'Alverne Marreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimentos em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A resposta hermenêutica à discricionaridade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIUS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

_____. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2008.

_____. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

_____ et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WACQUANT, Loïc *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y estado*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

_____. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Castigar els pobres: el nou govern de la inseguretat social*. Trad. Lourdes Bigorra. Barcelona: Correu, 2006.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: temas para uma reformulação*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 1994.

_____. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. 7. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

_____. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A crise constitucional do estado contemporâneo: estado de exceção e repressão penal, de Bruno Heringer Júnior – *RBCCrim* 80/280;
- Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RBCCrim* 47/60;
- Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal, de André Luís Callegari e Cristina Reindolff da Motta – *RT* 867/453;
- La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, de Wolfgang Naucke – *RBCCrim* 61/122;
- Mídia e sistema penal no capitalismo tardio, de Nilo Batista – *RBCCrim* 42/242; e
- O direito processual e a constituição. A relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo, de Benedito Hespanha – *RDCI* 48/7.

55909

NOTAS SOBRE O CONTROLE EXTERNO NA ATIVIDADE POLICIAL: O PORQUÊ E POR QUEM, OU, A ANÁLISE DA PROPOSTA DE SUA RETIRADA DAS MÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1

ALCIDES MARQUES PORTO PACHECO

Mestre (bolsista pela Capes) em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Processual; Penal

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil é um documento que, enquanto principal documento político-jurídico de um país que sai de uma anterior experiência ditatorial, prestou especial atenção ao controle de suas instituições, principalmente daquelas que realizem o chamado uso da violência legítima. Como um desses mecanismos, foi previsto o chamado controle externo da atividade policial, pelo Ministério Público. O citado controle nunca foi pacífico, recebendo diversas críticas e defesas de diversos setores, sendo alvo até mesmo de uma Proposta de Emenda Constitucional. O presente artigo visa abordar a discussão atual sobre o tema através de uma abordagem crítica, tendo como principal finalidade apontar para o que se entende como solução mais adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade policial – Controle externo – Ministério Público – Reforma da Constituição.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution is a political document and as the main legal document of a country that has experienced dictatorship, has paid special attention to the control of its institutions, particularly those that resort to the so-called legitimate use of violence. One of these mechanisms is the external control of police activity carried out by the Public Prosecution Office. This control has been strongly criticized by some public sectors and supported by others leading to the proposal of a constitutional reform. This article intends to critically address this topic, pointing to the most appropriate solution.

KEYWORDS: Police activity – External control – Brazilian Public Prosecution Office – Constitutional reform.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Monopólio da violência legítima, (des)legitimação da atuação policial e a necessidade de controle: os perigos do sentimento da "sobre-legitimação" da violência e a necessidade de controle da Polícia - 3. Atenção a um problema fático e a necessidade de controle: uma breve exposição sobre os problemas da discricionariedade da atividade policial, com especial referência aos atos de investigação - 4. Quem vigia o vigilante: a conformação da Constituição Federal e a discussão sobre a PEC 381/2009 - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Mesmo transcorridos vinte anos da promulgação da Constituição Federal, muitas de suas disposições nunca atingiram pacificidade (fato que é normal nos mais diversos sistemas jurídicos)[1] tanto em relação à aplicação quanto em

1. Estas disputas constantes são realidade e constância no Direito. Tal é notado mesmo nos mais variados sistemas de pensamento sobre a ciência jurídica. Assim, tendo-se em vista o pensamento de Perelman, vê-se que esta é uma caracterização inafastável de qualquer sistema jurídico. Isto porque, ao invés da lógica formal, utiliza-se a lógica do razoável, entendida como a lógica do comportamento que traz em si a melhor opção valorativa. O seu método, assim, será o diálogo racional que levará a encontrar a melhor solução. Aqui, portanto, o direito surge como arte do confronto, no melhor estilo da Retórica, esta entendida como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios persuasivos disponíveis, com a maior adesão possível (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 141), o que, por se colocar em um processo dinâmico, tende a possibilitar o surgimento de diversos argumentos que buscam a maior adesão possível (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. Nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 7-8).
Este traço de surgimento de múltiplas perguntas também é vislumbrado quando da adesão do método problemático, tida a noção de a noção de *problema* como toda questão que permita mais de uma resposta e que pressupõe uma compreensão preliminar e provisória, em virtude da qual algo aparece como questão que deve ser levada a sério e para a qual se procura a solução (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 316). Aqui, particular importância toma o pensamento de Viehweg, para quem o cerne do jurídico deve ser colocado na "discutibilidade". Sua constante referência a conexão de problemas exige uma técnica especial, em que estes problemas são referidos a certos pontos de vista que lhes iluminam os diferentes ângulos e aspectos (idem, p. 316). Aqui, a discussão surge como instrumento de controle das próprias premissas. Trata-se de colocar no lugar do reflexo (relação de causalidade e racionalidade mecânica) a reflexão e, assim, leva-se a uma seleção de sistemas. Como lembra o jusfilósofo, impõe-se uma forma de pensar fragmentada, na medida em que nega um sistema total, o que é atingido pela substituição da noção de sistema pela de tópica (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Ed. UnB, 1979. p. 33).

relação à teorização, sendo que outras questões sequer foram tratadas.[2] Ainda, há aquelas que apenas agora começam a ser tratadas. É sobre um dessas últimas que pode ser enquadrado o tema do presente escrito, qual seja, o controle externo da Polícia, não encontrando contornos claros de sua delimitação.[3]

Deslocado da figura do juiz corregedor,[4] o controle externo passou, com a Carta Maior de 1988, a figurar como atribuição do Ministério Público. Contudo, isto não significou submissão hierárquica da Polícia ao Ministério Público, na medida em que a Polícia permanece ligada institucionalmente ao Poder Executivo. E mais, com o início de tentativa de delimitação, pelo *parquet*, do que seria a citada função, houve grande resistência por parte da Polícia, o que resultou em ações buscando o reconhecimento da inconstitucionalidade destas normatizações e mesmo a retirada do controle do âmbito do Ministério Público, transferindo-o para o Conselho Nacional da Polícia (PEC 381/2009). Há, aqui, grande importância na análise, seja por força da delimitação/alteração

---

Esta pluralidade passa, inclusive, pela revitalização do conceito de sistema, sendo que este, agora, deve ser pensado de forma aberta, ou seja, partindo-se de um processo circular de descoberta de problemas e formação de princípios. Assim, os princípios/conceitos jurídicos e não as regras são os fatores genuínos de formação do sistema. Dessa forma, não apenas aparece como possível uma visão de conjunto, própria do sistema, mas o próprio trabalho prático começa a mostrar suas conexões, fator que só o sistema pode colocar em evidência. Mesmo nestas conexões, com esta abertura do sistema aos valores, mostra-se a possibilidade de construção de reconstrução daquele, bem como da existência de uma pluralidade de respostas possíveis a depender da conformação do sistema com o caso concreto (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 232-233). Contudo, este fato não faz perder o sistema aberto das duas características comuns aos diversos tipos de conceitos de sistema: a unidade – no sentido de um ou vários pontos de referências centrais – e a ordem – no sentido da conexão lógica de seus enunciados (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 9-23). Mesmo assim, como lembra Larenz, a história passou por cima do conceito absoluto de sistema, só sendo possível trabalhar-se com a ideia de um sistema aberto e móvel até certo grau. Não há uma realidade e nem mesmo verdades imutáveis (op. cit., p. 241).

2. Pode ser dado como exemplo disto o caso do imposto sobre grandes fortunas que, mesmo previsto pela Constituição, nunca foi implementado pela legislação própria devida.
3. Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 255.
4. SARABANDO, José Fernando Marreiros. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Justitia*, vol. 59, n. 177, p. 46.

do papel institucional de cada um destes dois órgãos envolvidos, seja pelo contato direto da Polícia com os cidadãos e o papel que desempenha diante da sociedade.

2. MONOPÓLIO DA VIOLÊNCIA LEGÍTIMA, (DES)LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO POLICIAL E A NECESSIDADE DE CONTROLE: OS PERIGOS DO SENTIMENTO DA "SOBRE-LEGITIMAÇÃO" DA VIOLÊNCIA E A NECESSIDADE DE CONTROLE DA POLÍCIA

A discussão sobre o assunto disposto nesse artigo deve iniciar-se com considerações mais abrangentes do que apenas a relação direta entre controlado e controlador, partindo-se simplesmente de assunção de que o controle é necessário. Antes, tem-se que mostrar a própria estrutura geral implicada, tal como o próprio papel do Estado diante dos cidadãos e de como o exerce.

Assim, conforme uma perspectiva weberiana, um Estado dificilmente pode ser definido pelo conteúdo daquilo que faz, na medida em que não há praticamente nenhuma tarefa que já não tenha sido intentada e, ao mesmo tempo, não há prática que possa ser tida como própria, como exclusiva, de um dado momento ou formação. Assim, o estado moderno, no pensamento de Weber, só pode ser definido a partir do que lhe é próprio ou específico: o monopólio da violência física. Note-se que a violência não é o ordinário ou único meio de ação do Estado, mas é o único que lhe é específico.[5]

Assim, uma diferença fundamental entre os policiais (representantes do poder do Estado e da violência legítima) e os outros cidadãos consiste no fato de que os policiais estão autorizados a usar a força física contra outra pessoa no cumprimento do dever legal, que, no Brasil, é definido na Constituição Federal como a preservação da segurança pública e, mais especificamente, da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.[6] O vínculo desse fato com o proces-

---

5. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. UnB, 2004. vol. 2, p. 525. Neste sentido, o sociólogo alemão estabelece que "é, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere; o Estado se transforma, portanto, na única fonte do 'direito' à violência" (WEBER, Max. *Ciência e política. Duas vocações*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 56).

6. MESQUITA NETO, P. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: PANDOLFI, D. C. et al (orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 132.

so penal (aqui incluído o inquérito policial)[7] resta claro, na medida em que, no sentido em que hoje é concebido, só pode ser visualizado a partir da irrupção de uma forma de organização social caracterizada pela centralização do poder político que, mediante o monopólio da violência jurídica, impõe a obrigação de respeitar proibições e mandados heterônomos.[8] Direito penal, pena, processo e persecução são conceitos que se tornam encadeados pela própria racionalidade moderna. São ligados pela necessidade de respeito à lei, pelo monopólio da violência (legitimação da centralização do poder estatal) e pela de produção de provas (ainda que preliminares) que justifiquem o desencadear do processo.

Contudo, para que seja possível tal monopólio que, de certa forma, traz consigo uma relação de dominação,[9] é necessária a sua legitimação, a qual deve ser aceita por toda a ordem juspolítica. Neste particular, são levantadas três formas de legitimação: duas irracionais (carisma e hábito)[10] e uma racional (respeito à lei).[11] No presente estudo, por se tratar da visualização da necessi-

7. Como lembra Lopes Jr., a instrução preliminar não pode ser considerada como processo em sentido próprio, na medida em que não existe o exercício de uma pretensão nem a estrutura dialética mínima para que assim seja considerado. Trata-se de um procedimento preparatório que pode ser administrativo ou judicial (LOPES JR., Aury Celso Lima. *Sistemas de instrucción preliminar en los derechos español y brasileño. Con especial referencia a la situación del sujeto pasivo del proceso penal.* Tese de Doutorado, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Procesal, 1999, p. 152). Por força disto, a inclusão do inquérito neste âmbito apenas diz respeito a uma generalização, sabendo-se do fato de não estar incluído quando do sentido estrito de processo.

8. MAIER, Julio B. J. El Ministerio Público: ¿un adolescente? In: ROXIN, Claus et al. *El Ministerio Público en el proceso penal.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 17.

9. "Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores" (WEBER, Max. *Ciência e política...* cit., p. 57).

10. Conforme: SOUZA JR., Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes.* São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 94, o hábito diz respeito ao costume social (ou, conforme o próprio Weber, do eterno ontem ou do costume sagrado) de obediência a autoridade. Quanto ao carisma (palavra importada por Weber da teologia, que significa um dom misterioso adquirido de forma gratuita a determinadas pessoas para, de maneira extraordinária, servir as pessoas), opera no plano das paixões coletivas que são despertadas na sociedade.

11. Idem, loc. cit.

dade de controle da Polícia, assume maior importância essa última forma de legitimação, qual seja, a que se opera mediante o respeito à lei.

Para tanto, deve-se ter a crença na validade dos institutos legais e na competência objetiva, fundamentada em regras racionalmente criadas, ou seja, em virtude de disposição de obediência ao cumprimento de deveres fixados nos estatutos. A legitimidade nasce exatamente do fato de que não apenas os indivíduos devem respeitar a lei, mas também o próprio Estado, até porque as leis e a Constituição devem conter as regras por meio das quais deve ser assumido e exercido o poder.[12]

A ideia, aqui, reside na circunstância de que somente o poder pode frear o poder. Este sistema se inscreveu nas Constituições modernas em relação ao controle. Dentro do próprio Estado devem ser criados Poderes (no esquema montado por Montesquieu e adotado pela Constituição brasileira de 1988,[13] Executivo, Legislativo e Judiciário), Instituições e órgãos com a finalidade de efetivação do chamado sistema de "freios e contrapesos". Pretende-se que o sujeito detentor de determinado poder (aqui entendido no sentido orgânico) não controle a si mesmo, mas que existam freios que provenham do enfretamento extremo com o outro poder. Somente mediante esta estrutura é que se entendeu possível a garantia de limites nítidos aos abusos e, com isso, dos direitos fundamentais.

Em relação ao poder penal, ele estará tanto mais limitado quanto mais o fizer o texto fundamental.[14] Neste particular, lembra Weber que as atividades regulamentares necessárias aos objetivos da estrutura governada burocraticamente são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais. Esta atividade regulamentar é rigorosamente delimitada pelas normas relacionadas com estes meios de coerção e, por fim, apenas as pessoas que tem a qualificação prevista pela lei ou pela Constituição podem exercer o controle dos demais.[15]

Disso deriva o cânone hermenêutico da unidade da Constituição, surgindo o princípio da correção funcional, o qual tem por finalidade orientar os intér-

12. Idem, p. 95.

13. Sabe-se da discussão a respeito de se há outro(s) poderes na estrutura de Estado do Brasil. Contudo, optou-se pelo critério expresso na Constituição, até porque se constitui de maneira formal, na medida em que o poder nacional é uno.

14. RUSCONI, Maximiliano. Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público. In: ROXIN, Claus. Op. cit., p. 105.

15. WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1979. p. 229.

pretes da Constituição no sentido de que a norma fundamental institui um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências.[16] Nesse diapasão, conforme manual elaborado pelo Ministério Público, cabe a ele buscar meios que visem à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, particularmente dos preceitos relativos à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Considerando que a atividade policial é essencial à promoção da segurança pública e, portanto, à efetivação dos direitos fundamentais, ela deve pautar-se na eficiência e no respeito aos cidadãos. Como essa atividade pode incorrer em excessos por fazer uso da força em nome do Estado, exigem-se mecanismos de controle externo para repressão dos eventuais desvios de conduta dos policiais, combate à impunidade e bloqueio das interferências na atividade correcional.[17] Por isso é que se insere o disposto no art. 129, VII, da CF/1988, que coloca como função do Ministério Público exercer o controle externo da Polícia. Na verdade, em relação aos direitos individuais indisponíveis e à defesa da ordem jurídica, pontos com maior aderência ao caso do controle externo, são o principal campo de atuação do *parquet*.[18]

3. ATENÇÃO A UM PROBLEMA FÁTICO E A NECESSIDADE DE CONTROLE: UMA BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE OS PROBLEMAS DA DISCRICIONARIEDADE DA ATIVIDADE POLICIAL, COM ESPECIAL REFERÊNCIA AOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO

Para funcionar, as práticas de controle da violência policial devem estar apoiadas em teorias ou, ao menos, em ideias sobre a natureza e a origem da violência policial que sejam empírica e normativamente válidas.[19] Não cabe apenas a exposição de estruturas formais, mas o conhecimento do problema, sendo que mesmo a titularidade do controle sobre a Polícia não escapa a isso. É uma breve visualização destes problemas que se passa a realizar.

Diante de toda a digressão anterior quanto à autoridade do Estado moderno, não pode escapar à percepção o fato de que a Polícia constitui o símbolo

16. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 116.

17. FREIRE, Alice de Almeida (coord.). Manual nacional do controle externo da atividade policial. Conselho Nacional dos Procuradores gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Goiânia, 2009. Disponível em: [www.mpm.gov.br/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/anexos/Manual%20Co]. Acesso em: 30.06.2010.

18. MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e constituinte. *Justitia*, vol. 137, n. 49, p. 60.

19. MESQUITA NETO, P. Op. cit., p. 137.

mais visível do sistema formal de controle, o mais presente no quotidiano dos cidadãos e, via de regra, a primeira linha de aplicação da lei penal,[20] bem como a que conta com maior discricionariedade fática. Na verdade, a Polícia dispõe de um largo leque de alternativas à estrita e efetiva aplicação da lei: umas legais, outras ilegais, outras ainda situadas numa zona cinza não expressamente coberta pela lei. Resumidamente: a Polícia tem a sua disposição quase todas as possibilidades, indo do entusiasmo à apatia; do fanatismo às discriminações sutis entre situações análogas; do comportamento legal ao ilegal.[21]

Não por outra razão que a formação da instituição ganha grande relevo para a análise. Assim, como lembra Zaverucha, "na Europa Oriental Comunista, o controle sobre os militares era civil, mas não democrático, uma vez que os militares estavam submetidos ao controle do Partido Comunista. O desafio das transições do autoritarismo para a democracia, portanto, foi despolitizar os militares. Na América Latina, com exceção do México, não havia controle civil nem democrático sobre os militares. Desse modo, as transições latino-americanas procuram desmilitarizar a política, tentando levar os militares a se concentrar em sua atividade profissional extroversa, ou seja, defesa das fronteiras do Estado.[22] Entenda-se por militarização o processo de adoção e uso de modelos militares, conceitos, doutrinas, procedimentos e pessoal em atividades de natureza civil, dentre elas a segurança pública".[23]

No Brasil o caso não foi diferente, onde a Polícia contava com grande margem de discricionariedade. Em um esforço por interpretar, do ponto de vista

---

20. DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manoel da. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 443.

21. Como foi descrito por Hagen, há considerável parcela dos estudiosos que considera a Polícia como a instituição que goza de menor discricionariedade, na medida em que tem o seu trabalho constantemente avaliado, podendo mesmo ser descartado, por outras esferas do controle penal (especialmente o Ministério Público e o Judiciário). Contudo, isto não condiz com a realidade fática completa (HAGEN, Acácia Maria Maduro. *O trabalho policial: estudo da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul*. São Paulo: IBCCrim, 2006). Tal se dá porque as agencias judiciais e os membros do Ministério Público se limitam a resolver os casos selecionados pelas Polícias. Assim, na prática, a Polícia é que exerce o poder seletivo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro* Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1 – Teoria geral do direito penal, p. 51).

22. Note-se que, durante o regime autoritário (1964-85), o governo federal promoveu claramente ou tolerou a violência policial como um instrumento de controle político (MESQUITA NETO, P. Op. cit., p. 130).

23. ZAVERUCHA, Jorge. Poder Militar: entre o autoritarismo e a democracia. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 15, n. 4, p. 76.

de sua historicidade, os desvios dos policiais, recorre-se a dois tipos de abordagens. O primeiro, relacionado à militarização da Polícia. Durante o Regime Militar, a Polícia passou por uma transformação em Polícia Política, isto é, foi orientada para a identificação e eliminação dos considerados "inimigos internos". Esse *ethos* profissional tendeu a permanecer durante a democratização do país, embora o "inimigo interno" passe para outra categoria.[24]

Por força disso, pode-se entender que, diante deste movimento de articulação dos diferentes modelos de política criminal, o lugar dado às instituições policiais é particularmente significativo. Elas são auxiliares das instituições judiciárias no modelo de Estado Liberal. Por outro lado, dispõem de uma total autonomia no modelo totalitário, no qual qualquer forma de dissidência (ou de afastamento da normalidade) confunde-se com a delinquência para dar lugar a diversas práticas de prevenção-repressão-eliminação que se desenvolvem com frequência à margem das leis e longe de qualquer controle da autoridade judiciária.[25] Aqui, já vai se circunscrevendo a necessidade de controle da atividade policial.

Diante desta formação institucional ainda diretamente ligada ao que outrora fora utilizado pela ditadura, com a militarização da Polícia, pensa-se que pode haver uma aproximação do fenômeno com a chamada experiência de Milgram. Esta consistia na seleção de indivíduos (dos mais diversos estratos sociais) que, após passarem por todo um processo falso de legitimação e certificação da realidade das condições utilizadas, eram convidados a servir como uma espécie de "corretores" de respostas dadas por um terceiro (ator). Seriam elaboradas perguntas pelo "professor" que deveriam ser respondidas pelo ator de forma correta. A cada resposta errada deveriam ser aplicados choques elétricos mediante a utilização de um aparelho com trinta marcas, que variavam a voltagem, essa chegando a até 450 volts. No mesmo aparelho havia a indicação de ser o caso de um choque com pequeno, médio ou grande risco ao aluno. A cada erro deve ser aumentada a voltagem. Se o aprendiz se nega a responder, deve ser considerado como se tivesse errado.[26]

A partir de determinada voltagem, o aluno começa a gritar e bater com braços e pernas na cadeira, bem como a implorar para que o experimento parasse, sendo facilmente ouvido pelo professor. Caso este perguntasse sobre a

24. BATISTA, Analía Soria. A fragilidade do controle externo das polícias brasileiras. *Sociedade e Estado*, vol. 21, n. 1, p. 237.

25. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 226.

26. MILGRAM, Stanley. Behavioral study of obedience. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 67, n. 4, p. 372.

continuação do experimento, eram colocados quatro argumentos consecutivos (a depender da resistência do indivíduo em obedecer) como meio de manutenção: (1) por favor continue; (2) o experimento exige que você continue; (3) é essencial que você continue; (4) você não tem outra escolha. Como resultado, teve-se que apenas cinco de 40 sujeitos se recusaram a continuar aplicando os choques de intensidade de até 300 volts. Mais quatro indivíduos desistiram depois da primeira aplicação. Após isto, apenas mais cinco desistiram antes da voltagem máxima, totalizando um número de 14 desistências, permanecendo 26 indivíduos até o final da situação proposta. Deixou-se claro que a desobediência não traria qualquer consequência ao professor.[27]

Por mais que isso possa parecer um desvio do assunto aqui tratado, na verdade não o é. Note-se que a experiência realmente tenta mostrar o grau de obediência a que alguém pode atingir, chegando até mesmo a aplicação de choques mortais em outro indivíduo. Contudo, o autor também traz outra faceta, que aqui pensamos poder ser mais bem explorada: a de que os atos não consistiam em aplicação cega da ordem que era dada, mas sim um instrumento para algo que era tido como legítimo, como significativo. Ou seja, o ser humano, se sentir que está legitimado, pode agir de maneira a gerar grandes danos ou mesmo a morte de outros.

Diante de uma formação eminentemente militarizada, de caça e destruição do inimigo, a Polícia entende legitimados certos atos de violência como maneira de atingir seus desideratos. É a própria conformação do estado de exceção[28] na prática policial, onde a lei aplica-se (contenções de multidões e investigações policiais) desaplicando-se (o extrapolar da violência, que não mais é legítima, na medida em que não segue os limites colocados na lei e na Constituição, bem como o ignorar das garantias dos cidadãos envolvidos no caso). O estabelecimento de uma relação de domínio do policial sobre o indivíduo, assim, é vista como legitimada, como uma necessidade do caso e da profissão ou mesmo como maneira de correção de uma situação desigual.[29]

---

27. Idem, p. 375.

28. Sabe-se, neste ponto, de certo desvirtuamento do pensamento de: AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer. *O poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. vol. 1, passim. Isto porque, na ideia de estado de exceção trabalhado pelo autor, a lei aplica-se desaplicando-se na medida em que encontra a sua hipótese legal completamente preenchida. Não se trata, no autor, de um caso de legalidade, mas da retirada da incidência da lei mediante possibilidade legalmente prevista pelo ordenamento.

29. Esses são os casos de violência que envolvem vítimas notoriamente mais frágeis, mais fracas que os agressores. Nestes casos, não é incomum que a violência policial seja

Ligado a isso está o fato (campo de legitimação) de que os policiais, muitas vezes, se ressentem de sua posição, avaliando-se em um nível abaixo daquilo que consideram adequado. Assim, o controle externo seria uma forma de tentar barrar ou diminuir ao máximo tal quadro de violência. A partir desse momento, muitos apresentam uma espécie de reengenharia de sua identidade profissional, colocando-se, a partir de representações negativas de sua condição de agentes de Estado, como autorizados para o uso da força para outras finalidades.[30]

Outro ponto relevante diz respeito à discricionariedade da Polícia, ligada à seleção dos casos em que será realizada a persecução penal. Esses casos vêm ligados aos seguintes fatores: gravidade do delito; atitude do denunciante, evitando a perseguição de delitos em que a vítima não manifeste interesse; distância social da Polícia em relação ao estrato social envolvido; a atitude do suspeito perante a autoridade policial; a relação do órgão policial investigador com as demais instituições de controle social, sendo que, nos casos onde há maior distanciamento, juízes e promotores são vistos como burocratas que não entendem como funciona a realidade sociocriminal; grau de interiorização das normas legais, com os agentes policiais internalizando as normas de forma diferenciada do que o fazem os juízes e promotores e, com isso, buscando um intervencionismo e punitivismo extremo em suas práticas em detrimento das garantias legais outorgadas ao inculpado; poder relativo do infrator pois, além de terem *status* social mais elevado e conseguirem uma menor visibilidade em suas práticas delitivas, também podem exercer grande resistência política.[31]

---

usada como forma de compensação do ocorrido, onde o policial corrige a citada desvantagem (HAGEN, Acácia Maria Maduro. Op. cit., p. 250).

30. Idem, ibidem.

31. DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manoel da. Op. cit., p. 454-462. Em relação a este último fator (status social do acusado/infrator), interessante notar que, "em tese, qualquer cidadão ou cidadã que circule pelas ruas, a pé ou em qualquer meio de transporte, pode ser parado(a) e revistado(a) em uma ação policial rotineira ou especial de prevenção da criminalidade. Na prática, porém, só alguns serão escolhidos e sabe-se que essa escolha não é aleatória, mas seletiva, que depende em larga medida de critérios prévios de suspeição, sejam eles aparência física, atitude, local, horário, circunstâncias, ou alguma combinação desses e de outros fatores. (...) O contexto de abordagem fornece, assim, não apenas uma base objetiva para identificar os filtros atuantes no trabalho policial, como também um ângulo privilegiado para se observar o cruzamento entre esses filtros e as percepções da população, entre percepções e experiências, ou, em outras palavras, o jogo de expectativas, imagens e estereótipos que cerca os encontros cotidianos entre cidadãos e Polícia" (RAMOS, Silvia; MUSUMECI,

Isso leva Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar a afirmarem que este poder policial configurador positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal.[32]

Questão também muitas vezes referida diz respeito à convivência dos policiais com os infratores e os riscos de se tornar um deles. O método mais tradicional de obter informações é frequentar os mesmos lugares que os desviantes, relacionar-se com as mesmas pessoas ou mesmo chegar a conhecê-los. Aqui surge o risco de se criar uma identificação maior com o ambiente do infrator do que com o seu de policial. Há um processo similar ao de passagem de um mundo a outro, em que vigoram outras regras, em um movimento de ida e volta, até o momento em que a ida não encontra a volta, ou seja, o policial entre em processo crescente de encontrar dificuldades para ser compreendido e para compreender seu meio familiar.[33]

Diante desse quadro, é pensada a necessidade da existência de mecanismos de controle da atividade policial. Como proposto no início desse tópico, não se trata apenas de uma questão de desenho institucional, mas de uma necessidade prática referente à preservação de direitos fundamentais. A dificuldade, contudo, reside em circunscrever as redes de atuação policial legítima. Daí a necessidade de textos, legislativos ou regulamentares que, ao darem uma visibilidade às práticas policiais, permitem que sejam estabelecidos limites, quer se trate de vigilância, que se trate de controle ou de que se trate de exclusão. Contudo, não se pode perder de vista que as práticas de vigilância são as mais difíceis de conhecer e, assim, de limitar.[34]

Aqui é de se notar a existência de uma afinidade entre tipos particulares de violência policial e tipos particulares de estratégias de controle. Assim, estratégias de controle externo e formal/legal da Polícia (como é o caso do exercido pelo Ministério Público e o será, caso venha a ser aprovada sua criação, o Conselho Nacional da Polícia) são mais eficazes no controle do uso ilegal da força por policiais e menos eficazes no controle do uso não profissional da força. Ao contrário, estratégias de controle interno e informal/convencional da Polícia são mais eficazes no controle do uso não profissional da força pela Polícia e menos eficazes no controle do uso ilegal da força por policiais. Portanto, a

---

Leonarda. Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Boletim Segurança e Cidadania* 8/1).

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 52.

33. HAGEN, Acácia Maria Maduro. Op. cit., p. 248-249.

34. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 227.

definição de prioridades estratégicas e dos órgãos encarregados deve estar relacionada à definição de prioridades quanto ao tipo de violência policial a ser controlado.[35] É a partir deste ponto será discutida a pertinência do controle externo pelo Ministério Público ou de sua necessidade de transferência para um órgão a ser criado, qual seja, o Conselho Nacional da Polícia, pois, como lembra Bovino, para que a investigação preliminar mantenha sua objetividade e não incorra em abusos, é imprescindível o seu controle e regulação para poder se verificar o real cumprimento das garantias e dos direitos e aplicar sanções aos que as desrespeitem.[36]

Como lembra Batista, é a percepção dessa complexidade que leva a enfatizar a diminuição dos desvios comportamentais dos membros da corporação demanda um conjunto de estratégias integradas, as quais abarcam desde a mudança da cultura dessa organização, com especial ênfase nas relações entre os comandantes e os subordinados, a melhoria das condições de trabalho, novas orientações no que diz respeito aos treinamentos e à formação dos servidores, passando pelo controle externo da atividade policial.[37] Por isso é que comumente é referido que um controle externo eficaz permitirá o pleno conhecimento e valorização das instituições policiais, mediante a uniformização de procedimentos, análise e divulgação das práticas exitosas, convênios para treinamento de pessoal, adequação da carga horária e prevenção dos riscos inerentes à atividade policial.[38]

4. QUEM VIGIA O VIGILANTE: A CONFORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DISCUSSÃO SOBRE A PEC 381/2009

A atividade de controle da atividade policial diz respeito a toda uma gama de ações, quais sejam: assistência à vítima (correto encaminhamento para instituições que possam auxiliá-la física e psicologicamente), recepção de demanda, mediação de conflitos, ação recomendatória (aconselhamento para a melhor ação público), prevenção de omissões, integração de unidades de gestão, capacitação de pessoal (treinamento para a ação e tomada de decisão), intervenção em procedimentos (com o fim de manter a eficácia e legalidade

35. MESQUITA NETO, P. Op. cit., p. 138.

36. BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 42.

37. BATISTA, Analía Soria. A fragilidade do controle externo das polícias brasileiras. *Sociedade e Estado*, vol. 21, n. 1, p. 236.

38. FREIRE, Alice de Almeida (coord.). Op. cit.

dos mesmos), retorno à vítima, investigação independente (principal atributo do controle externo), acompanhamento da demanda (controle dos prazos formais e das ações investigatórias materiais) e encaminhamento da demanda (repasse de informações para os demais órgãos que possam ter interesse ou ter atribuição para a solução do caso).[39] Por uma questão de delimitação do tema, sabe-se que não é pertinente a abordagem de todas elas, trazendo-se a que pode ser ou não realizada pelo Ministério Público, bem como a (des)necessidade de alteração do quadro, com a passagem do citado controle para o Conselho Nacional da Polícia.

Em relação ao *parquet*, a Constituição brasileira de 1988 retirou-o do âmbito do Poder Executivo (lá colocado na "Constituição de 1967" pela EC 1), dando-lhe autonomia e nova e ampla finalidade institucional, colocando a seu cargo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Como alguns dos meios para tal, outorgou o controle externo sobre a atividade policial (na forma da respectiva lei complementar, a qual foi posteriormente editada – LC 75/93),[40] bem como a titularidade da ação penal e o seu poder de requisição (art. 129, I, VI e VII, da CF/1988), sendo os mesmos vistos de maneira concatenada.[41]

O aspecto inicial desta concatenação diz respeito ao fato do entendimento tradicional do inquérito como procedimento administrativo,[42] sendo peça me-

---

39. SILVA, Christyne Carvalho da. *Relacionamentos entre os controles internos e externos da Polícia Militar do Distrito Federal: motivações e perspectivas*. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, Brasília, UnB, 2008, p. 37.

40. "Art. 9.º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:
I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
II – ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
III – representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
IV – requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
V – promover a ação penal por abuso de poder.
Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão."

41. GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público na Constituição de 1988 – Breves anotações. *Justitia*, vol. 51, n. 145, p. 69.

42. Neste particular, Rangel entende que o inquérito policial é o conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar autoria e materialidade

ramente informativa e voltada para o acusador.[43] Assim, não se submetendo o inquérito policial ao crivo judicial (salvo no caso de medidas restritivas reais ou pessoais), deve ter seu controle por aquele que é o seu destinatário final.[44]

Também a retirada do Ministério Público do âmbito do Poder Executivo é usada como argumento de sua pertinência como controlador externo da Polícia, a qual é parte deste poder, na medida em que, se não o fosse, o controle seria interno e não externo.[45] Neste ponto é invocado o sistema denominado *checks and balances*,[46] bem como a própria função do *parquet*, enquanto instituição eminentemente voltada a fiscalização.[47] Isto decorre do fato de que as constituições contemporâneas dos países de tradição romano-germânica (e a brasileira não estaria fora disto) fizeram a escolha de constituir o Ministério

---

de uma infração penal, dando ao Ministério Público os elementos necessários que viabilizem a ação penal. Ademais, o inquérito tem a finalidade de evitar a instauração de acusações infundadas pelo Ministério Público (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 70). Neste sentido, afirma Lopes Jr. que "isto ocorre porque é um erro de grande gravidade primeiro realizar a acusação para apenas depois investigar e, ao final, julgar. O processo penal traz consigo uma série de consequências que fazem com que o ponto central seja saber se deve ou não haver a acusação". É por isso que acompanha-se o autor no entendimento de que ele terá atingido o seu objetivo tanto quando se produzir a acusação como, também, quando não se produzir – *non procedere* (LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal*... cit., p. 219-223).

43. Tem-se que, se a instrução definitiva prova ou não prova se existe o crime ou a contravenção, a instrução preliminar prova se existe ou não base para a acusação (Idem, p. 228). Assim, lembra Gòmez Colomer que: "El procedimiento preliminar tiene, pues, finalidades muy complejas. No sólo sirve para preparar el juicio oral, pues puede llegar a servir para impedir que ese juicio oral se celebre (...). El juicio oral no se abre sólo porque lo pidan los acusadores, sino cuando un órgano judicial decide que hay elementos suficientes para esa apertura" (GOMÉZ COLOMER, Juan-Luis. El procedimiento preliminar (La instrucción). In: MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. t. III, p. 119).

44. MARTINS JR., Wallace Paiva. A exclusividade do "jus postulandi" do Ministério Público na ação penal pública e no inquérito policial. *Justitia*, vol. 53, n. 156, p. 16.

45. BURLE FILHO, José Emmanuel. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Justitia*, vol. 51, n. 146, p. 88.

46. Este argumento pode ser encontrado na prestação de informações da Presidência da República no caso da ADIn 4.271.

47. Este papel eminentemente fiscalizador foi afirmado por: FERREIRA, Sérgio de Andrade. O futuro do Ministério Público e a nova ordem constitucional. *Justitia*, vol. 47, n. 131, p. 141.

Público como mais do que um mero acusador/perseguidor, colocando-o como fiscal da lei, com a responsabilidade de velar pelos direitos do investigado, promovendo, também, a busca de provas do interesse deste.[48]

Por fim, e como argumento principal, seria o próprio sistema acusatório que imporia este controle externo, ligando-o, agora, a atividade investigativa.[49] Isto porque a falta de direcionamento específico da investigação é um dos problemas tradicionais do sistema inquisitivo, pois gera uma falta de estratégia conjunta na persecução penal.[50] A falta de controle do inquérito pelo titular da ação penal levaria ao problema de uma influência indiscriminada do arbítrio policial sobre o Ministério Público.[51] Isso é problemático pois, diante da estrutura dialética futura do processo, cabe ao *parquet* comprovar a culpa do acusado e, sem os elementos probatórios necessários para tal, resta sem direção específica e tem diminuída a possibilidade de exercício de seu ofício. Tal ocorre porque, como aduz Roxin, o Ministério Público é uma cabeça sem mãos.[52]

Consequência disto, para o pleno exercício de sua atribuição constitucional o Ministério Público deve ter acesso aos registros de ocorrências e de-

48. ROXIN, Claus. *Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público*. In: _____ et al. Op. cit., p. 40-41. Cordero assevera que a busca, pelo Ministério Público (enquanto encarregado do direcionamento da instrução preliminar), de provas que beneficiem o investigado, não apenas serve como meio de proteção dos direitos deste, mas servem como meio para fortalecer o próprio polo ativo de uma eventual ação penal, na medida em que mostra, de antemão, as possibilidades argumentativas que podem ser abertas a defesa. É um juízo de probabilidade de condenação que impõe o levantamento, também, de eventuais provas defensivas. Se não houver esta probabilidade, deve o caso ser arquivado (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. t. II, p. 141). Ademais, conforme Alberto Bovino (op. cit.), esta necessidade de busca de provas a favor do investigado integra o dever de objetividade do *parquet*. Aqui, interessante notar que a citada objetividade diz respeito a necessidade de busca de provas tanto de acusação como de defesa (GARDERES, Santiago; VALENTÍN, Gabrile. *Bases para la reforma del proceso penal*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2007. p. 33-34).

49. Em verdade, a ligação da investigação preliminar com o sistema acusatório seria apenas de condicionamento, na medida em que não existe, naquela, o exercício de uma pretensão nem a estrutura dialética mínima para que assim seja considerado. Trata-se, no caso brasileiro, de um procedimento preparatório administrativo (LOPES JR., Aury Celso Lima. *Sistemas de instrucción*... cit., p. 152).

50. HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago del Chile: Jurídica de Chile, 2002. t. I, p. 179.

51. CORDERO, Franco. Op. cit., t. I, p. 190.

52. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 54.

mais documentos elaborados pelas instituições policiais, aos atos praticados no trabalho de investigação e aos resultados obtidos.[53] É a chamada teoria dos poderes implícitos,[54] a qual foi consagrada no julgamento, em 1819, do caso MacCulloch *vs.* Maryland e Myers *vs.* Estados Unidos, na *Supreme Court* norte-americana. Conforme esses precedentes, há casos em que a variedade de situações encoraja os agentes institucionais a adaptar a Constituição, possibilitando ações controversas. Um dos meios para tanto seria exatamente a aceitação de poderes implícitos, os quais acompanham determinada atribuição específica outorgada pela Carta Maior, ou seja, o agente toma para si o direito de exercício de parcela de poder que não o foi outorgado de forma expressa.[55] No caso aqui analisado, seria o caso de outorgar, explicita e implicitamente, ao Ministério Público, o poder de direção do inquérito e o controle da Polícia, tendo em vista o seu papel de proteção dos direitos individuais indisponíveis e sua titularidade sobre a ação penal pública.[56]

Estas diretrizes têm por base, como exige a própria Constituição, a LC 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União), a qual, em seus arts. 9.º e 10, pela primeira vez, regulamenta o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Este diploma dá ao *parquet* o poder de ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais, acesso a documentos da atividade fim da Polícia, representar a autoridade competente acerca de omissões indevidas ou correções de ilegalidade, requisição de documentos para a investigação e instauração de inquérito sobre fato ocorrido na atividade policial e, ainda, o ingresso de ação penal por abuso de poder. Por força do art. 80 da Lei 8.625/1993, estas disposições seriam válidas, também, no que diz respeito ao Ministério Público dos Estados. Elas ainda foram reguladas pela Res. CNMP 20/2007 (do Conselho Nacional do Ministério Público). Contudo, o citado ato administrativo-normativo não trouxe qualquer especificação superior.

Diante de tudo isto, o Ministério Público traçou, por fim, mediante manual institucional oficial, como principais ações referentes ao controle externo da Polícia: "I – Controle das ocorrências policiais e de seus desdobramentos; II –

53. COGAN, João Damião Pinheiro Machado. O Ministério Público frente ao *habeas corpus* e o mandado de segurança. *Justitia* 133/62.

54. FREIRE, Alice de Almeida (coord.). Op. cit.

55. LEVENSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional crises. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, n. 3, p. 717.

56. Esta posição diz respeito ao argumento levantado pela Procuradoria-Geral da República e pelo Conselho Nacional do Ministério Público em suas manifestações na ADIn 4.271 do STF.

Profissionalização do relacionamento institucional; III – Estudo estatístico da atividade desenvolvida pela polícia judiciária; IV – Capacitação dos membros dos Ministérios Públicos; V – Estruturação interna da atividade de controle externo da atividade policial; VI – Acompanhamento legislativo; VII – Implementação do projeto memória das ações judiciais e extrajudiciais de efetivação do controle externo da atividade policial no Brasil; VIII – Criação e divulgação dos canais institucionais voltados ao recebimento de reclamações relacionadas com a atividade policial".[57]

Em relação à liberação das ocorrências, havendo recusa ou resistência a sua liberação, os membros dos Ministérios Públicos instaurarão procedimento interno de controle externo da atividade policial e, de modo sistemático, requisitarão as cópias das ocorrências e a remessa dos demais dados necessários à efetividade do controle externo da atividade policial. Deve, ainda, o *parquet* acompanhar e fiscalizar os procedimentos administrativos disciplinares.[58]

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União devem buscar integrar os organismos policiais promover treinamento conjunto, além de colocar em seus quadros à disposição da capacitação de policiais, "integrantes das forças armadas, técnicos e representantes da sociedade civil organizada. Objetivando a capacitação de seus membros para o controle externo da atividade policial, os programas de treinamento e aperfeiçoamento intelectual dos Ministérios Públicos dos Estados e da União contemplarão a realização de cursos de técnicas de investigação, de análise da informação e de negociação".[59]

Contudo, o controle externo da Polícia, como pretende o Ministério Público, não é aceito com passividade, sendo levantados diversos argumentos limitativos, em relação a ele, ou mesmo para a sua extinção. Tal resistência, inclusive, conta com certa previsibilidade pois, como lembram Levenson e Balkin, nos casos em que um agente institucional busca a adaptação da Constituição (como é o caso da teoria dos poderes implícitos, utilizada pelo *parquet* como justificativa parcial da forma adotada por ele para o controle externo), caso exista outra autoridade ou instituição que possa se opor/resistir, há a possibilidade de instauração de uma Crise Constitucional. Na verdade, seguem os

57. FREIRE, Alice de Almeida (coord.). Op. cit.

58. Idem. Há divergência dentro do próprio Ministério Público quanto a esta possibilidade de controle administrativo disciplinar da atividade policial (Sarabando, José Fernando Marreiros. Op. cit., p. 47). Contudo, esta contrariedade não representa a posição oficial da instituição, na medida em que, como visualizado acima, há manual oficial assim dispondo.

59. Idem, ibidem.

autores, a disputa por poder é a causa com maior probabilidade de gerar uma situação dessas.[60] Isso também ocorre pelo fato de que da própria busca constante de "estima" social que o funcionário da administração no geral (e aqui não apenas o policial) promove.[61]

Exatamente por força disto é que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil ingressou com a ADIn 4.271, pugnando pela inconstitucionalidade do art. 9.º da LC 75/1993, do art. 80 da Lei 8.625/1993 e, por fim, da Res. CNMP 20/2007. Isto porque, na visão dos impetrantes, haveria a criação de submissão hierárquica da Polícia ao Ministério Público, por força da possibilidade deste poder instaurar autonomamente procedimento disciplinar contra policial; por tratar o art. 80 da Lei 8.625/1993 (ao submeter automaticamente a previsão da LC 75/1993 aos Ministérios Públicos estaduais) e a Res. CNMP 20/2007 de matéria reservada a lei complementar; que o controle externo da atividade policial se restringiria ao poder de requisição de diligências. A própria Advocacia-Geral da União questiona parte da tese do *parquet* sobre o controle externo, afastando-o de eventual vínculo com a titularidade da ação penal. Argumenta-se que este entendimento leva a confusão dos conceitos de investigação e de denúncia e que, com isso, promover-se-ia a usurpação da atividade fim da Polícia.

A medida jurisdicional não foi a única tomada pelos opositores do exercício do controle externo da Polícia pelo Ministério Público. No âmbito político, está em tramitação na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 381/2009. Com ela é inserido, o art. 144-A da CF/1988, o qual cria o Conselho Nacional da Polícia, a quem passará a competir a tarefa de exercer o controle externo da atividade policial. Por meio deste Conselho, busca-se manter a autonomia da polícia (ou mesmo criar, na medida em que esta instituição não goza dela, pois, é submetida ao poder executivo); expedir regulamentos; recomendar providências; zelar pelo respeito ao art. 37 da CF/1988 no que toca a atividade administrativa; receber, conhecer, recomendar e instaurar procedimentos administrativos disciplinares; elaborar relatórios anuais sobre a situação

60. LEVENSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Op. cit., p. 718. Em relação a este fenômeno, interessante as palavras dos próprios autores ao asseverarem que "what makes them crises, and not simply conflicts or disagreements, is that in each case the basic functions of constitutionalism – to channel conflict into everyday politics and thus provide for political stability – have failed. Just as a patient reaches a medical crisis when his or her constitution gives out, so too the polity faces a turning point when its political constitution can no longer do the work that constitutions are designed to do" (idem, p. 721).

61. WEBER, Max. *Ensaios de sociologia* cit., p. 233.

da atividade policial nacional. Resta, ainda, no caso da aprovação desta Projeto de Emenda Constitucional, expressamente revogado o art. 129, VII, da CF/1988, ou seja, retirando-o do âmbito do exercício das atribuições do *parquet*.

Em nível doutrinário, pode ser apontado que o estabelecimento do controle externo, nos moldes estabelecidos pela legislação em vigor e pela regulação administrativa do Ministério Público, pode estrangular a capacidade de atuação imediata da polícia em suas atividades habituais. Cria-se uma situação de burocratização ineficiente de suas tarefas, na medida em que toda a atividade policial deve ser comunicada ao *parquet*.[62] Ademais, a restrição em abstrato da atividade policial não representa qualquer garantia quanto à legalidade de sua atuação.[63] O que deve ocorrer é a mudança do comportazmento dos membros da instituição, o que requer um conjunto de estratégias integradas, que vão desde a mudança de mentalidade até o controle (o qual, neste escrito, nunca teve a necessidade negada), passando por melhoria nas condições de trabalho e orientações de ações padronizadas.[64]

Também não é argumento idôneo para a manutenção do controle externo da Polícia como função do Ministério Público o fato de ser este o fiscal da lei. Isso porque tal deslocamento não retira a necessidade de respeito à legalidade por todos os órgãos estatais. Não é necessário controle externo para tanto, nem mesmo para possibilitar o controle do princípio da legalidade, na medida em que as instituições e órgãos são obrigados a respeitá-la.[65] Portanto, a eventual aprovação da PEC 381/2009 não elimina todo e qualquer controle externo pelo Ministério Público, mas, apenas, o controle externo 'ordinário', permanecendo os meios extraordinários para tal.[66]

Em relação ao controle externo, com o direcionamento do inquérito policial pelo Ministério Público, este modelo vem historicamente associado com o utilitarismo processual, com o combate a criminalidade a todo custo, como foi o caso da Alemanha, em 1974.[67] Nesta ocasião, o que importava era tão somen-

62. HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Op. cit., p. 182-183.

63. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 42.

64. BATISTA, Analía Soria. Op. cit., p. 236.

65. Idem.

66. Pode ser dado como exemplo a necessidade de eventual ação civil pública, de ingresso com ação penal ou outros meios disponíveis.

67. Note-se que aqui foi dado o início na ideia de investigação preliminar a cargo do Ministério Público. Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima. *Sistemas de instrucción*... cit., p. 229.

te dar armas ao acusador; se levada ao extremo, leva a completa transferência dos poderes do juiz e a uma criticável inquisição do próprio acusador.[68]

E mais, há de se levar em conta a própria ambiguidade que envolve o Ministério Público no processo, qual seja, a sua caracterização como parte e como fiscal da lei. Aqui é de se perguntar, como o faz Carnelutti,[69] da real possibilidade de sua construção enquanto "parte imparcial". A este questionamento o processualista italiano responde negativamente, aduzindo, inicialmente, o interesse do Ministério Público advém de seu poder. Note-se que as partes, no processo contraditório, servem para o combate recíproco, sendo desfrutada a parcialidade dos indivíduos para o aclaramento da questão.[70]

Aqui deve ser entendido que o *parquet*, enquanto titular da ação, não tem como fugir de sua parcialidade, na medida em que esta faz parte de seu poder inerente de limitação dos poderes do juiz dentro do processo.[71] Faz parte de seu papel fundamental ser parcial na acusação exatamente para promover a descontaminação do magistrado. Não se está dizendo que a atividade policial (e aqui consta especialmente a investigatória) seja desenvolvida diante do contraditório. O que se afirma é que o Ministério Público, enquanto parte de eventual futuro processo, não tem como se desligar de seu caráter parcial de acusador, o que quebra o argumento da defesa dos direitos dos investigados por ele. Nesse ponto, tem-se que o Promotor atua de maneira parcial e não vê mais do que uma direção.[72] Seja pela polícia, seja pelo acusador, o problema da busca dos direitos do acusado frente ao poder estatal permanece. Por isso, mais do que o controle externo, a medida necessária é o abandono da mentalidade de que a investigação preliminar, em seu conteúdo, é válida por si só (presunção de validade do inquérito policial).[73]

---

68. LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal...* cit., p. 246.
69. CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal.* Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: El Foro, sem data. p. 211.
70. Idem, p. 213. Interessante vislubrar, sobre o processo no sistema acusatório, o que lembram Giuseppe e Rodolfo Bettiol ao descreverem que, "a castidade da rainha é provada a golpes de espadas". Se o arquétipo não é cientificamente feliz, todavia, a evolução sucessiva assume contornos positivos, quando da luta com espadas se passa a aquela através da argumentação (BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzione di diritto e procedura penale.* 7. ed. Milano: Cedam, 2000. p. 131).
71. Lapidar referência traz Carnelutti, ao referir que "en otros términos, al concluir, la parte no puede menos de tratar de no ser parte, es decir, de ser imparcial: en una palabra, de transformarse en juez" (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 217).
72. LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal...* cit., p. 246.
73. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 42. Um indício desta atitude necessária já está positivado no sistema processual penal brasileiro, qual seja, a proibição de condenação do réu com base exclusiva na prova colhida no inquérito policial (art. 155 do CPP).

Também é apontada grande limitação quanto ao controle real da polícia pelo *parquet*. Este é o principal argumento levantado pelo autor da PEC 381/2009, ao aduzir que "os integrantes do Ministério Público, apesar do esforço e denodo no desempenho dessa atribuição, não estão conseguindo exercer, de maneira satisfatória, o controle externo da atividade policial".[74] Nas pesquisas sociológicas não é outro o apontamento, sendo descrito que "a fiscalização dos policiais e a punição dos maus profissionais ainda enfrenta dificuldades tais que permitem concluir pela fragilidade do controle externo e interno das polícias no Brasil".[75]

Voltando-se a uma visão weberiana do fenômeno estatal, pensa-se, igualmente, que a criação do chamado Conselho Nacional da Polícia pode ter melhor encaixe do que a submissão do controle externo da Polícia ao Ministério Público. No Estado Moderno, a supervisão e controle dos atos de alguma instituição pressupõem um quadro de autoridades que gerem subordinação,[76] pois, imperativa a implementação de atividade disciplinar. Este traço se mostra impossível no caso presente, na medida em que a Polícia faz parte do Poder Executivo e o *parquet* é função essencial da Justiça que detém autonomia. O Conselho Nacional da Polícia, por se colocar dentro da estrutura geral da polícia[77] (o que, de certa forma, torna inócua a denominação sua atividade como controle externo), mas fora da atividade policial direta, pode ser mais bem utilizado, estabelecendo-se dentro da estrutura hierárquica própria e surgindo como meio especializado de controle.

Contudo, a PEC 381/2009 conta com um sério problema técnico: a previsão pelo "zelo da autonomia da polícia". Ocorre que, conforme prevê o art. 144, §§ 1.º e 6.º, da CF/1988, a Polícia encontra-se subordinada ao Poder Executivo. Assim, a alteração pretendida entraria em confronto com outra parte do Diploma Maior, razão pela qual, inclusive, já há entendimento no STF de que não

74. ORTIZ, Marcelo. Voto sobre a Proposta de EC n. 381/2009 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Brasília, 2009. Disponível em: [www.camara.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.

75. BATISTA, Analía Soria. Op. cit., p. 238.

76. WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia* cit., p. 230.

77. O STF estabeleceu em seus julgados que o Conselho Nacional de Justiça tem natureza administrativa, servindo para o controle dos atos do próprio judiciário (MS 26.284/DF e ADIn 3.367). Este entendimento vem sendo estendido ao Conselho Nacional do Ministério Público e, pelas mesmas razões, deverá sê-lo ao Conselho Nacional da Polícia, colocando-o, assim, dentro da própria estrutura da polícia.

é possível a outorga de foro privilegiado a seus membros (no caso específico, delegados – ADIn 2.587, no voto do Min. Ayres Britto). Essa subordinação é própria da inserção do trabalho policial dentro das políticas de segurança pública que, por sua vez, conforme o Pretório Excelso, é missão típica e privativa da Administração (HC 97.969/RS), ou seja, trata-se de cláusula pétrea, não podendo ser retirada de seu domínio/subordinação direta, o que resulta na inconstitucionalidade parcial da PEC 381/2009. No mais, pensa-se que não há qualquer limitação.

Deve-se ter presente, ainda, que este deslocamento do controle externo da atividade policial não implica na impossibilidade de que o mesmo seja feito em sua face extraordinária pelo Ministério Público. Como descrito por Canotilho,[78] em verdade, nunca existiu a completa autonomia de alguma instituição (e aqui se está falando da polícia enquanto parte do Poder Executivo) em relação às demais. É bem verdade que sairia tal atribuição do arco de funções do *parquet*, devendo ela ser como todas as demais esferas do Poder Público (art. 129, II, da CF/1988).

Eventual ação conjunta finalística envolvendo Polícia e Ministério Público também continua sendo perfeitamente possível e desejável, na medida em que este permanece como titular da ação penal pública e destinatário do inquérito policial, também fica em sua alçada o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, I e VIII, da CF/1988). Como medida processual esta possibilidade inserir-se-ia como perfeitamente ligada aos critérios de interpretação teleológica. O que fica fora é o controle externo ordinário de um sobre o outro, o que reforça a estrutura própria de formação do Estado Moderno, bem como, mediante a pluralização de órgãos a exercer a fiscalização (ordinária e extraordinária) da atividade policial, aumenta-se a possibilidade de respeito aos direitos dos que tenham a ação desta sobre si e o próprio direito fundamental à boa administração pública em sentido lato.[79]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dissertado anteriormente, não resta dúvida que, no primeiro momento, com a promulgação da Constituição de 1988, foi de grande valia

78. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000. p. 260.

79. O presente artigo não tem, seja por limitação de objeto, seja por limitação de espaço, como abordar o teor do direito fundamental a boa administração. Para tanto, indica-se a leitura da obra de: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

a atribuição do controle externo da atividade policial ao Ministério Público, isto porque, em uma primeira visualização, acabou com a figura do chamado "Juiz Corregedor", deixando ao Poder Judiciário aquilo que realmente é seu papel: ser órgão inerte e imparcial de decisão e não algo similar ao inquisidor que investiga, controla e decide todas as questões atinentes ao seu ofício de autoridade. Ademais, aquele órgão também não mais faz parte da estrutura do Poder Executivo, o que facilitaria a fiscalização da Polícia. A entrada do *parquet* representou, assim, um primeiro passo a pluralização da fiscalização da atividade estatal mais ligada a própria violência, qual seja, a policial, não deixando o filtro de seus atos unicamente sob a fiscalização desta e respeitando a natureza inerte do Poder Judiciário e ampliando o âmbito de controle sobre o Poder Executivo no exercício da "violência legítima", consagrando o sistema de *checks and balances*.

A ideia foi de que o sujeito detentor do poder não controle a si mesmo, sob pena de cometimentos de abusos, mas que sejam implementados freios também dotados de poder que possam limitar e verificar a legitimidade do uso da violência pelos agentes estatais policiais. Trata-se da adoção de mecanismos de controle externo para repressão de eventuais abusos por parte destes agentes de segurança pública. Na verdade, o principal ponto de apoio para os defensores do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público se colocam nestes argumentos, na medida em que é missão constitucional do *parquet* a defesa dos direitos indisponíveis e da ordem jurídica, estando ligada a preservação de Direitos Fundamentais. Desta maneira, seria a retirada do Ministério Público da figura meramente acusadora e sua colocação, também, como fiscal da lei.

Outra necessidade relacionada ao controle externo da atividade policial diz respeito à influência exterior sobre a discricionariedade excessiva que essa parcela do campo punitivo detém, a qual, em verdade, é a maior dentre as esferas estatais envolvidas no *potestas puniendi*, sendo que, em verdade, a Polícia é quem tem a maior parcela de poder de seleção criminalizante. Nesse sentido, a falta de controle sobre os agentes policiais quanto à remessa ou não dos casos para o Ministério Público poderia acarretar a subjugação da opinião deste, que sequer viria a tomar conhecimento de alguns casos, ao arbítrio policial, o que seria inadmissível, na medida em que sequer viria a tomar conhecimento do acontecimento. Trata-se, desta forma, da própria quebra do sistema acusatório, desmuniciando o *dominus litis* e, até mesmo, ferindo o princípio da obrigatoriedade.

Por fim, como meio de legitimação e diretamente ligado a razão descrita acima, é alegada a teoria dos poderes implícitos, na medida em que, por

disposição constitucional, sendo conferida a titularidade da ação processual pública exclusivamente ao Ministério Público, também lhe conferiu todos os meios necessários para tal. Assim, o raciocínio é que houve a outorga, tanto explícita como implicitamente, da direção do inquérito e o controle da polícia ao *parquet*.

Com este fim, a primeira medida a ser tomada (prevista pelo Conselho Nacional do Ministério Público – tanto por resolução como por meio de manual confeccionado para o exercício deste controle) foi o estabelecimento do total vistoria dos registros de ocorrência e demais documentos elaborados pela polícia, exercendo grande ingerência sobre informações. Ademais, também foram feitas previsões relativas a procedimentos correcionais, tanto com instauração como pela efetiva participação neles, bem como a direção dos atos de investigação.

Contudo, a visão inicial apresentada pela Constituição, bem como a LC 75/1993, pela Lei 8.625/1993 e pela Res. CNMP 20/2007, mesmo que à época de seu surgimento tenham representado algo positivo, não podem mais permanecer da maneira que estão. O primeiro ponto a ser levantado diz respeito a normatização infraconstitucional do controle externo, no sentido de que a formatação da atividade correcional, esboçada nessas normas, leva a criação de uma hierarquia entre polícia e *parquet*, o que não é admitido pela Carta Maior. Ademais, a fusão dos conceitos de investigação e controle da atividade policial de fato leva a confusão entre as atividades de investigar e denunciar, quebrando a finalidade do inquérito de servir como filtro do sistema penal e causando a usurpação da atividade fim da Polícia pelo Ministério Público.

Mas não se trata apenas do problema de um regramento que tenha se equivocado na normatização do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, mas, mais propriamente, de se perguntar se há pertinência na escolha e manutenção do atual controlador. Neste sentido, a necessidade de informação do *parquet* acerca de todas as atividades realizadas pela Polícia pode levar a uma burocratização ineficiente, na medida em que toda ação deve ser comunicada a aquele. O que deve sim é ocorrer a alteração da própria mentalidade dos membros da Polícia, o que requer um conjunto de estratégias, da qual o controle é apenas uma delas.

Note-se que a tentativa de atribuição da faceta de *custus legis* ao Ministério Público, em matéria penal, também não é feliz e, na verdade, apenas enfraquece a verdadeira investigação objetiva que deve pautar o inquérito policial. Neste sentido, o controle da atividade policial não se justifica nem mesmo por esse viés, na medida em que colocaria a atividade policial não mais como um dos meios de manutenção da segurança pública, mas apenas como forma de dar

armas ao acusador, deixando-se, da mesma maneira, de lado as garantias do investigado. Como o Ministério Público procura a prova para si próprio, sendo esta manejada em futuro processo, ele não tem como se desligar de sua função de acusador parcial. Portanto, seja o controle da investigação pela polícia, seja pelo *parquet*, o problema da investigação criminal continua, o que só pode levar a conclusão de que, mais importante do que quem direciona e controla a atividade investigativa, é o abandono da mentalidade de que a investigação preliminar é válida por si.

Importante frisar que a PEC 381/2009 não retira, na verdade, completamente o controle externo da atividade policial das mãos do Ministério Público, na medida em que esta segue a necessidade de respeito a legalidade por todos e pode ser fiscalizada extraordinariamente pelo *parquet;* o que resta excluído é o controle externo ordinário, permanecendo o extraordinário. Desta maneira, a fiscalização feita pelo Ministério Público sobre a Polícia passa a ser da mesma natureza que a que esta Função Essencial a Justiça pratica sobre os demais ramos e agentes públicos.

Por fim, entende-se que, no Estado Moderno, a supervisão e controle dos atos institucionais, para ser efetiva, pressupõem um quadro de autoridades que gerem subordinação, diante da imperatividade do estabelecimento da atividade disciplinar. Assim, apesar de louvável a tentativa de pluralização do controle da atividade policial pela Constituição de 1988, pensa-se que ela não foi posta da melhor maneira. Como descrito anteriormente, mais do que atividade correcional, há a necessidade de circunscrição das redes de atuação policial legítimas, as quais seriam estabelecidas por textos (legislativos e regulamentares) que diminuam a opacidade própria da ação policial, bem como mostrando os seus limites. Isto só pode ser feito através de um vínculo hierárquico mínimo, não podendo ser realizado pelo *parquet*, na medida em que deixou a estrutura do Poder Executivo. De tal modo, o Conselho Nacional da Polícia surge como órgão próprio para resolver o problema, na medida em que, ao mesmo tempo em que está dentro da Polícia (possibilitando o vínculo hierárquico citado anteriormente), está fora da atividade policial direta.

Logicamente não se está fazendo menção a uma impossibilidade ou mesmo a um desejo de distanciamento dos trabalhos de Polícia e Ministério Público, na medida em que é proveitoso que estabeleçam tarefas concatenadas de ação finalística conjunta. Também não se está defendendo uma pretensa autonomia da Polícia, até porque, sendo função típica e privativa da administração, é inviável. O que se está defendendo é a inclusão de mais um âmbito de controle em um sistema de barreiras ao poder de punir, o qual possa contar com maior legitimação interna e externa no controle da atividade policial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer. *O poder soberano e a vida nua.* Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. vol. 1.

BATISTA, Analía Soria. A fragilidade do controle externo das polícias brasileiras. *Sociedade e Estado.* vol. 21. n. 1. p. 235-238. Brasília: Ed. UnB, jan.-abr. 2006.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzione di diritto e procedura penale.* 7. ed. Milano: Cedam, 2000.

BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BURLE FILHO, José Emmanuel. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Justitia.* vol. 51. n. 146. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, abr.-jun. 1989.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal.* Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: El Foro, sem data.

COGAN, João Damião Pinheiro Machado. O Ministério Público frente ao *habeas corpus* e o mandado de segurança. *Justitia.* vol. 133. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1983.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal.* Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. t. I y II.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal.* Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manoel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena.* Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Sérgio de Andrade. O futuro do Ministério Público e a nova ordem constitucional. *Justitia.* vol. 47. n. 131. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, set. 1985.

FREIRE, Alice de Almeida (coord.). Manual nacional do controle externo da atividade policial. Conselho Nacional dos Procuradores gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Goiânia, 2009. Disponível em: [www.mpm.gov.br/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/anexos/Manual%20Co]. Acesso em: 30.06.2010.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2007.

GARDERES, Santiago; VALENTÍN, Gabrile. *Bases para la reforma del proceso penal.* Montevideo: Konrad-Adenauer, 2007.

GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público na Constituição de 1988 – Breves anotações. *Justitia.* vol. 51. n. 145. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, jan.-mar. 1989.

GOMÉZ COLOMER, Juan-Luis. El procedimiento preliminar (La instrucción). In: MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional.* 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. t. III.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. *O trabalho policial: estudo da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul.* São Paulo: IBCCrim, 2006.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno.* Santiago del Chile: Jurídica de Chile, 2002. t. I.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVENSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional crises. *University of Pennsylvania Law Review.* vol. 157. n. 3. Pennsylvania: University of Pennsylvania, feb. 2009.

LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Sistemas de instrucción preliminar en los derechos español y brasileño. Con especial referencia a la situación del sujeto pasivo del proceso penal.* Tese de Doutorado, Madrid, Universidad Complutense de Madrid – Departamento de Derecho Procesal, 1999.

MAIER, Julio B. J. El Ministerio Público: ¿un adolescente? In: ROXIN, Claus et al. *El Ministerio Público en el proceso penal.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

MARTINS JR., Wallace Paiva. A exclusividade do "jus postulandi" do Ministério Público na ação penal pública e no inquérito policial. *Justitia.* vol. 53. n. 156. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, out.-dez. 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e constituinte. *Justitia.* vol. 137. n. 49. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, jan.-mar. 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA NETO, P. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: PANDOLFR, D. C. et al (orgs.). *Cidadania, justiça e violência.* Rio de Janeiro: FGV, 1999.

MILGRAM, Stanley. Behavioral study of obedience. *Journal of Abnormal and Social Psychology.* vol. 67. n. 4. p. 371-378. [S.L.], 1963.

ORTIZ, Marcelo. Voto sobre a Proposta de EC n. 381/2009 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Brasília, 2009. Disponível em: [www.camara.gov.br]. Acesso em: 01.06.2010.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. Nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Boletim Segurança e Cidadania*. n. 8. ano 3. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, dez. 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. In: _____ et al. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

RUSCONI, Maximiliano. Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público. In: ROXIN, Claus et al. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Justitia*. vol. 59. n. 177. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, jan.-mar. 1997.

SILVA, Christyne Carvalho da. *Relacionamentos entre os controles internos e externos da Polícia Militar do Distrito Federal: motivações e perspectivas*. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, Brasília, UnB, 2008.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

VIEHWEG, Theodor. *Tópico e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Ed. UnB, 1979.

WEBER, Max. *Ciência e política. Duas vocações*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

_____. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Ed. UnB, 2004. vol. 2.

_____. *Ensaios de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1 – Teoria geral do direito penal.

ZAVERUCHA, Jorge. Poder militar: entre o autoritarismo e a democracia. *São Paulo em Perspectiva*. vol. 15. n. 4. São Paulo: Fundação Seade, out.-dez. 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A garantia dos direitos fundamentais no processo penal: a implementação do controle do inquérito policial pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, de Andrei Koerner, Célia Soibelman Melhem e Flávia Schilling – *RBCCrim* 28/265;
- Ministério Público. Grandezas e fraquezas. Virtudes e desmandos, de Elias Farah – *RIASP* 11/319;
- O controle das operações policiais denominadas "blitze" e o estado de direito, de Theodósio Ferreira de Freitas – *RT* 774/479;
- Proposta para uma nova política de segurança pública, de Maria Eugênia Raposo da Silva Telles (coordenação) – *RBCCrim* 16/291; e
- Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial. Cultura organizacional e relações institucionais, de Bruno Amaral Machado – *RBCCrim* 88/273.

55910

O PROBLEMA DA VERDADE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2

ELIOMAR DA SILVA PEREIRA

Especialista em Ciências Criminais (Pós-graduação *lato sensu*) pela Unama/Ielf/Esud. Mestrando em Ciências Policiais (Criminologia e Investigação Criminal) no Instituto Superior de Ciências Policiais (Lisboa, Portugal). Pesquisador e Professor na Academia Nacional de Polícia. Ex-Procurador Federal (AGU). Delegado de Polícia Federal.

AREA DO DIREITO: Penal; Processo; Filosofia do Direito

RESUMO: Nesse artigo, a partir do conceito e teorias da verdade, tratamos do problema fundamental do portador da verdade, para adotar uma concepção pragmática de verdade como acordo e reconhecer sua importância como ferramenta essencial da investigação em geral, segundo proposta de Luiz Henrique Dutra. Na sequencia, a partir de proposta de Luigi Ferrajoli, baseada na concepção semântica de A. Tarski e na compreensão que dela faz K. Popper, distinguindo entre definição e critérios de verdade, transpomos as ideias básicas desse esquema para a investigação criminal, fazendo algumas observações relativas às pecurialidades da persecução penal pré-processsual, o que nos perminte traçar as linhas fundamentais de uma teoria da verdade na investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Verdade - Definição e critérios de verdade - Teorias da verdade - Limites da verdade - Verdade e investigação.

ABSTRACT: Based on the concept of truth and its theories this article addresses the fundamental problem of the truth bearer in order to adopt a pragmatic conception of truth as an agreement and acknowledge its importance as an essential tool for research in general, as proposed by Luiz Henrique Dutra. Then, considering Luigi Ferrajoli proposal, based on the semantic conception by A. Tarski and its understanding by K. Popper, with a distinction made between the definition of truth and its criteria, we transfer the basic ideas of this scheme into criminal investigation by making some observations that are related to the peculiarities *of* the pre-procedural criminal prosecution. This allows us to draw the lines of truth theory in criminal investigation.

KEYWORDS: Truth - Definition of truth and its criteria - Theories of truth - Limits of truth - Truth and investigation.

SUMÁRIO: 1. A verdade. Conceito: 1.1 Definição e critérios de verdade; 1.2 Concepções de verdade - 2. Teorias da verdade: 2.1 Teorias da correspondência: 2.1.1 Verdade como congruência; 2.1.2

Verdade como correlação; 2.2 Teoria semântica (A. Tarski); 2.3 Teoria da verossimilhança (K. Popper); 2.4 Verdade aproximada e adequação empírica; 2.5 Teorias epistêmicas: 2.5.1 Verdade como coerência; 2.5.2 Verdade pragmática; 2.6 A verdade como acordo (L. H. Dutra): 2.6.1 Verdade como ferramenta de investigação; 2.6.2 Verdade como acordo – Uma formulação pragmática – 3. A busca da verdade no processo penal: 3.1 Verdade real *vs.* verdade formal; 3.2 O problema da verdade processual: 3.2.1 Verdade fática e verdade jurídica; 3.2.2 Concepção semântica da verdade; 3.2.3 A noção de verdade aproximativa; 3.3 Os limites da verdade no processo: 3.3.1 Indução fática e verdade provável; 3.3.2 Dedução jurídica e verdade opinativa; 3.4 A decidibilidade da verdade no processo – 4. A verdade na investigação criminal: 4.1 A verdade como acordo e ferramenta da investigação; 4.2 Problemas e limites da verdade na investigação: 4.2.1 A verdade segundo a teoria analítica do crime; 4.2.2 Verdade fática e coerência do conjunto probatório; 4.2.3 Verdade aproximativa e o problema do grau de cognição; 4.2.4 Verdade jurídica e juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade; 4.2.5 Aceitabilidade justificada (no indiciamento) e verdade opinativa – 5. Referências bibliográficas.

1. A VERDADE. CONCEITO

A verdade é a finalidade da investigação[1-2] – eis o postulado de que vamos partir –, mas antes é necessário que tenhamos um conceito de verdade, para o qual há várias teorias que iremos expor no subcapítulo seguinte. Nicola Abbagnano (2003, p. 994) a conceitua, inicialmente, como "validade ou eficácia dos procedimentos cognitivos", ou, mais especificamente, como "*qualidade* em virtude da qual um procedimento cognitivo qualquer torna-se eficaz ou obtém êxito", independentemente de qualquer distinção que se faça entre *definição* e *critério* de verdade, o que, segundo ele, representa apenas a admissão de dois conceitos de verdade, não frequente nem sempre feita entre os filósofos. Essa distinção, contudo, é relevante para a compreensão da investigação criminal.

1.1 Definição e critérios de verdade

A distinção entre *definição (ou significado)* e *critério* de verdade tem sido sustentada por alguns, a exemplo de Luigi Ferrajoli (2002, p. 52 e ss.), para

1. Artigo originalmente publicado como capítulo do livro *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. Coimbra: Almedina, 2011.
2. "De acordo com Peirce, *a verdade é o fim da investigação*, aquela opinião sobre a qual aqueles que usam o método científico vão concordar, ou talvez, fossem, se persistissem o suficiente. A importância dessa tese deriva da teoria da investigação de Peirce. (...) Pois o método científico, argumetna Peirce, é o único entre os métodos de investigação a ser condicionado (*constrained*) por uma realidade que é independente do que qualquer um acredita, e é por isso que ele pode levar ao consenso" (HAACK, 2002, p. 140).

quem, no âmbito do processo penal, ela não é uma mera sutileza, mas sim uma questão essencial, por distinguir teoricamente a *condição de uso do termo "verdadeiro"* (em conformidade com a realidade objetiva) dos critérios (reconhecidamente subjetivos) pelos quais o juiz avalia e decide acerca da verdade ou da confiabilidade das hipóteses fáticas ou jurídicas discutidas em juízo.[3]

A respeito dessa distinção, Susan Haack (2002, p. 130) adverte, contudo, que é preciso lidar com ela cuidadosamente, embora não se possa excluir seu uso.[4] De um modo geral, podemos dizer que enquanto "uma *definição* dá o *significado* da palavra 'verdadeiro', um *critério* fornece um teste por meio do qual se diz se uma sentença (ou o que quer que seja) é verdadeiro ou falsa". Como exemplo, "pode-se distinguir, de um lado, fixar o significado de 'febril' como ter um a temperatura mais alta que algum ponto dado e, de outro, especificar procedimentos para decidir se alguém *está* febril" (2002, p. 130).

1.2 Concepções de verdade

São várias as teorias que se propõem a conceituar a verdade, como veremos adiante. Nicola Abbagnano (2003, p. 994), no entanto, considera que "é possível distinguir cinco conceitos fundamentais de verdade" – como correspondência; como revelação; como conformidade; como coerência; e como utilidade[5] – e nos adverte que "essas concepções têm importâncias diferentes na história da filsofia: as duas primeiras, em especial a primeira, sem dúvida são as mais difundidas. Não são nem mesmo alternativas entre si: é possível encontrar mais de uma no mesmo filósofo, embora usadas com propósito dife-

3. "Na realidade", sustenta o autor, "é essencial – e mais ainda na teoria do direito do que na teoria da ciência – para fundamentar no plano metateórico e normativo modelos de motivação ou justificação racional das decisões jurídicas adequadas aos diversos setores do ordenamento e aos variados fins e valores políticos que os presidem. É essencial, sobretudo, para fundamentar teoricamente e para garantir a racionalidade específica das decisões penais" (FERRAJOLI, 2002, p. 55).

4. "Não se pode simplesmente decidir abster-se de usar a distinção, mesmo sendo ela problemática, por causa de sua importância para questões como a de se as teorias da coerência e da correspondência precisam ser encaradas como rivais entre as quais se é obrigado a escolher, ou como suplementando-se mutuamente, a correspondência fornecendo a definição e a coerência, o critério" (HAACK, 2002, p. 130).

5. Nesse trabalho, contudo, vamos seguir a proposta de L. H. Dutra (2001, p. 17-71) – contida no Capítulo 1 de sua obra *Verdade e Investigação* –, ao tratar das *teorias da correspondência*, *teoria semântica*, *verdade como verossimilhança*, *verdade aproximada* e *como adequação empírica*, e *teorias epistêmicas*.

rentes. No entanto, por serem díspares e mutuamente irredutíveis, devem ser cosideradas distintas".

Johannes Hessen distingue apenas dois conceitos de verdade – o *transcendente* e o *imanente*. No primeiro caso, "quando descrevemos o fenômeno do conhecimento, constatamos que, para a consciência natural, a verdade do conhecimento consiste na *concordância do conteúdo do pensamento com o objeto*" (2003, p. 119). No segundo caso, "a essência da verdade não reside numa relação do conteúdo do pensamento com algo contraposto, transcendente, mas sim no interior do próprio pensamento" (2003, p. 119). A verdade, nesse caso, é uma *concordância do pensamento consigo mesmo*, algo puramente formal, uma correção lógica, sem referência necessária a qualquer objeto da realidade.[6]

José Ferrater Mora (2001, p. 710), após expor várias teorias, observa que os diveros conceitos de verdade "podem ser agrupados em vários tipos fundamentais". Entre outras classificações,[7] ele nos apresenta a distinção entre: (a) *verdade ontológica (ou metafísica)*, que "equivale à verdade das coisas, ou à realidade como verdade" (realidade como algo distinto da aparência); (b) *verdade lógica (ou semântica)*, que "expressa a correspondência, ou adequação, do enunciado à coisa ou à realidade" (não contradição); e (c) *verdade epistemológica*, "refere-se à verdade na medida em que é concebida por um intelecto e formulada, num juízo, por um sujeito cognoscente" (adequação do entendimento e da realidade).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 52 e ss.), no âmbito do processo penal, observa que podemos considerar as diversas teorias da verdade, sem necessariamente contrapô-las, se distinguirmos a aplicação dos vários conceitos nos planos *semântico* (relativo ao significado do termo verdade em si); *sintático* (relativo ao conjunto de conhecimento em que se insere a noção de verdade) e *pragmático* (relativo à aceitação e satisfatoriedade pelos que fazem uso da verdade).[8]

---

6. Segundo Johannes Hessen, o conceito transcendente nos remete a um *conceito realista* de verdade, ao passo que o imanente, a um *conceito idealista*, que só faz sentido aceitar, segundo o autor, "caso não haja qualquer objeto real, exterior à consciência. Nesse caso, essa concepção será certamente necessária, pois se não houver objetos independentes do pensamento, se todo o ser residir no interior do pensamento, a verdade só pode consistir no acordo dos conteúdos de pensamento entre si, vale dizer, na correção lógica" (2003, p. 120).

7. Cf. Mora (2001, p. 710 e ss.), em que o filosófo apresenta distinções entre verdade semântica e verdade filosófica; verdade fática e verdade lógica etc.

8. Admitem-se *três dimensões da semiose*: "*Semântica*, que considera a relação dos signos com os objetos a que se referem; *pragmática*, que considera a relação dos signos

Considerando as classificações apresentadas, bem como a distinção entre definição e critério, a partir das diversas teorias, podemos conjugar mais de um conceito de verdade em um único esquema teórico.[9]

2. TEORIAS DA VERDADE

Aristóteles, a respeito da verdade, dizia que: "Negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade" (apud ABBAGNANO, 2003, p. 994). Com essa afirmação, o filósofo enunciava duas teses fundamentais de sua concepção de verdade: "A primeira é que a verdade está no pensamento ou na linguagem, não no ser ou na coisa (...). O segundo é que a medida da verdade é o ser ou a coisa, não o pensamento ou o discurso: de modo que uma coisa não é branca porque se afirme com verdade que ela assim é, mas afirma-se com verdade, que ela é branca por que é" (apud ABBAGNANO, 2003, p. 994).[10] Essa concepção de Aristóteles, contudo, expressa uma particular teoria da verdade (correspondencial),[11] geralmente associada à

---

com os intérpretes; e *sintática*, que considerada a relação formal dos signos entre si" (ABBAGNANO, 2003, p. 870). Mais detalhadamente, cf. Abbagnano (2003), explicações sobre *pragmática* (p. 783), *semântica* (p. 869) e *sintaxe* (p. 904).

9. É o que faz Luigi Ferrajoli, quanto ao processo penal, em *Direito e razão* – na primeira parte sobre epistemologia –, e faremos em relação à investigação criminal, a partir de sua proposta, após uma compreensão sucinta das diversas teorias.

10. Em outro sentido, contudo, sustenta-se que: "Os filósofos gregos começaram por buscar a verdade, ou o verdadeiro, diante da falsidade, da ilusão, da aparência etc. A verdade era, nesse caso, idêntica à realidade, e esta última era considerada idêntica à permanência, ao que é, no sentido de 'ser sempre' – quer se tratase de uma substância material, quer de números, qualidades primárias, átomos, ideias etc." (MORA, 2001, p. 699). Nesse caso, concebe-se a verdade como descoberta do ser, o que representa apenas uma particular noção de verdade ontológica, distinta da verdade lógica (de não contradição) e da verdade epistemológica (adequação do entendimetno e da realidade).

11. A concepção de Aristóteles acerca da verdade é entendida por certos autores como a base da teoria da correspondência, como Abbagnano (2003, p. 994); e Blackburn (1997, p. 402). Também, nesse sentido, cf. Moser, Mulder e Trout (2004, p. 73), para os quais "a definição da verdade como correspondência tem sua raiz na proposição de Aristóteles (...)". Susan Haak (2002, p. 127 e ss.), por sua vez, sustenta que é a teoria semântica que tem uma influência direta dessa concepção de Aristóteles, sendo que a teoria da correspondência tem apenas uma afinidade com ela, assim como a teoria da redundância. Também L. H. Dutra (2001, p. 17) considera que "ela não deve ser interpretada necessaraimente como uma definição correspondencial da verdade", sendo significativo que Tarski, em sua teoria semântica, tenha se referido a ela.

noção de definição ou significado da verdade, que concorre com outras igualmente propugnadas na filosofia, que iremos expor algumas sucintamente.[12]

2.1 Teorias da correspondência

A verdade como correspondência expressa a ideia de uma relação entre *afirmações* e *fatos existentes* (MOSER; MULDER; TROUT, 2004, p. 73), entre o conhecimento e a coisa (ABBAGNANO, 2003, p. 994). Essa é, em essência, sua noção fundamental, que relaciona o que se diz (linguagem) ou se conhece (ideia) ao que existe (realidade). Nesse sentido, as coisas, a realidade externa ao conhecimento seria a medida da verdade. Existindo, há verdade, por haver correspondência entre conhecimento, íntimo ou expresso na linguagem, e a coisa que se pensa ou se diz.

Mas em que termos podemos observar essa relação de correspondência, é o que duas concepções especialmente representativas dessa ideia tetnam responder: (a) a teoria da correspondência entre preposições e fatos, como congruência ou similaridade de estrutura entre eles (Russell); e (b) a teoria da correspondência em termos de correlação, entre convenções descritivas e convenções demonstrativas (Austin).

2.1.1 Verdade como congruência

Segundo Russell,[13] a verdade pode ser definida como uma correspondência entre crença e fato. Afirma ele que "uma crença é *verdadeira* quando corresponde a um certo complexo associado, e *falsa* quando não corresponde" (apud DUTRA, 2001, p. 18). Referindo-se a essa teoria, Luiz Henrique Dutra explica que, para Russel: "Uma teoria adequada sobre a noção de verdade deve nos permitir saber em que circunstâncias o que dizemos do mundo é o caso; por isso a verdade não pode ser uma propriedade intrínseca de nossas crenças,

12. Para uma visão geral e resumida sobre as teorias da verdade, cf. Haack (2002, p. 127), em especial um esquema conciso das concepções e seus relacionamentos entre si (p. 128). Para uma visão mais detalhada e específica, contudo, cf. Kirkham (2003, Cap. 1, p. 13-65), sobre "Projetos de teorias da verdade", em especial a Tabela 1.1 com "uma categorização das teorias da verdade", especificando as diversas teorias, os filósofos que as propuseram e a categoria em que elas se encontram, conforme a classificação proposta pelo autor.

13. "Congruência. Adequação. Por exemplo, 'recompensa congrua', isto é, adequada ao trabalho ou ao mérito. Em geometria, a congruência é a coicidência das figuras por sobreposição ao mesmo plano" (ABBAGNANO, 2003, p. 173).

mas tem de depender de algum fator externo, admitindo que isso possa falhar, e, logo, a verdade tem de ser correlativa à falsidade" (2001, p. 19).

Da noção de verdade como relação entre crenças e fatos, Russel observa que o mundo é constituído de fatos que são o gênero de coisas que nos permitem dizer sobre proposições verdadeira ou falsas. Em outros termos, "os atos são o que percebemos, e as proposições aquilo em que acreditamos" (DUTRA, 2001, p. 20).

Dentre as objeções feitas à teoria de Russell, encontramos a relativa ao *isomorfismo de estrutura*, que se refere exatamente à essa ideia fundamental de correspondência como congruência entre estrutura da proposição e do fato a ele correspondente.[14] Em síntese, questiona-se como seria possível haver uma similaridade (ou isomorfismo) entre estrutura de fatos e estrutura de proposições, entre duas coisas que são de natureza diversas.[15]

2.1.2 Verdade como correlação

Austin também[16] admite a verdade como relação entre palavras e mundo (ideia correspondista fundamental), mas diverge de Russell em pontos particulares, porque não aceita a existência de um isomorfismo estrutural e considera que são portadores da verdade os *enunciados*, não as *proposições*.

Quanto ao isomorfismo estrutural, Austin não o aceita porque, para ele, "qualquer relação entre portador de verdade e estados de coisas tem de ser estabelecida convencionalmente" (apud DUTRA, 2001, p. 27), revelando com isso o caráter pragmático da linguagem como fator preponderante, no que se distingue

14. Esse é, segundo L. H. Dutra, o problema fundamental dessa teoria, "o compromisso metafísico com a existência de uma similaridade entre mundo e linguagem, da qual deriva, então, o isomorfismo entre fato e proposição" (2001, p. 25), de tal forma que essa teoria pode nos dar uma *definição* aceitável de verdade (se aceitáveis suas premissas), mas não um *critério* de verdade. Outra objeção é feita a partir do questionamento sobre a *noção de fato*. Para um melhor entendimento, cf. Dutra (2001, p. 23-26).

15. A respeito dessa crítica, Russelll teria considerado que a dificuldade reside no problema da linguagem natural, por causa de suas imperfeições, pois, segundo ele, em uma linguagem logicamente perfeita, seria possível a similaridade, na medida em que a proposição em si é que mostraria a verdadeira estrutura do fato (nesse sentido, cf. DUTRA, 2001, p. 24).

16. "Correlação. Uma das quatro formas de oposição enumeradas por Aristóteles, mais precisametne a que ocorre entre termos correlativos, como a metade e o dobro" (ABBAGNANO, 2003, p. 214).

da teoria de Russell que pugna por uma linguagem formalizada, afastando a aptidão da linguagem natural para a questão da verdade.

Quanto ao portador da verdade, Austin defende que "os enunciados é que podem ser verdadeiros ou falso, porque eles é que podem, então, se referir a estados de coisas, a acontecimentos, por exemplo" (DUTRA, 2001, p. 28). Nesse ponto, distingue-se proposição (como atitude mental) de enunciado (como linguagem).[17]

Assim, segundo Austin, considera-se verdadeiro um enunciado: "Quando o estado de coisas histórico (ou efetivo) com o qual ele é *correlacionado* pelas *convenções demonstrativas* (aquele estado de coisas ao qual o enunciado se refere) é de um tipo com qual a sentença utilizada para fazê-lo está *correlacionada* pelas *convenções descritivas*" (apud DUTRA, 2001, p. 28).[18] Em síntese, é verdadeiro um enunciado (linguagem) quando ele está correlacionado, por convenções, a um estado de coisas (realidade) demonstradas, bem como cor-

17. A distinção entre *"enunciado"* e *"proposição"* nem sempre é feita na filosofia, porque às vezes são usados um pelo outro. Entretanto, "às vezes emprega-se 'proposição' para um enunciado isolado, e 'enunciado' quando está dentro de um silogismo. Ocasionalmente, 'enunciado' é um termo neutro, decomponível em 'proposição' (produto lógico do pensamento) e 'juízo' (produto psicológico do pensamento). Esta decomposição efetua-se, por vezes, em sentido inverso: o enunciado designa então o fato de enunciar uma proposição" (MORA, 2001, p. 215-216). Nicola Abbagnano explica que, "quando, conforme ocorre com frequência, se distingue enunciado de proposição, diz-se que o enunciado é verdadeiro quando exprime uma proposição verdadeira" (2003, p. 337). *Russell*, contudo, *"reduz a proposição a atitude mental*, embora distinguindo do encunciado. Na verdade, considera-a como 'crença' ou 'atividade proposional', e afirma que as proposições devem ser definidas como eventos psicológicos (ou fisiológicos) de certa espécie: imagens complexas, expectativas etc" (ABBAGNANO, 2003, p. 801). *Um enunciado*, segundo Austin, *"é o proferimento por um falante de certas palavras, o emprego de uma sentença, diante de uma audiência e com referência a uma situação determinada"* (DUTRA, 2001, p. 28).

18. "As *convenções descritivas* são aquelas que *correlacionam sentenças com tipos de situação*, coisa, evento etc., encontradas no mundo. E as *convenções demonstrativas correlacionam enunciados com situações históricas* etc. também encontradas no mundo" (DUTRA, 2001, p. 28). Para um exemplo dessas convenções, cf. Dutra (2001, p. 28). No âmbito da investigação criminal, há também certas convenções acerca do que a verdade se refere (fatos e direito) e sobre as quais os atores da comunidade jurídica (delegado, promotor e juiz) estão de acordo, ou conseguem pelos meios institucionais da persecução penal chegar, com uma conclusão sobre a verdade. Pense-se, por exemplo, nas *convenções legais* a respeito dos tipos penais que definem o crime a partir de elementos imprescindíveis para sua configuração, bem como nas *convenções jurisprudenciais* (ou até doutrinárias) a respeito de que fatos e situações são admitidos como correlativos às descrições legais.

relacionada, por outras convenções, quanto à sua descrição (conceito); noutras palavras, os interessados na verdade estão de acordo (por convenções) quantos às correlações existentes entre coisas, ideias e linguagem.

Ponto relevante dessa teoria se refere ao vínculo que Austin estabelece entre a noção de verdade e a linguagem praticada pelas comunidades que dela fazem o uso, porque, segundo ele, "a verdade e a falsidade dependem das circunstâncias, da audiência e dos propósitos e intenções com que se faz um enunciado" e "a referência depende do conhecimento que se tem no momento de um proferimento" (nesse sentido, cf. DUTRA, 2001, p. 30). Dessa forma, explica Luiz Henrique: "Ao fazer seus enunciados, *o falante sempre pressupõe o conhecimento que ele compartilha com sua comundiade linguística*, o que inclui uma delimitação do mundo sobre o qual ele fala. *Tal conhecimento está expresso nas convenções (descritivas e demonstrativas) que a comunidade estabelece*" (DUTRA, 2001, p. 30).[19]

2.2 Teoria semântica (A. Tarski)

A noção de verdade[20] proposta por Tarski constitui-se a partir de duas condições – *adequação material* e *correção formal*[21] – de tal forma que sua definição se estabelece por intermédito de uma metalinguagem.[22] Com esse

19. Tendo em conta as convenções, também na investigação criminal, a verdade pressupõe um conhecimento compartilhado pela comunidade em que está inserida, bem como uma delimitação do mundo que lhe é próprio (os fatos relevantes à qualificação jurídica do crime) e a que se refere a verdade (hipóteses fáticas e jurídicas).

20. "Semântica. Um dos três ramos em que a semiótica é usualmente divida: o estudo do significado das palavras e da relação entre os signos e os objetos a que eles são apicáveis" (BLACKBURN, 1997, p. 354). Segundo N. Abbagnano: "Propriamente, a doutrina que considera as relações dos signos com os objetos a que eles se referem, que é a relação de *designação*. (...) A semântica seia portanto a parte da Linguísitica (e mais especialmente da Lógica) que estuda e analisa a função significativa dos signos, os nexos entre os signos linguísticos (palavras, frase etc.) e suas significações" (2003, p. 869). Para melhor compreender a teoria e aprofundar, cf. *A concepção semântica da verdade*, de Alfred Tarski, São Paulo: Unesp, 2007 (textos clássicos de Tarski, organizados e traduzidos por L. H. Dutra et al).

21. "A primeira dessas condições coloca limites para o conteúdo possível, a segunda, para a forma possível de qualqeur definição aceitável" (HAACK, 2002, p. 143). "A teoria de Tarski pode ser reduzida ao seguinte: para ser materialmente adequada, uma definição do conceito de verdade tem de trazer como consequência a equivalência da forma" (MORA, 2001, p. 708).

22. "Uma definição adequada de 'verdade' tem de ser dada numa metalinguagem. Segundo Tarski, nas linguagens formalizadas é possível construir uma definição adequada

requisito, "só podemos dar *definições parciais de verdade* para as sentenças de determinada linguagem, definindo as condições mediante as quais cada uma das sentenças é verdadeira" (DUTRA, 2001, p. 34),[23] o que somente seria possível em linguagens formalizadas,[24] porque possuem *estrutura sintática inteiramente especificável*.[25]

Com o conceito proposto, Tarski pretende que sua noção de verdade seja neutra e "compatível com qualquer posição metafísica, seja realista, seja idealista etc." (DUTRA, 2001, p. 40). Segundo ele, a partir de um esquema geral (T) podemos ter definições adequadas de verdade para certas e determinadas sentenças. Assim, como condição prévia, devemos partir do seguinte esquema:

(T) *x*/é uma sentença verdadeira/se e somente se/*p*

No esquema, *x* é o nome de uma sentença qualquer, e *p* se refere a um estado de coisas. Exemplificativamente, *"a neve é branca"/é uma sentença verdadeira/se e somente se/a neve é branca.* É a partir dessse esquema geral, requisito formal da concepção de verdade, que alguns filósofos tendem a interpretar a teoria de Tarski como uma concepção correspondencial. Esse esquema, contudo, não é ainda definição de verdade de Tarski, "mas apenas a formulação de uma das duas condições que devem ser satisfeitas para podermos ter adequadas definições de verdade para sentenças determinadas" (DUTRA, 2001, p. 36). É uma convenção formal, assim como o é também o outro requisito relativo à condição de adequação material, que também se estabelece como uma

---

e formalmente correta do que é uma sentença verdadeira numa metalinguagem, só com a ajuda de expressões lógicas gerais, expressões da própria linguagem e termos da morfologia da linguagem" (MORA, 2001, p. 706).

23. "Tarski diz que 'verdadeiro' expressa uma propriedade ou nomeia uma classe de sentenças, então, são sentenças que ele toma como portadores de verdade" (KIRKHAM, 2003, p. 208). "Entre os lógicos, gramáticos e linguistas, é comum dizer que uma sentença é uma sequência de símbolos em um língua ou linguagem, uma sequencia que atenda a determinados requistisos de caráter sintático e, as vezes, semânticos" (DUTRA, 2001, p. 82).

24. "Tarski defende que a semântica de uma linguagem L qualquer deva ser especificada em uma outra linguagem M, uma *meta*-linguagem, diferente de L" (DUTRA, 2001, p. 34).

25. Ou seja, linguagens em que as *relações de designação* dos signos com os objetos a que eles se referem (semântica) estejam especificadas inteiramente em uma outra linguagem (metalinguagem). A contrário senso, em linguagens não formalizadas (coloquial, ou natural), por terem estrutura sintática não especificável, torna-se difícil estabelecer uma definição de verdade.

convenção.[26] A definição de verdade, segundo Tarski, somente é possível em uma linguagem necessariamente formalizada[27] e semanticamente não fechada, o que exige uma metalinguagem (M) mais rica que a linguagem formalizada (L), capaz de especificar a estrutura sintática de L, e em condições de definir o verdadeiro em termos de *satisfação* em L.

Segundo Luiz Henrique Dutra (2001, p. 39), a noção de verdade de Tarski, em resumo, pode ser assim explicada: "Atendendo, então, aos dois requisitos – de adequação material e correção formal – Tarski sustenta que podemos definir 'verdadeiro-em-L', sendo L uma linguagem formalizada qualquer. Para isso, devemos, em primeiro lugar, especificar a estrutura sintática de L. Em segundo lugar, temos de especificar a estrutura sintática da metaliguagem M na qual vamos definir verdadeiro-em-L. M pode conter L como uma parte sua, caso contrário temos de providenciar meios para traduzir as sentenças L em M".[28]

Embora a teoria de Tarski seja por muitos referidas como uma formulação mais bem elaborada da concepção correspondencial (nesse sentido, em especial, K. Popper), além de pretender um conceito neutro, em relação a questões

26. É nesse ponto que Tarki acaba recorrendo, em última análise, aos objetos do mundo como forma de satisfação da verdade das sentenças (nesse sentido, cf. DUTRA, 2001, p. 39-40). Ou seja, embora uma meta-linguagem defina o verdadeiro em uma linguagem anterior (semântica), o procedimento indireto acaba por recorrer ao final a objetos do mundo. Segundo Luiz Henrique Dutra, a respeito disso: "(...) este é um dos pontos a cujo respeito a teoria de Tarski tem sido criticada, envolvendo sua alegada neutralidade em face de posições metafísicas ou epistemológicas. Dado que, em sua apresentação original da teoria, Tarski não fala de modelos, nem de mundos possíveis, por exemplo, etnende-se que as variáveis dizem respeito a objetos do mundo. E isso parece comprometer a teoria com o fisicalismo" (2001, p. 40).

27. L. H. Dutra (2001, p. 38) explica que "construir uma linguagem formalizada, deste ponto de vista, é apenas especificar claramente um sistema sintático e dotá-lo de uma interpretação (semântica), e não é certo que não possamos fazer isso com certas partes da linguagem coloquial". Davidson, a respeito disso, sustenta que a teoria de Tarski é aceitável inclusive em linguagens não formais (nesse sentido, cf. DUTRA, 2001, p. 47-52).

28. No âmbito da investigação criminal, a dogmática penal sobre a teoria anallítica do delito, apesar de não inteiramente formal, segundo entendemos, desempenha com êxito o desenvolvimento de uma metalinguagem que nos permite especificar a semântica das sentenças legais que definem os tipos penais. Assim, ao se questionar sobre a verdade acerca de uma crime, podemos perceber que somente é crime o que definido na lei como tal (linguagem L), mas somente a partir da dogmática penal (linguagem M), podemos apreender o sentido verdadeiro e inequívoco daquela linguagem L, em certas situações. Também a jurisprudência, segundo entendemos, tem uma função especificadora da semântica dos termos da linguagem jurídica, na medida em que exclui ou inclui certos fatos da hipótese legal, a. ex. de pequenos furtos (bagatelas) excluídos da hipótese de incidência do tipo.

metafísicas e epistemológicas (como assim o pretende o próprio Traski), não há um consenso sobre essa sua natureza e qualidade.[29]

Luiz Henrique Dutra (2001, p, 41) nos dá, contudo, uma boa interpretação dessa teoria, ao observar que: "(...) ao contrário das abordagens gerais nas teorias da verdade, a de Tarski contém um preceito metodológico importante, e que pode se mostrar profícuo não exatamente para definir a 'verdade' para a linguagem coloquial (e científica), mas para enfrentar o problema em contextos em que ele possa receber uma formulação mais exata".[30]

2.3 Teoria da verossimilhança (K. Popper)

A teoria de Popper[31-32] acerca da verdade parte de uma especial interpretação da teoria semântica de Tarski[33] como correspondência, embora seja considerada por muitos uma abordagem equivocada dessa teoria.[34]

---

29. Nesse sentido, cf. Dutra (2001, p. 33 e ss.) Para entender porque a teoria de Tarski é ou não asociada a uma concepção correspondencial, cf. explicações detalhadas em Kirkhan (2003, p. 241 e ss.). Certo, contudo, é que tem sido uma das mais bem mais teorias da verdade entre os filósofos segundo algumas opiniões. Nesse sentido, cf. Haak (2002, p. 143) para quem "a teoria de Tarski tem sido, ultimamente, com grande probabilidade, a teoria da verdade mais influente e mais amplamente aceita".
30. Reconhecendo sua relevância, cf. Ferrajoli (2002, p. 40-42), onde o autor faz uso da concepção semântica no contexto do processo penal.
31. Verossimilhança. "Grau com que uma hipótese se aproxima da verdade. A primeira abordagem dessa noção deve-se a Popper, que a identifica com o grau com que uma teoria capta toda a verdade (...)" (BLACKBURN, 1997, p. 404).
32. "Popper, Karl Raimund (1902-1994) Filósofo da ciência. Popper nasceu e se formou em Viena, partilhando com os positivistas lógicos o interesse pelos fundametnos e metodologia das ciências naturais. (...) Ficou famoso com seu primeiro livro *Logik der Forschung* (1935), no qual destrói as tentativas tradicionais de fundamentar o método científico no apoio que a experiência proporciona às generalizações e às teorias adequadamenet construídas" (BLACKBURN, 1997, p. 302).
33. Uma outra interpretação, a partir da teoria de Tarski, é proposta por Davidson, que pretende aplicá-la para certas linguagens coloquiais (nesse sentido, cf. DUTRA, 2001, p. 47-52). Em síntese: "O programa de Davidson e seus colaboradores consiste, portanto, em tomar partes do discurso coloquial e procurar fazer o mesmo tipo de arregimentação e descrição formal que os lógicos já conseguiram fazer com outros fragmentos" (p. 49). "A noção de verdade se torna essencial neste programa porque, para Davidson, compreender o que uma sentença siginfica é compreender quais são suas condições de verdade" (p. 50). "É deste modo que a verdade se torna, segundo Davidson, *uma ferramenta para compreender o significado das senteças de uma linguagem*" (p. 51).
34. Nesse sentido, cf. Dutra (2001, p. 44 e ss.), que a considera uma teoria ingênua da correspondência. Entretanto, é a partir da interpretação popperiana da teoria

A concepção de Popper abrange as perspectivas da definição e dos critérios acerca da verdade. Para ele, a definição de verdade deve ser objetiva, o que somente é possível se aceita a noção de correspondência com os fatos, nos termos do esquema geral proposto por Tarski (*x*/é verdadeiro/se e somente se/*p*), como condição de adequação material para definir a verdade de sentenças.[35]

Tendo por base essa definição, Popper apresenta sua concepção de conteúdo de verdade, a partir da ideia de verossimilhança, como forma de escolhermos entre teorias diversas a que mais se aproxima da verdade. Nesse ponto, acredita-se que Popper apenas nos deu critérios para considerar qual é a melhor dentre duas teorias, tomando por base não uma verdade propriamente dita, mas uma das teorias apresentadas com base no conhecimento de que dispomos no momento. Noutros termos, "dada a situação em que se encontra nosso conhecimento, julgamos que uma das teorias é melhor que as outras, e a utilizamos para julgar as demais" (DUTRA, 2001, p. 46). Ou seja, Popper não nos dá um conceito completo de verdade, mas apenas uma definição correspondencial conjugada com outros critérios. Nesse sentido, Luiz Henrique Dutra (2001, p. 47) conclui que: "Em suma, aparentemente, Popper deseja manter uma definição de verdade como correspondência, mas aceita um critério não correspondencial de verdade ou, melhor dizendo, daquele substitutivo para a verdade que ele julga a nosso alcance – a verossimilhança".[36]

2.4 Verdade aproximada e adequação empírica

Com a ideia de *aproximação da verdade*, Boyd acredita ser possível determinar *diferentes graus de verdade*, com base em critério epistêmico de avaliação de teorias

---

semântica como correspondência, e de sua proposta de verdade aproximada que Luigi Ferrajoli parece erigir seu esquema teórico acerca da verdade no processo penal (nesse sentido, cf. 2002: "A concepção semântica da verdade processual como 'correspondência'. Verdade fática e verdade jurídica", p. 40 e ss.), do qual iremos extrair os fundamentos para o uso da verdade na investigação criminal.

35. É nessse ponto que a concepção de Popper é especialmente criticada, por ter dado à teoria de Tarski uma interpretação que não parece estar de acordo com a concepção do próprio autor, e por reduzi-la a uma definição de correspondência com os fatos, que o próprio Tarski não teria admitido em absoluto (cf. nessse sentido, DUTRA, 2001, p. 44).

36. Essa noção nada mais é do que *uma aproximação máxima possível da ideia de verdade*. Essa concepção de Popper deve ser compreendida dentro de uma ideia maior de progresso constante das ciências baseado em sua proposta falseacionista. Especialmente por causa desse programa que a concepção de Poppper parece ter uma boa aplicação no âmbito do processo penal, segundo a proposta garantista de Luigi Ferrajoli.

(cf. DUTRA, 2001, p. 54 e ss.). Mas, apesar de a história das ciências demonstrar que sempre há teorias novas que suplantam as velhas, aproximando-se a cada passo da verdade, Boyd, contudo, não desconsidera que em algum ponto as anteriores tinham algo de verdadeiro. Assim, admite-se que "ao longo deste processo dialético e natural que é a ciência, a verdade como correspondência entre nosso conhecimento e o mundo se nos impõe, gradualmente, isto é, sucessivamente, por meio de teorias cada vez mais próximas da verdade (exata)" (DUTRA, 2001, p. 55).

Com isso, Boyd sustenta que a noção de correspondência apenas nos dá uma definição de verdade, sendo contudo a noção de coerência o critério de verdade, ainda que aproximadamente.[37] Com isso, essa teoria da verdade de Boyd "apresenta a vantagem de poder formular um critério aplicável de verdade aproximada, que consiste na associação entre confiabilidade instrumental e coerência" (DUTRA, 2001, p. 56). Em síntese, com base em tal, "uma teoria instrumentalmente confiável e coerente com o restante do saber estabelecido, em determinado momento da história de uma ciência madura, deve ser considerada aproximadamente verdadeira" (DUTRA, 2001, p. 56).

Noutro rumo, apesar de também partir da definição de verdade como correspondência, van Frassen propõe a noção de *adequação empírica* como critério, não de verdade, contudo, sim como forma de escolher entre duas teorias que possam competir a respeito de uma aproximação da verdade.[38]

---

37. Nesse caso, um critério de autorização (falível), não um critério de garantia (infalível). "A distinção enter critério de garantia (que são infalíveis) e critérios de autorização (que são falíveis) é apresentada por Rescher (1973). Um critério de autorização consiste em detectar alguma coisa que esteja causalmente ligada a outra (por exemplo, febre com infecção), o que, por conseguinte, nos *autoriza* [grifo nosso] a inferir a presença desta outra coisa" (DUTRA, 2001, p. 56). Seria um critério de garantia, no exemplo, a constatação do microorganismo em um microscópio (DUTRA, 2001, p. 56). Nesse caso, é claro, há que se perceber uma certa confiabilidade científica sobre a instrumentalidade do microscópio para nos revelar o microorganismo. No âmbito da investigação criminal, um critério de autorização pode ser percebido a partir do testemunho de várias pessoas acerca da morte de um homem cujo corpo desapareceu, mas somente o exame de corpo delito, feito diretamente sobre o corpo poderia nos garantir a morte daquele homem.

38. "Ao contrário dos realistas científicos, van Frassen, entre os anti-realistas, argumenta que o sucesso preditivo (ou a confiablidade das teorias científicas, como diz Boyd) não é a questão a ser respondida, mas, antes, o que interessa é o problema de como escolher entre duas teorias ou mais teorias competidoras, todas empiricamente adequadas, isto é, todas elas sendo bem-sucedidas em nos dar explicações sobre certos fenômenos e permitindo fazer predições corretas" (DUTRA, 2001, p. 53). Ora, essa é pontualmente a questão que se coloca no âmbito da investigação do crime no processo penal, em que o contraditório põe em conflito duas teses a respeito dos fatos

Segundo van Frassen: "(...) uma teoria é empiricamente adequda exatamente se o que ela diz sobre as coisas observáveis e eventos neste mundo é verdadeiro – exatamente se ela 'salva os fenômenos'. De forma um pouco mais precisa: tal teoria tem pelo menos um modelo tal que todos os fenômenos dados nele se ajustam" (apud DUTRA, 2001, p. 57).[39] Com essa comprrensão, contudo, van Frassen deixa de focar a atenção na ideia de verdade, para concentrar-se na ideia de adequação empírica, que pode ser entendida independentemente da ideia verdade (nesse sentido, DUTRA, 2001, p. 60).

2.5 *Teorias epistêmicas*

Diferentemente[40] das teorias da correspondência que vinculam a noção de verdade a uma relação entre o mundo e o conhecimento que temos dele, há certas teorias que defendem a *noção de verdade como uma questão interna ao conhecimento*, dependente apenas do que pensamos em relação ao mundo, sem referência necessária ao que existe nele. Sob essa perspectiva é que se colocam a *teoria da coerência* e a *teoria pragmática*, como formas de teorias epistêmicas da verdade (nesse sentido, cf. DUTRA, 2001, p. 61 e ss.)

2.5.1 *Verdade como coerência*

A teoria da verdade como coerência,[41] segundo Simon Blackburn (1997, p. 401), é a perspectiva, a partir da qual, "a verdade de uma proposição con-

---

investigados, por vezes, igualmente admissíveis pelo que podemos saber no estágio de nosso conhecimento, e nos limites temporais do sistema penal que exige uma decisão antes da prescrição do direito de punir (*jus puniendi*), questão que pode ser antevista mesmo no inquérito policial quando as investigações conduzem a duas possíveis conclusões, igualmente possíveis, consideradas em si (coerentes), mas contrárias, consideradas quanto à outra.

39. "Na medida em que a ideia intuitiva de um modelo é, em última instância, aquela da representação de um mundo possível, isto pode ganhar um sentido razoável" (DUTRA, 2001, p. 59).

40. "Epistemologia (do grego, *epistêmê*: conhecimento). Teoria do conhecimento. Algumas de suas questões centrais são: a origem do conhecimento; o lugar da experiência e da razão na gênese do conhecimento; a relação entre o conhecimento e certeza, e entre o conhecimento e a impossibilidade do erro; a possibilidade do ceticismo universal; e as formas de conhecimento que emergem das novas conceitualizações do mundo" (BLACKBURN, 1997, p. 118-119).

41. "Coerência. (...) 1. Ordem, conexão, harmonia de um sistema de conhecimento. Nesse sentido, Kant atribuía aos conhecimentos *a priori* a função de dar ordem e

siste em pertencer a um certo conjunto apropriadamente definido de outras proposições: um conjunto consistente, *coerente* e possivelmente ainda dotado de outras virtudes, desde que não sejam definidos em termos de verdade".

Segundo Luiz Henrique Dutra, "uma teoria da coerência é uma teoria que identifica a verdade com uma propriedade do sistema enquanto tal, internamente, sem referência a nada externo" (2001, p. 66). As teorias da coerência partem da ideia de sistema de crenças (ou proposições, não sendo relevante a discussão acerca do portador da verdade), como conjunto ou classe de sentenças ou proposições, de tal forma que possamos ter uma coerência interna, sem proposições contraditórias. A ideia de compatiblidade (ausência de desacordo), no entanto, deve ser tida como um requisito necessário, mas não suficiente. Assim, além da exigência de compatiblidade (entre as sentenças), exige-se também a abrangência (do sistema) para absorver, e se necessário revisar-se, em função de alguma sentença inicialmente conflitante com o sistema (cf. 2001, p. 66).

Dessa forma, observa-se que essa teoria não apenas define a verdade em termos de coerência, como elege este como seu próprio critério, ou, como sintetiza Luiz Henrique Dutra, "qualquer critério para julgar a coerência do sistema deve derivar do próprio sistema" (2001, p. 67), o que é um dos pontos criticáveis da teoria.

2.5.2 Verdade pragmática

A teoria pragmática da verdade, por sua vez, pode ser entendida como "o ponto de vista, especialmente associado a James, segundo o qual a verdade de uma afirmação pode ser definida em termos de utilidade que há em aceitá-la" (BLACKBURN, 1997, p. 403). É uma teoria que decorre diretamente do *pragmatismo*[42] e tende a relacionar a noção de verdade com *utilidade*, *consenso*, ou algum outro substitutivo.

---

coerência às representações sensíveis (...). Nesse sentido, a coerência foi assumida por algns idealistas ingleses como critério da verdade. Segundo Bradley, p. ex., a realidade é uma Cosciência absoluta que abarca, na forma de coerência harmoniosa, toda a multiplicidade dispersa e contraditória da aparência sensível (...). A coerência, nesse sentido, é muito mais do que simples *compatibilidade* entre os elementos de um sistema: implica, com efeito, não só a ausência de contradição, mas a presença de conexões positivas que estabeleçam harmonia entre os elementos do sistema. Nessa acepção, esse termo não tem significado lógico" (ABBAGNANO, 2003, p. 147).

42. "Pragmatismo. Filosofia do significado e da verdade estreitamente associada a Peirce e a James. Apesar de ter conhecido diversas formulações por parte desses dois au-

Segundo a concepção de Peirce, que considera a verdade como finalidade da investigação, a verdade pode ser compreendida como "aquela opinião sobre a qual há acordo geral entre aqueles que investigam utilizando o método científico após um tempo suficientemente longo" (apud DUTRA, 2001, p. 63).

Dewey, por sua vez, tende a substituir o termo verdade pela expressão *acertabilidade garantida*, como uma propriedade das crenças a que chegamos pela impossibilidade de refutação pela experiência (cf. DUTRA, 2001, p. 63). Nicola Abbagnano acredita que "talvez se possa antever uma forma diferente dessa mesma concepção na tese de Dewey, da *instrumentalidade* dos procedimentos cognoscitivos e do conhecimento em seu conjunto, com vistas ao aperfeiçoamente da vida humana no mundo. Contudo, em Dewey não se encontra a definição de verdade como utilidade, mas apenas a afirmação do caráter instrumental – portanto *válido*, mas não verdadeiro – das proposições" (2003, p. 998).

2.6 A verdade como acordo (L. H. Dutra)

Luiz Henrique Dutra (2001, p. 72 e ss.), em seu programa de pragmática da investigação,[43] sustenta uma abordagem alternativa da questão, a partir do exame de uma *noção comum de verdade como acordo*, com a qual ele propõe um relato de como se lhe apresenta, em uma investigação qualquer, o "papel desempenhado pela noção de verdade", do que ele extrai "uma formulação alternativa do problema da verdade em seu uso epistemológico".

Segundo a compreensão do autor, seja qual for a noção de verdade, sabemos que ela é essencial à investigação, ainda que façamos uso de um substitutivo, mas não parece essencial, contudo, a necessidade de escolher um portador de verdade, como o fazem as diversas teorias, ao tratarem de proposições, enun-

---

tores, o essencial do pragmatismo consiste na crença de que o significado de uma doutrina é idêntico as efeitos práticos que resultam de sua adoção. (...) A concepção da verdade de Peirce é que a verdade é aquilo que processos (adequados) de investigação tenderiam a aceitar se fossem levados até um limite ideal" (BLACKBURN, 1997, p. 307).

43. Advirta-se que essa abordagem, segundo o próprio autor, não deve ser confundida com as teorias pragmáticas da verdade (cf. DUTRA, 2001, p. 61). Ela está relacionada com aquela noção de pragmática da investigação contida em sua sua obra. Por *pragmática da investigação*, devemos entender, segundo o autor, "uma classe de aspectos da investigação ordinariamente apresentados pela prática científica. Entre tais elementos relevantes para compreendermos a atividade científica, obviamente, estão coisas como teorias, modelos, experimentos, observações etc." (2008, p. 262).

ciados e sentenças. De fato, no âmbito das várias teorias da verdade, há referência e divergência sobre o portador da verdade,[44] de tal forma que essa se apresenta como propriedade de algo, geralmente crenças ou proposições (Russell), enunciados (Austin) ou sentenças (Tarski).[45] Segundo L. H. Dutra, em todas teorias clássicas da verdade, no que diz respeito aos portadores da verdade, há dificuldades ontológicas que somente parecem superáveis em uma abordagem pragmática do problema.

Em princípio, qualquer portador é admissível, assim como, se devidamente defendida, qualquer teoria é aceitável (cf. 2001, p. 100). O problema, segundo o autor, é que as teorias são programadas para atender a determinado *contexto* e certa *noção* em detrimento de outros, mas em todos eles é possível identificar que em torno da noção de verdade, sob uma perspectiva pragmática da investigação, há um determinado *acordo* acerca do uso de termos como "verdade" ou "verdadeiro". O difícil, segundo o autor, "é dizer mais exatamente *em que consistiria tal acordo*". Mas ele nos dá um exemplo: "O detetive que faz uma investigação almeja que sua hipótese sobre o autor provável de um crime esteja de acordo com os fatos. O cientista que formula uma teoria almeja que ela esteja de acordo com determinados fenômenos ou acontecimentos do mundo. (...) Ao encontrar as provas que esperava, o detetive declara: 'minha hipótese é verdade – eis o culpado!' E aqui diríamos: *o acordo (a verdade) consiste numa relação entre hipótese e as provas*. Essas são os fatos, diríamos, e aquela, a proposição" (2001, p. 101-102).[46]

---

44. Para uma melhor especificação do que são portadores de verdade, cf. Dutra (2001, p. 73 e ss. –"O que é um portador de verdade?").

45. "Além das crenças, proposições, sentenças e enunciados, há outras coisas às quais costumamos atribuir a verdade como uma de suas propriedade. É o caso de uma teoria científica, ou então um relato qualquer" (DUTRA, 2001, p. 75). Sob essa perspectiva, em uma investigação criminal, o "relatório de um inquérito policial" sobre a ocorrência de um crime, com as afirmações acerca de sua materialidade e autoria, poderia ser tido como um portador de verdade. Também a "tese de acusação", contida na denúncia, defendida com base nos elementos da investigação, pode ser tida como portador de verdade, sob essa perspectiva. Essas possibilidades, além disso, parecenos, são tanto mais aceitáveis se aceitamos discutir a questão da verdade também fora do âmbito das linguagens não formalizadas.

46. Luiz Henrique Dutra, contudo, adverte que não devemos com isso concluir pela teoria da correspondência na versão russelliana, porque considera a noção de correspondência um substitutivo semântico muito fraco, inadequado à pragmática, sendo melhor manter a noção de verdade associada à de verificação e constatação de acordo, entre hipótese e prova, ou entre o que se diz e o que se pensa ser o caso (cf. 2001, p. 102).

2.6.1 Verdade como ferramenta de investigação

O que emerge como fundamental dessa concepção é que a verdade é uma ferramenta de investigação; e ainda que o acordo possa ser quebrado, é válido enquanto não o for, e ainda que revisado, será até que o seja. Nesse sentido, ainda assim a verdade permanece como uma ferramente da investigação. Daí a conclusão de Luiz Henrique Dutra de que: "*Muitas coisas podem ser verdadeiras – todas aquelas que possam ser colocadas de acordo umas com as outras*. Por isso, em determinados contextos, todas as teorias da verdade são plausíveis, e todas aquelas coisas que elas apontam como portadores de verdade podem, de fato, ter essa propriedade. Mas essa é uma *propriedade que o investigador atribui a certas coisas* quando produz o acordo entre elas. *Fora da pragmática de uma investigação determinada, não podemos dizer de que coisa a verdade é uma propriedade*" (2001, p. 103).[47]

2.6.2 Verdade como acordo – Uma formulação pragmática

Assim sendo, em uma análise pragmática da investigação, segundo Luiz Henrique Dutra, "a verdade é o acordo que se estabelece pelo ato de verificar, ou seja, a verdade é o acordo que se estabelece pelo ato de fazer tal acordo" (2001, p. 107), o que, embora seja uma afirmação tão vazia quanto tautológica, conforme reconhece o autor, é bom do ponto de vista pragmático, porque "fora de um contexto de investigação, e sem um investigador que produz ou constate o acordo entre duas coisas (hipótese e prova, por exemplo), não faz sentido pensar na verdade" (2001, p. 106).

Com essa observação, o autor conclui que: "Nosso uso da palavra 'verdade' sugere, então, que a verdade não pode ser uma propriedade de determinadas coisas (proposições, por exemplo), mas que ela é algo que se dá, um evento, uma ação, o acordo de que falávamos" (2001, p. 107).

A noção de verdade como acordo é possível, assim, no contexto de investigações em que ela se aplica, regidas por um dialeto próprio que se estabelce

47. A ideia de acordo coloca o problema da verdade em termos práticos, sendo inestimável sua noção para a investigação criminal, na medida em que, seja qual for a teoria usada, desde que os atores do processo penal (delegado, promotor e juiz) estejam de acordo quanto ao que querem submeter ao crivo da verdade, e estejam de acordo quanto a como chegar a conclusões satisfatórias, dentro do que se propõem a averiguar. Esses acordos, contudo, não se estabelecem *a priori*, como uma estipulação preliminar, mas na medida em que o procedimento ocorre e as etapas vão sendo concluídas como satisfatória, sem discussão acerca das questões postas.

por convenções descritivas e demonstrativas (Austin). Nesse sentido: "Como toda investigação utiliza, obviamente, uma língua, jargão ou dialeto, seja no caso de investigações comuns, como uma investigação policial, seja no caso de uma investigação científica, podemos falar daquela forma especializada de linguagem que se emprega na investigação. Ora, tal forma de linguagem é o que podemos denominar dialeto" (2001, p. 109).

3. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A respeito da verdade no processo penal,[48] Luigi Ferrajoli nos adverte sobre um primeiro requisito cognitivo – sem o qual não podemos iniciar qualquer investigação do crime –, ao afirmar que "só é possível verificar empiricamente que se cometeu um delito se, antes, uma convenção legal estabelecer com exatidão que fatos empíricos devem ser considerados como delitos" (2002, p. 38). Essa afirmação, em suma, expressa o princípio da legalidade, decorrente do convencionalismo penal, analisado na primeira parte, ao tratarmos da dimensão normativa do crime.[49]

3.1 Verdade real vs. verdade formal

Essa delimitação do âmbito da investigação, que decorre de uma concepção convencionalista do sistema penal, traz em si ainda o tipo de verdade que se admite perseguir – uma *verdade formal*, em contraste com a verdade substancial propugnada por outros modelos de sistema não vinculados ao princípio da legalidade dos crimes. A respeito dessa distinção, entre *verdade formal* e *verdade substancial*, compreende-se a verdade no processo como formal, por princípio, e relativa portanto, devido a estarem disciplinados os métodos de comprovação e de valoração das provas (objetivamente limitada, portanto),

48. Esse subcapítulo está orientado, essencialmente, pela obra *Direito e razão*, de Lugi Ferrajoli, precisamente pela Primeira Parte de sua teoria do garantismo penal, dedicada à Epistemologia, na qual o autor discute os problemas e limites da verdade no processo penal.

49. Essa concepção, em síntese, que se encontra em nosso sistema jurídico-penal brasileiro, expressa-se pelo princípio fundamental da legalidade, segundo o qual *não há crime sem lei (nullum crimen sine lege)*, previsto na Constituição Federal, como direito fundamental (art. 5.º XXXIX, da CF/1988), e no Código Penal (art. 1.º), como base da fonte exclusiva da norma penal incriminadora, e reflete um ideal político e de justiça, defendido pela doutrinas do Liberalismo e do Estado de Direito, fontes do Constitucionalismo moderno.

embora por pretensão subjetiva (do investigador) se possa admitir a busca da verdade material, ou absoluta (cf. FERRAJOLI, 2002, p. 60).[50]

A *verdade formal (ou processual)*,[51] assim, em contraste com a verdade substancial, "não pretende ser a verdade", pois ela "está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa". Segundo L. Ferrajoli (2002, p. 38), ela "é, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética 'verdade substancial', no quádruplo sentido de que se deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias".

Essa é, portanto, uma opção epistemológica do sistema jurídico, fundado no convencionalismo penal, a preponderar na investigação dos crimes, tendo em vista a proteção da liberdade dos cidadãos contra a arbitrariedade de verdades pretenciosamente substanciais e intoleráveis (cf. FERRAJOLI, 2002, p. 38), das quais a história da inquisição nos dá exemplos suficientes.[52]

---

50. Essa distinção assim exposta, segundo Luigi Ferrajoli, é oriunda da doutrina de Carnelutti, que passaremos a adotar nesse trabalho, mas há outros significados que não devem ser ignorados. Assim, "para Eugenio Florian, por exemplo, a 'verdade formal' seria a alcançada, como no processo inquisitivo pré-moderno, através das 'provas formais' ou 'legais', prescindindo da livre convicção do juiz; enquanto seria 'material' a verdade histórica alcançada, como no processo acusatório, através da liberdade de prova. (...) Em um sentido análogo, a oposição 'formal/material' é usada às vezes para designar a diferença entre a verdade própria do processo civil, concidionada pelo princípio da disposição sobre as provas, e a própria do processo penal, onde as provas não são disponívies para as partes" (2002, p. 60). Quanto a esse sentido, contudo, tem-se admitido que a distinção está enfraquecida no processo civil moderno dirigido pelos poderes instrutórios do juiz. Nesse sentido, cf. *A busca da verdade no processo penal*, de Marco Antonio de Barros (2002, p. 32 e ss.).

51. Embora consideradas sinônimos por Luigi Ferrajoli, daremos preferência ao uso da expressão "verdade formal", em lugar de "verdade processual", por permitir aplicação tanto ao processo judicial quanto à investigação preliminar ao processo.

52. Pretensões subjetivas a uma verdade substancial, e absoluta, estavam na base da investigação feita pela Inquisição em que se admitia a tortura como método de revelação da verdade concebida previamente pela fé, buscando exclusivamente a confissão, considerada prova por excelência. A concepção de *verdade como revelação* é a que parece se encontrar na base dos métodos de investigação da inquisição. A respeito dessa noção, Nicola Abbagnano explica que, em sua forma metafísica ou teleológica, essa

3.2 O problema da verdade processual

Considerando, assim, a noção de verdade, em sua perspectiva formal, é possível entender que as garantias legais e processuais, presentes no processo judicial, além de garantias de liberdade, são sobretudo garantias de verdade (cf. FERRAJOLI, 2002, p. 39), de tal forma que "o conceito de verdade processual é, em suma, fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial" (FERRAJOLI, 2002, p. 39). Daí ser admissível compreender que tais garantias integram o conceito de verdade, a exigir-lhe uma adequação de *validade*. Essa é uma questão prévia e necessária que concerne à verdade formal no processo penal.

Essa compreensão nos conduz, assim, a uma noção de verdade fundada na *validade jurídica* dos meios utilizados para seu alcance, o que, no âmbito da justiça penal, é ainda maior do que em qualquer outra atividade judicial (cf. FERRAJOLI, 2002, p. 40). Temos, assim, que reconhecer um nexo entre *verdade* e *validade*, tendo esta um vínculo com o método de investigação (como se verá) que, embora limite a busca da verdade, permite legitimá-la pelo respeito a certos valores relacionados a tais limites jurídicos.

3.2.1 Verdade fática e verdade jurídica

Prosseguindo na análise da verdade no processo, além de formal e contida no âmbito de validade jurídica, devemos compreender que, numa investigação do crime, devemos lidar com duas verdades, uma fática e outra jurídica (nesse sentido, cf. FERRAJOLI, 2002, p. 40).

O processo penal (assim como a investigação criminal preliminar) tem por finalidade *afirmar e comprovar* que "alguém cometeu um crime *culpavelmente*", proposição essa que pode ser decomposta em duas, uma fática (de fato) e outra jurídica (ou de direito).

---

concepção "afirma que a verdade se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais se torna evidente a essências das coisas, seu ser ou seus princípios (Deus). A caraterística fundamental dessa concepção é a ênfase dada à *evidência*, assumida ao mesmo tempo como definição e critério de verdade. Mas a evidência, obviamente, nada mais é que a revelação ou manifestação." (2003, p. 996). Ora, lendo-se o *Directorium Inquisitorium* (Manual do inquisidor), de Nicolau Eymerich (1376), essa é a noção que exsurge e acaba por fundamentar as práticas degradantes nele consolidadas. A respeito das técnicas de investigação, cf. na obra referida o capítulo relativo ao interrogatório.

Assim, concluir se "alguém cometeu um crime *culpavelmente*" exige investigar se "alguém cometeu tal fato *culpavemente*" (a) e se "tal fato constitui crime" (b). No primeiro caso, temos uma verdade fática (*quaestio facti*), comprovável pela *prova* da ocorrência do fato e de sua imputação ao agente;[53] no segundo, uma verdade jurídica (*quaestio juris*), comprovável por *interpretação* de enunciados normativos. Como nos explica Luigi Ferrajoli, a *quaestio facti* é resolúvel por via indutiva, segundo dados probatórios; enquanto a *quaestio juris* é resolúvel por via dedutiva, segundo o significado da linguagem contida na lei.

Não obstante a duplicidade da verdade formal no processo, admite-se que a concepção semântica de verdade (Alfred Tarski) é adequada ao uso do termo verdadeiro nos dois casos (nesse sentido, cf. FERRAJOLI, 2002, p. 41).

3.2.2 Concepção semântica da verdade

Assim, recorrendo à teoria semântica da verdade,[54] a verdade formal no processo, tal como definida, em proposições fática e jurídica, somente será aceitável sob as seguintes condições:

(a) *quanto à proposição fática*, "alguém praticou tal fato culpavelmente", se, e somente se, "alguém praticou tal fato culpavelmente";

(b) *quanto à proposição jurídica*, "tal fato constitui crime", se, e somente se, "tal fato constitui crime".

De tal forma que, uma proposição acerca da verdade formal no processo somente será verdadeira se, e somente se, forem verdadeiras, tanto fática quanto juridicamente, suas proposições constitutivas (nesse sentido, cf. FERRAJOLI, 2002, p. 41).

Luigi Ferrajoli, ao recorrer à concepção semântica de Tarski, assim o faz decisivamente orientado pela ideia de que não é ela uma definição real de verdade, mas uma definição nominal, considerando-a como forma de verdade

53. No âmbito da investigação criminal preliminar ao processo, contudo, como teremos oportunidade de rediscutir, segundo entendemos, o termo *culpavelmente* dessa proposição constituiria com proveito uma terceira proposição, como *uma questão puramente valorativa*, de tal forma que arriscaríamos falar em uma "terceira verdade", além da fática e da jurídica, uma *verdade valorativa*, apreciável por um juízo de reprovação (na linha da teoria pura normativa da culpabilidade), embora se admita que a expressão possa sugerir uma *contradição* (entre verdade e valor).

54. Para melhor entender, cf. explicações prévias, no início desse capítulo, bem como a *A concepção semântica da verdade* cit. Para uma explicação mais concisa, porém detalhada, cf. KIRKHAM (2003, Cap. 5 – A teoria semântica de Alfred Tarski).

como correspondência, limitando-se a um significado objetivo do termo verdadeiro, que nada diz acerca dos critérios de verdade, que remetem a teorias subjetivas.[55]

Segundo o autor, concluindo sobre essa distinção e o uso da concepção semântica, essa teoria não subministra um critério objetivo ou realista de aceitação da verdade – o que não se tem aceito por não existir –, pois se limita a indicar em que condições se faz uso do termo *verdadeiro*, qualquer que seja a epistemologica adotada ou afastada (FERRAJOLI, 2002, p. 41). Dessa forma, entende L. Ferrajoli que se justifica o uso da teoria semântica no processo, porque "uma vez estabelecido que o termo 'verdadeiro' pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de 'correspondência', é na realidade possível falar na investigação judicial como busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos 'verdadeiro' e 'falso' para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles" (2002, p. 41).

3.2.3 A noção de verdade aproximativa

Partindo da noção de verdade por correspondência, há que se ter em mente que ela corresponde apenas a *um ideal do qual podemos mais ou menos nos aproximar*. Mesmo no âmbito da investigação científica, não se tem admitido a ideia de uma verdade objetiva ou absoluta. É importante para a investigação do crime admitir que, segundo nos adverte Luigi Ferrajoli (2002, p. 42), "a 'verdade' de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contigente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a 'verdade' de uma ou várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivamente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que deles possuímos".

Na base dessa noção de verdade, admite o autor, encontra-se a ideia de verdade aproximada, que vale para o processo judicial, assim como para qualquer

55. Nesse sentido, cf. Dutra (2001, p. 43). Essa compreensão de Ferrajoli, acerca da teoria de Tarski, acompanha nitidamente a compreensão que dela tem K. Popper (2002, p. 63). A respeito dessa compreensão, contudo, há entendimentos que a criticam. Nesse sentido, cf. Dutra (2001, p. 43 e ss.), seja para conhecer as críticas, seja para entender melhor a compreensão e aplicação que Popper faz da teoria semântica de Tarski.

investigação científica, em termos de uma verdade relativa. Assim, segundo Luigi Ferrajoli, para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, "pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de *aproximação* ou *acercamento* da verdade objetiva, entendida esta como um 'modelo' ou uma 'ideia reguladora' que 'somos incapazes de igualar', mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximadamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior 'poder de explicação' e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso" (2002, p. 42).

Assim, urge aceitar que a verdade formal no processo pode ter na noção de correspondência apenas um ideal, um *valor* regulador e limite da investigação.[56] Nesse ponto, observa-se que, no plano semântico, a verdade formal do processo não difere em princípio da verdade das teorias científicas, salvo em virtude de certos fatores intrínsecos dos elementos empíricos da investigação do crime, bem como em virtude dos fatores relativos à verificação processual da verdade.

3.3 *Os limites da verdade no processo*

Há ainda, segundo Luigi Ferrajoli, algumas razões por que a verdade formal no processo se limita a uma verdade aproximativa, impedindo o ideal de "correspondência", sendo duas delas relativas a problemas que decorrem da natureza da verdade fática e da verdade jurídica.[57]

---

56. A respeito dessa concepção de Popper, Luiz Henrique de A. Dutra (2001, p. 43 e ss.) nos explica a noção de *verossimilhança*, como uma teoria epistêmica da verdade, que se aproxima da noção de verdade aproximada de realistas científicos como Richard Boyd.

57. Além dos limites que decorrem da probabilidade da verdade fática e da opinatividade da verdade jurídica, como se discutirá, Luigi Ferrajoli se refere ainda à "subjetividade específica do conhecimento judicial", o que decorre do caráter não impesssoal do juiz como investigador, que, "por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores éticos-políticos" (2002, p. 46). Trata-se, assim, de uma questão prévia à investigação e ao problema da verdade. A respeito disso, relevante a confereir G. F. Kneller, *A ciência como atividade humana* (Rio de Janeiro: Zahar; São Paulo: Edusp, 1980), em específico o *Capítulo 7: O Cientista como Pessoa* e no *Capítulo 12: A Responsabilidade do Cientista.* Além dessa questão,

Em relação à verdade fática, trata-se de uma verdade "relativa a proposição que falam de fatos passsados, não diretamente acessíveis como tais à experiência", sendo assim considerada uma *verdade* que se considera *histórica*, por não admitir uma verificação experimental direta; ao passo que, quanto à verdade jurídica, trata-se de uma verdade que podemos chamar de *classificatória*, por referir-se à "classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministratadas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal" (nesse sentido, cf. FERRAJOLI, 2002, p. 43).

Em virtude disso, devemos admitir que a verdade formal no processo, tem sua verificabilidade estabelecida, ainda que possível, com certas limitações intrínsecas à espécie de verdade, seja ela fática ou jurídica.

3.3.1 Indução fática e verdade provável

Quanto à verdade fática, em específico, sofre ela das limitações de qualquer proposição histórica, que somente pode ser enunciada pelos efeitos produzidos, pelos sinais do passado. Contudo, há diferenças em relação às investigações puramente históricas, pois esta se dirigem a fatos mais remotos e consiste predominantemente em encontrar fontes preexistentes (documentos, inscrições, utensílios etc.) e só raramente criar novas fontes (entrevistas e relatos orais, provas químicas etc.). A investigação do crime, embora espécie de investigação histórica, possui suas particularidades, pois " (...) a investigação judicial não consiste somente na coleta de dados e peças de convicção, mas, sobretudo, em experimentar e produzir *novas fontes* de prova, como interrogatórios, testemunhos, acareações, reconhecimentos, perícias, inspeções etc." (FERRAJOLI, 2002, p. 44).

Dessa forma, admite-se que, se há algum experimento fático, o que se experimenta pelo investigador não são os fatos delituosos, mas suas provas, assim como ocorre com o historiador. Em outros termos, os únicos fatos presentes são provas, embora estas se refiram a fatos passados, daí se dizer que não temos uma verificação experimental direta. E é em virtude dessa diferença entre experimento (de um fato presente) e provas (de um fato passado) que não pode chegar a verdade fática a uma correspondência objetiva. Diante disso, necessário admitir-se que "a verdade processual fática, da mesma forma que a

---

L. Ferrajoli considera também um limite à verdade o que decorre do "método legal da comprovação processual", por decorrência de certas condições de regras e procedimentos legais, o que concerne mais ao problema do método.

verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é o resultado de uma ilação dos fatos 'comprovados' do passado com os fatos 'probatórios' do presente. Esta ilação – realizada por um historiador, um juiz ou um detetive – pode ser representada como uma inferência *indutiva* que contém nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas, além de generalidades habitualmente subtendidas (entimemáticas)[58] no atendimento de experiências análogas, e que contém na conclusão a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale a sua hipótese de explicação" (FERRAJOLI, 2002, p. 44).

Em virtude dessa estrutura de raciocínio, é que devemos admitir que qualquer conclusão acerca da verdade fática na investigação tem o *valor de uma hipótese de probabilidade*, com base em uma "conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto de fatos adotados como probatórios", de tal forma que "sua verdade não está *demonstrada*" como logicamente deduzida das premissas, mas "apenas *comprovada* como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução" (FERRAJOLI, 2002, p. 44).

Isso é o que se passa, igualmente, com explicações alternativas de dados historiográficos, sendo revelado com mais ênfase no juízo penal, em virtude da contradição de teses contrapostas, uma pela culpabilidade e outra pela inocência, ainda que ambas estejam de acordo quanto às provas existentes. Dessa forma, a investigação do crime, quando chega em juízo tende ser uma conclusão acerca de duas hipótese, geralmente "em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e, sobretudo, compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade" (FERRAJOLI, 2002, p. 44-45).[59]

3.3.2 Dedução jurídica e verdade opinativa

No que se refere à verdade jurídica, decorre ela de uma inferência que no direito se chama *subsunção*, que se admite ter a natureza de um procedimento

58. "O entimema fundado em premissas prováveis nunca conclui necessariamente, pois as premissas prováveis valem *na maioria das vezes*, mas nem sempre. (...) Assim, quando se diz que alguém está doente porque tem febre, (...) cria-se um silogismo do qual simplesmente se omite a premissa maior, ou seja, que quem tem febre está doente..." (ABBAGNANO, 2003, p. 334).

59. O problema, ainda, é que, na investigação do crime, a conclusão é obrigatória e limita-se pelo tempo da prescrição, não podendo ser suspensa, e no caso de dúvida, resolve-se em favor do acusado (cf. FERRAJOLI, 2002, p. 45 e ss.)

classificatório, na medida em que visa ao enquadramento de um fato em certo modelo típico definido por preposição legal. Nesse caso, diversamente da verdade fática, o raciocínio se faz por *inferência dedutiva*, em que temos, segundo Ferrajoli (2002, p. 45):

(a) *No antecedente*, a conjunção da definição legal do crime (o tipo, tal como definido na lei penal, v.g. art. 121 do CP, que define *homicídio* como "matar alguém") e da hipótese fática (v.g. "X desferiu 1 tiro em Y, culpavelmente, levando-o à morte");

(b) *No consequente*, a classificação do fato (já considerado comprovado anteriormente, no âmbito da verdade fática) no conceito jurídico do crime.

Luigi Ferrajoli, ao explicar a verdade jurídica em termos de uma inferência indutiva, considera-a tão *opinativa* quanto o são as premissas de que se vale a dedução, de tal forma que é extremamente relevante que o conceito legal do crime seja suficientemente preciso, para permitir uma melhor dedução, a partir de premissas mais claras. Contudo, quem quer que tenha tido a necessidade de enquadrar certo fato em um tipo penal, sabe que a subsunção não é uma atividade de fácil correlação entre fatos e proposições, seja pela falta de qualidade técnica da linguagem legislativa, seja porque a linguagem nos remete a conceitos indeterminados e incertos, seja, ainda, porque os fatos da vida não estão todos e sob qualquer forma previamente tabelados pela lei.

Em síntese, admite-se na investigação do crime, tal como definido legalmente, que há sempre certas características insuscetíveis de serem investigadas empiricamente, e ainda quando o sejam, está suscetível a argumentos quantitativos sobre seu exato enquadramento no tipo legal, sobretudo quando essa hipótese lega deixa em aberto certos pontos.[60]

---

60. Um exemplo corrente desse problema, que limita a verdade no processo, pode ser observado na imprecisão que existe em relação ao enquadramento legal do fato provado de que determinado papel não corresponde a uma *moeda*, embora tenha sido recebida como tal no comércio. Assim, conquanto possa não se divegir sobre o fato certo, não é definitivamente claro que tal fato constitui *crime de estelionato* ou *crime de moeda falsa*, já que *opinativo* o entendimento da jurisprudência sobre os limites entre estelionato e a moeda falsa. Ao investigador, é claro, fica sempre a possibilidade de recorrer à *lógica jurídica dos tribunais*, como fonte de delimitação da verdade jurídica, mas isso não lhe retira o caráter opinativo que decorre do entendimento jurisprudencial, sempre cambiante e com possibilidade de retificação do entendimento do crime, a partir de uma nova compreensão dos valores e princípios do sistema jurídico-penal, a exemplo do que podemos observar nas interpretações em torno do *princípio da insignificância* que tem excluído do âmbito de tutela penal várias condutas antes consideradas típicas.

Assim, inevitável concluir que a verdade jurídica é, irremediavelmente, opinativa, na medida em que é opinativo enquadrar o fato comprovado em determinada modalidade típica de definição legal do crime, em outra modalidade ou mesmo não o enquadrar.[61]

3.4 A decidibilidade da verdade no processo

Ao final de uma investigação do crime, há sempre uma decisão da autoridade judicial acerca das verdades fática e jurídica necessárias para condenar que, a partir do significado objetivo de correspondência aproximativa, define-se segundo critérios subjetivos (embora justificados com base em elementos necessários de motivação).

A decidibilidade da verdade, assim, decorre da necessidade de concluir a investigação do crime. É que, embora apenas aproximativa da noção da verdade objetiva, em virtude dos problemas e limites da verdade no processo (o que nos proibe uma atitude dogmática), não se pode admitir uma atitude ceticista radical de que o conhecimento do crime seria sempre impossível.[62] Ademais, certos limites legais, em específico, operam no sentido de uma ponderação de valores que o sistema jurídico prefere, mesmo em detrimento de uma verdade mais aproximada da realidade, concluindo assim em favor do réu, sempre que em caso de dúvida não se possa chegar, satisfatoriamente e dentro dos limites legais, a uma síntese aceitável juridicamente.

Essa decidibilidade da verdade, no entanto, não pode ser levada ao extremo de ignorar certos parâmetros não exclusivamente jurídicos, mas sobretudo lógicos, que consistem em condições necessárias para uma decisão aceitável. Tendo isso em vista, Luigi Ferrajoli (2002, p. 53) explica que o raciocínio ju-

61. Isso, certamente, foi o que levou Chaïm Perelman (1998, p. 221) a afirmar que a lógica jurídica é o que diz ser a jurisprudência. Daí, ser indispensável, na investigação criminal do inquérito policial, reconhecer e aplicar certos entendimentos previamente determinados pela jurisprudências dos tribunais, visando a conferir ao indiciamento a aceitabilidade jurídica que dele se espera.

62. Ademais, certos limites são comuns a todo conhecimento em geral (nesse sentido, FERRAJOLI, 2002, p. 51). Salvo os limites procedimentais, que na investigação são legais, e na ciência em geral podem ser apenas éticos, mas não menos limitativos aos seus procedimentos. Pensemos, por exemplo, nos limites éticos de certos procedimentos científicos que podem colidir com a dignidade da pessoa humana, ainda que não estejam proibidos em lei (como o uso de drogas experimentais mediante pagamento de quantia a "candidatos" impelidos pela necessidade financeira, embora conferido o pagamento a título de compensação por despesas).

dicial, a respeito da investigação juidicial dos crimes, compõe-se de três inferências dispostas na seguinte sequência:

(a) *uma inferência indutiva* (prova ou indução fática), cuja conclusão de fato (CF) é que "A cometeu o fato F" e cujas premissas são o conjunto de provas coletadas;

(b) *uma inferência dedutiva* (subsunção ou dedução jurídica), cuja conclusão de direito (CG) é que "A cometeu o delito D" e cujas premissas são a tese CF e a definição jurídica do crime (o fato F configura o delito D);

(c) *um silogismo prático* (ou disposição), cuja conclusão dispositiva (CD) é a decisão "A deve ser punido com a pena P" e cujas premissas são a tese CG e a norma penal (quem comete D deve ser punido com P).

Segundo L. Ferrajoli, em virtude desse esquema lógico, a decisão judicial tende a ser discricionária, por causa da natureza das inferências indutiva e dedutiva, sobretudo porque "a indução fática inclui escolhas na decisão da conclusão de fato, inevitavelmente *probabilistas*, enquanto a dedução jurídica inclui escolhas na decisão das premissas de direito, inevitavelmente *opinativas* e igualmente subjetivas" (2002, p. 53).[63] No entanto, apesar disso, não devemos abandonar a teoria semântica da verdade como correspondência para expressar o significado da verdade, sendo possível adotar a *teoria sintática da verdade como coerência*[64] e/ou *a teoria pragmática da verdade como aceitabilidade*

63. Mas o autor no adverte, contudo, que: "Essa subjetividade das decisões sobre a verdade processual não tem nada de particular. Decisões e escolhas pragmáticas do tipo analógico, as quais intervêm no conhecimento judicial, tanto fático quanto jurídico, são necessárias, como sabemos, para justificar a verdade de qualquer afirmação empírica. Nas teorias científicas, por exemplo, presidem elas a aceitação das testes primitivas, quer dizer, dos postulados e das definições que constitutem as premissas do racicínios dedutivos e, por outro lado, a indução das leis científicas que, como se sabe, jamais são, por sua forma universal, inteiramente verificáveis, mas apenas aceitáveis como mais ou menos prováveis ou plausíveis pelo seu grau de confirmação e sua capacidade explicativa. É sobre esse caráter relativo e provisório – voluntarista, mas funcional – do conhecimento científico que se baseia o convecionalismo de grande parte da epistemologia contemporânea" (2002, p. 53).

64. A respeito dessa teoria, Luigi Ferrajoli (2002, p. 71, em nota n. 79) refere-se expressamente à noção exposta por O. Neurath, nos seguintes termos: "quando se formula um enunciado, confronta-se-o com a totalidade dos encunciados existentes. Se concorda com estes, acrescenta-se-o a eles; se não concorda, é caracterizado como 'não verdadeiro' e é abandonado, ou bem se altera o atual conjunto de enunciados da ciência para que o novo enunciado possa ser nele inserido; em geral, dificilmente se escolhe esta última opção".

jusitificada,[65] pois não há contraposição e exclusão entre elas, sendo apenas necessário distinguir entre significado e critérios de verdade (cf. nesse sentido, 2002, p. 54).

A respeito da distinção entre significado e critérios de verdade, Luigi Ferrajoli defende que "o significado de 'correspondência', associada ao termo 'verdadeiro', nada afirma acerca dos *critérios de verdade*, ou seja, das condições de aceitação da verdade de uma proposição" (2002, p. 54.). Assim, sustenta o autor que "a coerência e a aceitabilidade justificada são, em suma, os critérios subjetivos pelos quais o juiz avalia e decide acerca da verdade ou da confiabilidade das premissas probatórias da indução do fato e das premissas interpretativas de sua qualificação jurídica. Mas o único significado da palavra 'verdadeiro' – como das palavras 'confiável', 'provável', 'verossímel', 'plausível' ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas" (2002, p. 54).

Com base nessas distinções, no processo penal, Luigi Ferrajoli distingue três planos de atuação das teorias da verdade (o semântico, o sintático e o pragmático), sendo os critérios da coerência e/ou da aceitabilidade justificada "necessários apenas no plano sintático e no pragmático para estabelecer a verdade precisamente porque está é caracterizável, no plano semântico, como correspondência apenas pelo que sabemos e somente de forma aproximativa". Dessa forma, segundo o L. Ferrajoli (2002, p. 54), como critérios de verdade, podemos recorrer a:

(a) a *coerência*, para afirmar que a tese avençada está confirmada e/ou não dementida por uma ou várias provas coletadas e por uma ou várias interpretações jurídicas de outras normas e que, portanto, é verdadeira em relação ao conjunto dos conhecimentos de que dispomos; e

(b) a *aceitabilidade justificada*, para afirmar que tal conjunto, incluída a tese avençada, é mais satisfatória ou plausivelmetne verdadeiro que qualquer outro por causa de sua maior capacidade explicativa.

Ocorre, no entanto, que no direito penal essa justificação redunda na referência aos elementos empíricos como motivação das decisões sobre

65. A respeito dessa, o autor recorre à noção de J. Dewey acerca da verdade, no sentido de que "toda ideia é um 'esboço desenhado a partir de coisas existentes, uma intenção de atuar de forma que tais coisas se coloquem de uma determinada maneira. Disto deriva que se aquele esboço dá bons resultados, se as existêncais, com base em informações advindas das ações, se restabelecem da maneira desejada, então a ideia é verdadeira" (2002, p. 72).

a verdade, não sobre outros critérios indentificados em outras ordem de conhecimento em geral. Nessas, os critérios não são necessariamente de verdade, pois podem remeter *à moralidade, conveniência, eficiência ou utilidade*, como se observa no pragmatismo em geral, ou podem até decorrer do *consenso outorgado pela comunidade científica*, como se defende por T. Kuhn (nesse sentido, cf. FERRAJOLI, 2002, p. 55). No entanto, adverte L. Ferrajoli que, de modo inverso, semelhantes modelos de jusitificação são inaceitáveis no âmbito da justiça penal.

Assim, não bastaria ao processo judicial cumprir uma função de prevenção e segurança, ou mesmo obter o consenso da comunidade jurídica, pois "nem uma amplíssima maioria nem sequer a totalidade dos consentidos podem justificar que se aceite como pressuposto de uma decisão penal uma tese não provada ou não submetida à prova", pois, ainda segundo L. Ferrajoli, "não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no ineresse e na vontade de todos" (2002, p. 56).

Em síntese, conclui L. Ferrajoli, "este é (...) um postulado político fundamental do liberalismo penal, que exclui tanto a justificação meramente instrumentalista ou utilitarista quanto a consensualista ou democrática das decisões punitivas. No direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a 'verdade' precisamente no sentido de 'correspondência' mais aproximada possível da motivação às normas amplicadas e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a rpevaricação punitiva justificada pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral, e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotatods pela lei como puníveis".

Dessa forma, a verdade no processo judicial, conquanto demande uma decisão, e exatamente por essa razão, há que existir na base dessa decisão um motivo que remete a fatos e normas existentes, capazes sempre de serem verificados e refutados a quem interesse ou prejudique.

4. A VERDADE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Na investigação criminal,[66] entendemos poder trabalhar com um esquema teórico acerca da verdade, tal como estabelecido por Luigi Ferrajoli para o

66. Ratifique-se que, ao falar de investigação criminal, não estaremos reduzindo-a ao inquérito policial, embora com base neste sejam referidos os exemplos e principais problemas aqui tratados.

processo penal, sem maiores restrições.[67] Assim, podemos aceitar a *definição de verdade como correspondência*, sob a forma de uma *verdade semântica*, relativa ao uso que fazemos do termo "verdadeiro", tal como estabelecida por Tarski.[68] Dessa forma, também na investigação criminal, podemos trabalhar com o uso do termo verdadeiro, em sentido semântico, para referir à correspondência entre o que se afirma acerca de fatos ou normas e o que existe como realidade, fática ou jurídica, segundo a espécie de verdade referida.

Nesse sentido, o investigador deve ter em mente que a investigação criminal somente pode concluir pela existência de certos fatos, comprovados por elementos probatórios reunidos e certas normas, segundo *critérios de coerência*, e pela seu enquadramento em certa norma penal incriminadora, interpretada juridicamente, segundo *critérios de aceitabilidade justificada*.

Com isso, busca-se permitir, no processo judicial posterior, tanto a verificação como a refutação das proposições acerca do crime, bem como evitar na investigação criminal certos vícios que se encontram muito frequentemente, como por exemplo: (a) os decorrentes de referências a fatos não comprovados, mas apenas referidos como conhecidos (ainda que existentes, mas limitados a uma verdade sabida de alguém, sem provas); (b) os que remetem a fatos supostos, sob a forma de uma conjectura vazia, sem qualquer referência à realidade; (c) os fundados em elementos irrelevantes, como características relativas ao investigado, quando estranhas a qualquer previsão legal; (d) os que se fundam em intuições baseadas na experiência profissional do investigador, orientadas por cautelas e preconcepções acerca da realidade (que podem ter relevância quanto ao método de investigar, mas não quanto à verdade e à prova).

4.1 A verdade como acordo e ferramenta da investigação

Há que se admitir, sobretudo, de um ponto de vista pragmático – tal como proposto por L. H. Dutra – que a verdade na investigação criminal tem a na-

67. É nosso ponto de partida teórico, pois não nos interessa, em princípio, aprofundar questões epistemológicas acerca da verdade, para refutar a escolha e o uso das teorias adotadas. Sobretudo porque, à falta de outros teóricos do direito que se dediquem com profundidade ao tema em matéria penal, a doutrina de Ferrajoli se apresenta como mais segura para discussões inicias, sem afastar de todo a possibilidade de alguns questionamentos que faremos.

68. Embora cientes de certas críticas que existem a respeito dessas conclusões, em especial sobre ser uma teoria correspondencial, bem como sobre ser uma definição em sentido objetivo, predicável a qualquer critério subjetivo, como sustentado por Ferrajoli, com base em K. Popper.

tureza de uma *ferramenta* de investigação. Nesse sentido, "a verdade é, portanto, ineliminável e é um constituinte essencial da investigação. Ela é um elemento operativo, revelado pela análise da pragmática da investigação. Enquanto acordo, a verdade é, de fato o *conceito chave* revelado pela pragmática da investigação. Uma investigação que, neste sentido, não visa a verdade, não é realmente uma investigação" (2001, p. 149).

Dessa forma, podemos admitir que "(...) todas as teorias da verdade são plausíveis, e todas aquelas coisas que elas apontam como portadores de verdade, podem, de fato, ter essas propriedade. Mas essa é uma *propriedade que o investigador atribui a certas coisas* quando produz o acordo enter elas" (2001, p. 103). É com essa perspectiva que vamos considerar o esquema teórico proposto por L. Ferrajoli como aplicável à investigação criminal, com as considerações que faremos.

4.2 Problemas e limites da verdade na investigação

Assim como no processo judicial, a verdade na investigação criminal sofre dos mesmos problemas e limites da verdade processual (além de outros que trataremos). Em síntese, trata-se de uma *verdade igualmente formal*, porque orientada por regras e procedimentos que a vinculam à validade jurídica. É uma verdade que está limitada *faticamente como uma verdade apenas provável* e *juridicamente como uma verdade opinativa.*

Dessa forma, é possível, também na investigação criminal, distinguir entre verdade fática e jurídica, mas aqui precisamos fazer uma ressalva ao esquema sugerido por Luigi Ferrajoli para o processo judicial, no que se refere à investigação da verdade relativa à culpabilidade.

4.2.1 A verdade segundo a teoria analítica do crime

Com efeito, segundo Luigi Ferrajoli, na verdade processual se distiguem duas proposições, uma fática e uma jurídica, de tal forma que: (a) quanto à proposição fática, "alguém praticou tal fato culpavelmente", se, e somente se, "alguém praticou tal fato culpavelmente"; (b) quanto à proposição jurídica, "tal fato constitui crime", se, e somente se, "tal fato constitui crime".

O tratamento da culpabilidade no âmbito da verdade fática por Luigi Ferrajoli parece justificar-se, metodologicamente, porque ele compreende "a culpabilidade como elemento normativo do fato" (nesse sentido, cf. 2002, p. 399 e ss.). Assim, segundo o autor, "sob essa base podemos conceber a culpabilidade, tal como acontece, por outro lado, com a ação e com o resultado

lesivo, como um elemento normativo não do autor, mas do delito, do qual designa, mas do que uma conotação psicológica, uma modalidade deôntica e, além disso, alética: o dever de abster-se de realizá-la com base na possibilidade material da sua omissão ou da sua comissão". Outra, contudo, é nossa orientação metodológica, pois partimos da *teoria normativa pura da culpabilidade*, tal como a defendeu Hans Wezel (nesse sentido, cf. 2001, p. 88 e ss.) e como se costuma aceitar na doutrina em geral, de tal forma que "a culpabilidade limita-se a reunir aquelas circunstâncias que condicionam a censura do fato antijurídico. *Todo o objeto* da censura se encontra no injusto [fato típico e antijurídico]. Na culpabilidade permanecem apenas as condições que permitem *atribuí-lo a seu autor*" (MIR PUIG, 2007, p. 414).[69]

Assim sendo, quanto à proposição fática, entendemos que deveria ela ser decomposta em: a) verdade fática propriamente dita, limitada à observação da existência de fatos exclusivamente, referida à proposição "alguém praticou tal fato"; e b) "verdade valorativa", orientada por um *juízo de reprovação* sobre os fatos, referida à proposição "tal fato é culpável", somente após incidir o juízo de tipicidade e juízo de ilicitude, no âmbito da verdade jurídica.

Essa decomposição, se não relevante para o processo em que ao juiz cabe tanto a verificação da existência dos fatos, como a "verificação" da culpabilidade acerca dos fatos, na investigação criminal preliminar, ela se justifica pela limitação funcional da autoridade investigante, a quem não cabe decidir sobre a culpabilidade, segundo a teoria normativa pura da culpabilidade, por se tratar de um juízo de reprovação, que compete exclusivamente ao juiz como última etapa da teoria análita do crime necessária à decisão sobre a aplicação da pena ou não.

Ora, não cabendo à autoridade investigante decidir sobre a aplicação da pena, mas exclusivamente sobre o indiciamento, deve ela se limitar à verdade que concerne aos fatos (tipicidade) e à norma (ilicitude), deixando o valor (culpabilidade) para o juiz, sobretudo porque a culpabilidade não se compõe

69. Não estamos aqui, contudo, a discutir qual seria a melhor posição, mas apenas optando pela que nos parece mais adequadamente aplicável à investigação criminal. Com isso, acreditamos estar segundo, a metodologia analítica da teoria do crime, tal como se encontra hoje na dogmática jurídico-penal brasileira, conforme a doutrina finalista, por ser a mais difundida e de fácil manejo pelos operadores do direito. Com isso, não estamos, contudo, descartando as inovações teóricas trazidas pela doutrina funcionalista, nem pelo incremento da teoria da imputação objetiva. Apenas estamos partindo do esquema conceitual básico, acerca do qual boa parte da doutrina penal brasileira não diverge e há um consenso maior.

de elementos novos diferentes dos que compõe a tipicidade e ilicitude, mas decorre de um juízo de reprovação sobre os mesmos elementos, só que orientados por critérios próprios (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa).

Entretanto, embora não seja da autoridade investiagnte o juízo acerca da culpabilidade, os elementos fáticos, sobre os quais, ou a partir dos quais, incide esse juízo, devem ser reunidos na investigação, para permitir e contrubir com um melhor juizo de culpabilidade, sobretudo porque tais fatos, por vezes, exsurgem em conjunto e indissociáveis do fato típico; e ainda que assim não fosse, se há notícias dele, há que serem comprovados desde já, mas como fatos para autoridade investigante que se limitará a constatar sua existência, não emitindo juizo de reprovação sobre eles.

Essa limitação, contudo, não tem nada que ver com a possibilidade ou não de a autoridade investigante fazer interpretação jurídica dos fatos e subsumilos ao tipo legal, pois isso se inclui na investigação da verdade jurídica acerca do crime, como atividade imprescindível à conclusão da investigação, com indiciamento e relatório. Com efeito, tornar-se-ia impossível concluir uma investigação se não fosse permitido investigar a verdade jurídica e fazer interpretação da lei, por dois motivos:

a) primeiro porque, sendo a investigação criminal orientada pelo requisito prévio da existência de um tipo penal, esse é necessariamente o modelo a partir do qual a investigação se desenvolve;

b) segundo porque não se pode concluir a investigação senão dizendo que os fatos, tal como comprovados, configuram ou não o tipo penal, embora segundo um juízo preliminar de tipicidade e ilicitude, que não afasta nem vincula a *opinio delicti* do órgão de acusação ou o juízo processual.

4.2.2 Verdade fática e coerência do conjunto probatório

Em relação à verdade fática, a autoridade investigante tem como objeto fundamental a busca de todos os componentes da tipicidade, de tal forma que todos elementos desta, previstos abstramente no tipo penal (seja qual for sua natureza – objetiva, subjetiva ou normativa), sejam comprovados por elementos probatórios compatíveis (segundo a natureza dos elementos, respectivamente).

Ainda no âmbito da verdade fática, embora não seja o objeto fundamental da investigação, a autoridade investigante deve reunir elementos comprobatórios de fatos que se relacionem à ilicitude e à culpabilidade, seja porque não se

podem dissociar do fato típico, estando intimamente ligado a este, seja porque interessam ao juízo de culpabilidade, por representar circunstâncias relevantes do fato principal, seja ainda porque pode interessar à possível defesa. Nesse ponto, temos em mente tanto um princípio de caráter natural, porque o fato deve ser considerado em sua unidade, o que impõe uma busca irrestrita, quanto outro de caráter ético, que impede a omissão relativa aos fatos que possam interessar à defesa.

Em todo caso, é certo que a investigação criminal não pode se limitar a reunir um emaranhado de elementos comprobatórios de fatos que, colhidos desordenadamente, sejam relacionados por obra de puro arranjo estético. Quanto mais *coerente* o conjunto probatório reunido na investigação criminal, tanto maior será a aceitabilidade da decisão contida na investigação criminal – o ato indiciamento final, seguido do relatório, que conclui por haver elementos suficientes acerca da existência do crime e da autoria do investigado. Essa *coerência* possui relevância fundamental, sobretudo e especialmente, na atribuição da autoria do crime, pois quanto a esta, por mais que o crime esteja materialmente comprovado por elementos probatórios, não há, em geral, critério que permita de forma absoluta imputar a alguém a responsabilidade por um ato, havendo intermediação de pessoas (subjetivamente envolvidas de alguma forma no caso) e provas (objetivamente vinculadas a certo estágio de conhecimento científico sempre refutável). Dessa forma, pela coerência, contudo, permite-se chegar a uma decisão aceitável, desde que justificada por raciocínios lógicos que indicam o caminho da conclusão a que se chegou com a investigação.

Quanto à coerência em relação da verdade fática, com efeito, trata-se de critério que tem sido referido na jurisprudência nacional, que aceita certas e determinadas provas como relevantes, desde que coerente no conjunto probatório, ou seja, desde que as diversas provas existentes sejam em um mesmo sentido e não se contradigam.[70] Nesse sentido, qualquer fato provado que não esteja em concordância com o conjunto probatório pode conduzir à falta de coerência da investigação do crime quanto à sua conclusão. Mas, por não terem as provas valores hieraquizados, sendo aceitas e não refutadas por nenhuma outra prova, há que se concluir pela coerência do conjunto probatório.

70. Nesse sentido, cf. STJ, HC 100.909/DF, *DJ* 02.06.2008 (com destaque nosso): "Ainda que não apontada, efetivamente, nenhuma outra prova para dar suporte à acusação, a não ser o depoimento da vítima prestado no inquérito policial e ratificado em juízo, é plenamente admissível que, dependendo do contexto probatório produzido nos autos, desde que haja *coerência* e harmonia, essa prova seja utilizada validamente como fundamento único para condenar o réu".

4.2.3 *Verdade aproximativa e o problema do grau de cognição*

Eis um ponto fundamental do problema da verdade. Sendo essa aproximativa do ideal de correspondência, quão aproximativa deve ser a busca da verdade na investigação? É possível diferir a verdade buscada na investigação criminal preliminar, em quantidade ou qualidade, relativamente à verdade do processo judicial? Ou somente existe uma distinção pela finalidade a que se destina uma e outra, pelo fato de, no investigação, se pretender justificar uma outra decisão (o indiciamento e a *opinio delicti* para propositura de denúncia) que não uma sentença (sendo por isso, menor a aproximação da verdade por correspondência)?

A respeito da questão, Aury Lopes Jr. (2003, p. 99 e ss.), partindo também da noção de que a investigação se destina apenas a justificar o processo judicial ou não, chega à conclusão de que a investigação requer apenas um juízo de probabilidade e não de certeza como o processo.[71] O problema é que, com base no esquema teórico de Luigi Ferrajoli, no qual nos fundamos, também a sentença no processo judicial conclui com base em uma verdade igualmente provável, no que se refere à verdade fática (cf. nesse sentido, 2002, p. 43). Ora, dessa forma, temos então que, tanto no processo quanto na investigação, há um juízo de probablidade, não sendo possível uma distinção segura com base nesse critério.

Se aceitamos a verdade na investigação em termos de verdade aproximativa (tal como no processo), porque provável a verdade fática (além de opinativa a verdade jurídica), devemos entender o juízo de probabilidade na investigação como suficiente ao fim a que se destina (indiciamento e sustentação de uma acusação processual), ou seja, não o necessário para uma condenação. Ora, para uma distinção assim, somente se considerarmos o grau de probabilidade em termos de qualidade ou quantidade de provas, é que podemos estabelecer alguma diferença.

De início, entendemos que a verdade se torna aceitável no âmbito da decisão do sujeito que investiga. Cabe, assim, à autoridade investigante, ao órgão de acusação ou ao juiz, aceitar como provável ou não a verdade investigada, tanto quanto suficiente e necessário, no âmbito das funções que lhes competem (indiciar; denunciar e setenciar). Sob essa perspectiva, não há como limitar a investigação da autoridade inevstigante até certo grau de cognição,

71. O equívoco desse autor parece estar em partir de uma concepção de verdade absoluta fundada na certeza, inaceitável no estágio atual da filosofia da ciência, como bem o demonstra Luigi Ferrajoli em sua obra (cf. 2002, p. 42).

para evitar um exaurimento das provas, pois estamos a falar, nesse ponto, em um *juízo de satisfatividade subjetiva do investigador.*

Ora, sob essa perspectiva, certo é que, ainda que a autoridade investigante se dê por satisfeito com o grau de cognição alcançado, concluindo pelo indiciamento do investigado, isso não assegura nem vincula o promotor a dar-se por satisfeito, podendo este requerer novas diligências, assim como o juiz pode entender por complementar provas para concluir pela condenação. Assim, não há como estipular supostos graus de cognição, dizendo a cada um dos atores do sistema penal (delegado, promotor/procurador e juiz), até que ponto pode investigar, pois somente cada um pode concluir sobre a coginção necessária e suficiente ao objetivo de sua função institucional. Assim, seria esdrúxulo exigir da autoridade investigante que se limite em sua cognição, quando ainda não tem elementos de convicção (subjetivos) que o permitam concluir pelo indiciamento, sob o argumento de que estaria a adentrar nas provas em demasia. De outro ldado, igualmente esdrúxulo seria exigir da autoridade investigante contentar-se com elementos probatórios de uma cognição insuficiente, e mesmo assim esperar dele o indiciamento final.[72]

Ademais disso, devemos distinguir entre investigação dos fatos (a chamada irrestritamente "materialidade" do crime, mesmo no caso de crimes meramente formais) e investigação da autoria, pois, segundo entendemos, em relação aos fatos, a investigação criminal preliminar deve ser exauriente, tanto quanto possível. É que, segundo entendemos, não se justifica ter um procedimento preliminar de investigação, para ao final se concluir, no processo judicial, pela inexistência do fato.

Trata-se de uma contradição interna do sistema de persecução penal, que ofende ao princípio de economia processual, bem como torna supérflua toda uma estrutura administrativa orientada a uma atividade que, segundo se pre-

72. Dessa forma, para nós, *a questão do grau de cognição*, na investigação criminal, parece trata-se de um falso problema, ou na melhor das hipóteses de um problema mal colocado, que contém vícios metodológicos, com base em preconteitos ideológicos (nesse sentido, cf. Aury Lopes Jr., 2003, p. 65 e 103, nas quais constam observações vulgares acerca da atividade policial fundadas em juízos de puro preconceito), tendentes e diminuir a importância da investigação criminal, quando mais se percebe na prática que ele tem avançado na função de instrução provisória. Isso, aliás, tem-se percebido na prática, pois mesmo o delegado querendo desvincular-se de uma investigação exauriente, o Ministério Público tende a querer exaurir as provas, esvaziando a instrução processual. Ou seja, ainda que o delegado se dê por satisfeito com uma prova, o Ministério Público tende a querer aumentar o juízo de probabilidade antes do processo, visando ao êxito da ação.

tende, seria dispensável, não tem valor probatório, ou precisa ser repetida em juízo, ao passo que na prática, em regra, não se processa sem investigação prévia. Pensamos diferente e aqui defendemos outra lógica de raciocínio sobre o sistema de persecução penal. A investigação criminal, nesse ponto, deve ser exauriente, acerca dos fatos, ainda que estes não se aceitem como típicos ao final, ou ainda que não se considere suficiente o conjunto probatório acerca do crime para imputá-lo ao réu, mas há que concluir quanto aos fatos.[73]

A investigação criminal, na busca da verdade fática, deve ser exauriente, tanto quanto possível, buscando a verdade mais aproximativa possível do ideal de correspondência, de tal forma que possa ao final sustentar hipóteses fáticas o mais próximo possível do que realmente aconteceu. Assim, no que se refere à "materialidade" do crime (entenda-se, os fatos que se referem ao crime), a investigação deve ser exuariente, tanto quanto deve e pode ser o processo judicial.

Em relação à autoria, contudo, deve-se admitir que a investigção se limita a uma *verdade indiciária*, seja porque o ato conclusivo é um ato de indiciamento, seja porque acerca da imputação da autoria, mesmo o processo terá uma limitação em torno da verdade sobre a autoria. Mas é indiciária a verdade em torno da autoria sobretudo em virtude da limitação funcional da autoridade investigante frente à culpabilidade do autor, pois pertence ao juiz do processo com exclusividade o juízo de reprovação. Essa questão, por sua vez, nos conduz a uma segunda distinção entre a investigação criminal preliminar e processo judicial.

4.2.4 Verdade jurídica e juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade

Embora também na investigação preliminar deva ser averiguada a verdade jurídica, essa não requer da autoridade investigante uma investigação exauriente, tendo em vistas os elementos da teoria analítica do crime, estando limitada à tipicidade e à ilicitude.

---

73. Claro é que, em relação a fatos de menor potencial lesivo, justifica-se serem investigados sumariamente, por uma questão de disponibilidade política que se tem conferido ao sistema jurídico-penal, mediante transação, independente da assunção de culpabilidade. Nesse caso, se o próprio sistema tende a desconsiderar a verdade, afastando o conflito em prol da conciliação, não se justificaria uma investigação exauriente para ao final ser descartado todo um trabalho orientado por princípios científicos desatentos a princípios políticos, sendo aqui o princípio jurídico conciliador o da economia processual. Assim, somente em não se alcançando a conciliação é que a investigação poderia ser exauriente, se necessário, contudo, podendo inclusive retornar à fase de investigação. Ou seja, admitimos nessas hipóteses, uma suspensão da investigação exauriente, para, se necessário ser retomada posteriormente e se houver prazo para tanto (considerando a prescrição).

Na investigação criminal, relativamente à verdade jurídica, a autoridade investigante deve fazer necessariamente uma inferência dedutiva, a respeito da tipicidade dos fatos constatados e comprovados, como forma de chegar ao indiciamento, embora deva considerar que a existência de excludente de ilicitude (leia-se, fatos que indicam sua existência) impede o indiciamento, devendo essa questão ser referida no relatório, como motivo da falta do indiciamento, mas nunca de forma conclusiva, sim apenas de forma indireta, deixando claro que não indiciou porque as provas estão a indicar a *possibilidade de excludente*, a ser apreciado pelo órgão de acusação, bem como pelo juiz.

Há grande equívoco na doutrina em querer alhear a autoridade investigante da discussão jurídica acerca do crime. Nesse trabalho, partimos da convicção de que à autoridade investigante se permite averiguar a verdade jurídica, nos limites e na forma como trataremos adiante, embora cientes de que essa interpretação jurídica não vincula nem o órgão de acusação, que está livre a fazer nova interpretação na denúncia, nem essa ou aquela vincula ao juiz, na condenação. Mas também não prejudica, e mais que isso, se justifica necessariamente pela própria natureza da investigação criminal que se orienta por um modelo teórico hipotético, e por fim, somente pela interpretação jurídica, é possível concluir pelo indiciamento do investigado. Em síntese, retirar à autoridade investigante a possibilidade de interpretar o fatos juridicamente, seria lhe retirar a própria possibilidade de investigar (o que é uma contradição, já que a isso está obrigado por função pública), ou mesmo de concluir essa investigação satisfatoriamente (o que seria outra contradição, já que é a isso que se destina a investigação).

Quanto à culpabilidade, contudo, ainda que existam elementos comprobatórios de sua exclusão (sempre ainda segundo um juízo preliminar), não compete à autoridade investigante ponderar sober esse elemento do crime, pois o juízo de reprovabilidade é exclusivo do juiz e apenas impede a aplicação da pena (admitindo em certos casos medida de segurança), sendo despiciendo a autoridade investigante entrar a discutir tais questões. Aqui, temos em mente a sistemática do Código Penal brasileiro ao considerar que, no caso de dirimente de culpabilidade, o autor é apenas isento de pena, não se falando em exclusão do crime.[74] Assim, o indiciamento pode ser feito, segundo entendemos, com base na tipicidade e ilicitude (por mera falta de excludente), não obstante exista dirimente de culpabilidade.

74. Nesse sentido, é a disciplina da inimputabilidade, a respeito da qual o art. 26 do CP diz apenas "é isento de pena o agente (...)", assim como o art. 21 do CP sobre erro de probição, diferentemente do art. 23 do CP relativo à exclusão de ilicitude ("não há crime quando (...)").

Dessa forma, podemos concluir que, em relação à verdade jurídica, a investigação criminal se limita a fazer uma *interpretação*, mediante inferências dedutivas, restrita à tipicidade e à ilicitude, sendo que, somente pela constatação da primeira e pela inexistência de fato que exclua a segunda, permite-se o indiciamento; não deve a culpabilidade, assim, ter influência neste ato de indiciamento, embora devam os fatos relativos a ela, se comprovados na investigação criminal, ser referidos no relatório final de conclusão. Com isso, evita-se entrar no âmbito do juízo de reprovabilidade que pertence ao juiz, como antecendente necessário à decisão sobre aplicação ou não da pena criminal.[75]

4.2.5 Aceitabilidade justificada (no indiciamento) e verdade opinativa

Ao decidir sobre o indiciamento do investigado, com base no conjunto probatório, considerando-os típicos, a verdade jurídica averiguada na investigação é igualmente opinativa, como o é no processo judicial. Não é, contudo, vinculante da opinião do órgão de acusação, que dela pode discordar, como não o é para o juiz, que pode discordar de ambos. Mas é necessária, pois sem uma interpretação jurídica das normas típicas e sem subsunção dos fatos às normas, não há indiciamento. É, assim, da essência do indiciamento (como é da sentença condenatória final) que se faça uma interpretação, nos limites suficientes ao ato, excluído o juízo de culpabilidade. Mas não há como, à autoridade investigante, na investigação da verdade jurídica, omitir-se do juízo de ilicitude, porque os fatos que concernem à ilicitude não são outros diversos da tipicidade, já que aquela se conclui por consequência dessa, quando não há excludente. A verdade jurídica investigada preiminarmente, assim, deve ser opinativa em relação à tipicidade e à ilicitude, ainda que represente apenas a opinião da autoridade investigante, sem ponderação de argumentos da defesa.

Na prática, não parece haver divergência quando à autoridade investigante concluir pela tipicidade e ilicitude, em favor da acusação; o problema tem surgido quando ela conclui em favor do investigado, hipótese em que o órgão de acusação tem se insurgido ao argumento de que a autoridae investigante estaria antecipando motivos de defesa. Não vemos como conciliar essa contradição; se à autoridade investigante cumpre investigar o crime, não há como impedi-lo de adentrar no juízo de ilicitude. No atual estágio da teoria analítica do crime, em que a tipicidade é indiciária da ilicitude, é praticamente impos-

75. Esse esquema, como se disse, se funda em certa concepção da culpabilidade que, segundo entendemos, é a que se encontra no Código Penal brasileiro, a permitir tais conclusões.

sível cindir os dois juízos, ou pior, no caso em que houver excludente de ilicitude, mesmo evidente, ignorar esta, indiciar o investigado e remeter a questão para o processo. A melhor solução é não indiciar e expor os fatos no relatório, justificando o não indiciamento.[76]

O indiciamento, como ato final de conclusão da investigação com conteúdo decisório, na medida em que contém um efeito jurídico para o indiciado (o que o relatório não possui), ao adentrar na análise das provas e interpretação jurídica, há que se fazer de forma motivada, demonstrando com base em que é aceitável tal conclusão, justificando-a, portanto.[77] Nisso há que se ver recorrer ao critério da aceitabilidade justificada, tal como ocorre no processo, segundo Luigi Ferrajoli (cf. 2002, p. 52 e ss.). De fato, também na investigação criminal, embora com menor relevo que a setença condenatória, há que existir um conclusão acerca da verdade de forma aceitável e justificada, a ponto de permitir tanto a verificação e refutação por quem interessa, quanto o controle do Judiciário sobre os atos da autoridade investigativa.

Somente uma investigação criminal que seja capaz de apresentar uma tese aceitável de imputação do crime, justificada em fatos comprovados e normas existentes, poderá justificar um processo judicial, permitindo pelo menos a denúncia com aptidão para ser aceita (justa causa) e possivelmente chegar a uma condenação. Certo é que nenhuma conclusão a que chega a autoridade investigante é necessariamente viculante para a denúncia ou para a sentença, mas estando justificada em fatos comprovados e normas existentes, a aceitabilidade será maior, tendente a prosseguir e passar tanto pelos testes de refutação pela defesa, como pelo crivo do Judiciário, em primeiro e segundo graus. Nesse sentido, há que se perceber que a conclusão inicial contida na investigação criminal deve se mostrar como uma hipótese que, somente em sendo devida-

76. A questão, assim, parece estar apenas em como fazer essa exposição e justificação, ou seja, uma questão de linguagem, pois, se não deve o delegado omitir-se sobre a verdade a que chegou, também não deve assumir papel de defesa por antecipação. Em suma, reafirmamos: é tudo uma questão de linguagem, para a qual deve o delegado de polícia dedicar um certo rigor, evitando antecipar-se unilateralmente sobre uma verdade que se deve definir por contraditório.

77. Isse decorre do dever de motivação, como princípio inerente à atividade da administração pública, sempre que suas decisões impliquem em atingir algum direito fundamental, pois no caso é indiscutível que o indiciamento atinge a imagem da pessoa indiciada, estando de todo superada a ideia de que o investigação criminal não produz nenhum resultado no âmbito jurídico da pessoa. Sobretudo porque, uma vez indiciado, a prisão cautelar passa a ser mais provável (embora, na prática, se decrete a prisão sem indiciamento, o que deveria ser evitado).

mente justificada e permanecendo aceitável até o final do processo judicial, poderá alcançar a condição de uma tese capaz de servir de base a uma condenação final.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

DIAZ, Omar Huertas et al. "El derecho a la verdad" y su compresión en el horizonte de los derechos humanos. 2006. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx].

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. *Pragmática da investigação científica*. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. *Verdade e investigação: o problema da verdade na teoria do conhecimento*. São Paulo: EPU, 2001.

EYMERICH, Nicolau. Manual do inquisidor: *directorium inquisitorum* (1936). Revisto e ampliado por Francisco de La Peña (1578). Prefácio de Leonardo Boff. Disponível em: [www.dhnet.org.br].

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e os fatos jurídicos*. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. São Paulo: Unesp, 2002.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRKHAM, Richard L. *Teorias da verdade: uma introdução crítica*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

KNELLER, G. F. *A ciência como atividade humana*. Rio de Janeiro: Zahar; São Paulo: Edusp, 1980.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. *Teoria do conhecimento: uma introdução temática*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade.* Trad. Luiz Henrique de Araújo Dutra et al. São Paulo: Unesp, 2007.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal.* São Paulo: Ed. RT, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, de Antonio Magalhães Gomes Filho – *RBCCrim* 85/393;
- A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal - hermenêutica do art. 5.º da Lei 9.296/96 (estudo em homenagem ao Min. Marco Aurélio de Mello), de José Eduardo Nobre Matta – *RT* 808/524;
- As formas de (con)sagração da verdade processual penal em tensão com a filosofia da tragédia, de Alexandre Costi Pandolfo – *RCP* 8/101; e
- Estudo sobre a verdade no processo penal, de Denise Provasi Vaz – *RBCCrim* 83/163.

Veja também Jurisprudência

- Recurso ordinário em mandado de segurança trazendo o imperativo do princípio da verdade real com vistas ao exercício do *jus puniendi* estatal: *RT* 767/529.

55911

DEL PREMIO DE LA FELONÍA EN LA HISTORIA JURÍDICA Y EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

3

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Profesor titular (catedrático) de Derecho Penal e Introducción a la Filosofía moral y jurídica en la Universidad de Valparaíso (Chile).

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: El artículo analiza el paradojo de otorgarse premios, mediante la ley penal, a la delación o a la traición. Inicia su análisis con un examen histórico que abarca el Derecho penal griego del periodo helénico, el Derecho penal romano, el periodo de la Edad Media, llegando hasta los debates que se entablaron en la Ilustración. A seguir, observa que en el Siglo XIX esa medida fue prácticamente abolida en Europa continental, teniendo, sin embargo, encontrado espacio en la mentalidad utilitarista anglosajona. Su renacimiento actual, en el ámbito de la denominada "criminalidad organizada", genera una antinomia también analizada por el autor, por medio de una criba moral, jurídica y política.

PALAVRAS-CHAVE: Delación premiada - Traición - Historia del derecho penal.

ABSTRACT: The article looks into the paradox of rewarding, by means of criminal law, plea bargaining and betrayal. The study opens with a historic examination, covering the Greek Criminal Law of the Hellenic period, the Roman Criminal Law, the middle Ages period, up to the debates of the Age of Enlightenment. Then it observes that while this practice was virtually abolished in continental Europe in the 1900s, it found space in the utilitarian Anglo-Saxon mentality. Its current rebirth, in the so-called "organized criminality" scope, creates an antinomy also morally, legally and politically analyzed by the author.

KEYWORDS: Plea bargaining - Betrayal - History of criminal law.

SUMARIO: 1. Paradoja y contenido del tema - 2. Su trayectoria hasta el siglo XVIII - 3. El debate en la época del Iluminismo - 4. Residuos decimonónicos y recrudecimiento en la legislación actual - 5. Apreciación moral, jurídica y política del galardón concedido a la deslealtad.

1. PARADOJA Y CONTENIDO DEL TEMA

El premio[1] de la felonía constituye una paradoja y, sin embargo, una prolongada realidad en la historia del derecho penal.

Así como con frecuencia se presentan en la vida del hombre contrasentidos cuyo verdadero significado no nos queda claro de inmediato, así también no es extraño que el Derecho albergue ciertas situaciones contradictorias, incluso absurdas y hasta inverosímiles. Al igual que en la vida, las paradojas del Derecho admiten una distinción. Las hay cuya presencia se advierte rápidamente, siendo más o menos sencillo, según la índole del problema, desvelar el rostro oculto tras las apariencias de verdad. Estas contradicciones reciben el nombre de antinomias lógicas, si bien la mayoría de las antinomias axiológicas, cuando su irracionalidad es patente, son asimismo captadas con prontitud.[2] Pero existen otras que tardan en ser descubiertas y que sobrellevamos con naturalidad no exenta de embarazo. Va de suyo que una espontaneidad incómoda tampoco puede ser auténtica espontaneidad; al contrario, es la manifestación exterior de un asunto antitético, que ha de ser incongruente como el motivo que la determina. Pues bien, esta clase de paradojas, primero ignoradas, luego intuidas ocasionalmente a lo largo del tiempo, hasta que llega el instante en que una feliz conjunción de factores permite descubrirlas en su genuina entidad, son las de más complejo tratamiento en el mundo del Derecho. De tal dificultad es índice la demora en advertirlas, no menos que el esfuerzo que cobra organizar convenientemente la denuncia. Con todo, la prueba definitiva de su enrevesamiento emerge después que el problema fue planteado y se formuló la crítica. Porque la especie de que hablamos, como esas plantas flotantes que van y vienen, tiene la misteriosa fuerza de resistir o reaparecer cuando se la creyó vencida, revelándonos nuestra incertidumbre, mejor dicho, la ineptitud humana de librarse de una incompatibilidad merced a razonamientos que

1. El texto reproduce, anotada, la conferencia que pronunció el autor en la ceremonia en que le fue conferido el grado académico de Doctor *honoris causa* por la Universidad de Antofagasta, el día 06 de mayo de 2011.

2. Distinto es el problema de si cabe resolverlas. Algunos piensan que no, porque las contraposiciones axiológicas atañen a las valoraciones que informan a las reglas en contraste, y esto priva de coherencia al objeto de la Ciencia jurídica, cuyo carácter sólo cognoscitivo le veda crear por su cuenta una norma que resuelva el conflicto. Así, RIVACOBA y RIVACOBA. La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la dogmática jurídica en materia penal., en su libro misceláneo *Nueva crónica del crimen*. Valparaíso: Edeval, 1981. p. 192 (187-211). Cf., además, infra, apartado 5, texto y nota 39.

liquiden de una vez por todas lo absurdo que nuestra sensibilidad había conseguido percibir. Si este género de complicaciones afligiese únicamente al jurista, cuyo primer deber consiste en salvaguardar hasta donde sea posible la racionalidad del ordenamiento jurídico, el asunto no pasaría de tener un mero interés gremial. Pero dada la índole eminentemente práctica del Derecho, su finalidad de regular el comportamiento interindividual de los hombres, y de hacerlo de un modo consecuente con las valoraciones que alienta cada comunidad, resulta que los elementos o relaciones disparatados en las normas jurídicas trascienden el plano ideal de aquella regulación, embistiendo de lleno a todos los justiciables. Y vista la gravedad de las consecuencias propias del Derecho y el proceso penales –o sea, la pena, precedida del juicio público, la solemne ceremonia en que se establece el delito y la magnitud concreta de la responsabilidad criminal de sus hechores–, los efectos de tales paradojas pueden ser muy serios, tanto para el que debe sufrirlas en primer término, como imputado, acusado o condenado, cuanto para el plexo entero de la sociedad.

Acerquémonos al contenido de nuestra paradoja en la forma de una interrogación que deje en evidencia su cariz inconcebible. ¿Cómo y con qué títulos se puede siquiera insinuar que las leyes penales otorgan premios a la felonía, en circunstancias que aquéllas son o debieran ser el exacto opuesto de ésta? Llamamos en castellano felonía a la deslealtad y la traición; pero las leyes vienen castigando de antiguo, y con dureza, precisamente el crimen de traición, el mayor ataque a la seguridad exterior del Estado por parte de sus ciudadanos –hacer la guerra contra el propio país–, convierten en asesinato el homicidio artero y agravan la responsabilidad de quien comete alguna otra infracción faltando a la lealtad debida al sujeto pasivo. El antiguo Derecho común inglés se hizo cargo de esta propiedad semántica al establecer la bipartición *felony* y *misdemeanor*, considerando más graves las felonías y asociándoles consecuencias punitivas y procesales de mayor severidad que en los delitos menores.[3] En el Derecho histórico español el crimen de traición, por un lado, y el asesinato y el obrar sobre seguro, por otro, mantuvieron relaciones tan estrechas, que todavía hoy suscita dificultades interpretativas la naturaleza jurídica de la alevosía como elemento típico y circunstancia agravante.[4] Todavía

3. La vieja distinción sobrevivió hasta la *Criminal Act* de 1967. Desde ese momento todos los delitos, sin importar su gravedad, son clasificados como *offences*. Cf. SMITH y HOGAN. *Criminal law*. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 31-32.

4. La alevosía fue sinónimo del crimen de traición hasta las Siete Partidas, promediando el siglo XIII, que fijaron como criterio diferenciador que se falte a la lealtad debida

más rotundo es el derecho penal alemán, que asigna al delito de prevaricación el nombre *Rechtsbeugung* (traición del Derecho).[5] No es preciso multiplicar los ejemplos tomados de la historia y del Derecho positivo para apercibirse de que nada de esto tiene que ver con las pretensiones de la legalidad, del mismo modo que la ingratitud, la falsía y el disimulo son la negación misma de la lealtad, ya para con la patria, ya hacia individuos en particular.

Esta palabra *–lealtad–*, transida de una inequívoca connotación moral, admite entre sus acepciones en la lengua española la de *legalidad*, lo que se explica porque en la conducta desleal se falta a lo que exigen ciertas leyes, normalmente de fidelidad, honor y hombría de bien. La cercanía lingüística, que es interesante en nuestro contexto, no es casual. Los hombres de la época contemporánea nos hemos formado en la convicción de que las leyes en general, y las penales en particular, son algo más que el deliberado producto normativo de la *volonté générale*, de ese querer con que la asamblea que nos representa mira a las acciones como abstractas y a los individuos como su sujeto impersonal. Parte considerable del legado del Siglo de las Luces, con su reforma jurídica, y, según diremos después, una pieza clave en el concepto de Estado de Derecho, yace en el entendimiento de que las leyes deben su superioridad intrínseca, tan relevante como la jerarquía formal que poseen entre las fuentes del Derecho, nada menos que aquello que las torna materialmente coercibles, al hecho de ser encarnación y reflejo de la confianza pública. Esto significa que la autoridad de las leyes, que no es sinónimo de mero poder, descansa en que cada una, aisladamente considerada, y el tejido de relaciones que ellas guardan entre sí, expresa jurídicamente lo mejor de la cultura del pueblo que se somete a su majestad, donde lo más refinado puede entonces actuar como estímulo de la virtud cívica e incluso servir de vehículo pedagógico que reobre sobre

---

al Rey o bien a ese mismo vínculo con relación a los demás hombres. La ulterior independencia de la primera, que ocurre en la Edad Moderna, no impidió que quedase impregnada del tinte de deslealtad y cobardía que le imprimió la formación histórica del concepto. Cf. Camargo Hernández. *La alevosía*. Barcelona: Bosch, 1953. p. 18; RIVACOBA y RIVACOBA. De la alevosía y otros elementos cualificativos del asesinato, en *Nueva crónica del crimen* cit., p. 237 (215-251).

5. La designación va de la mano de la antigua teoría subjetiva del prevaricato, según la cual traiciona el Derecho el juez que dicta un fallo a sabiendas de que el Derecho declarado allí contradice su propia convicción jurídica. Por cierto, esta doctrina está superada por la concepción objetiva, para la que lo único que cuenta es que el tribunal resuelva en contra del Derecho objetivamente vigente. Cf. MAURACH, SCHRÖDER y MAIWALD. *Strafrecht. Besonderer Teil*. 8. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. 2 vol. t. II, p. 280.

los elementos más rudimentarios presentes en el conglomerado social, hasta reducirlos al nivel al que pertenecen, el instintivo o biológico-emocional. El recuerdo del movimiento abolicionista de la pena de muerte, que ha conseguido acorralar en la mayoría de los países del mundo la sed de venganza nativa del impulso de conservación exasperado ante el peligro, puede bastarnos como paradigma de esta última cualidad de las leyes culturalmente, o lo que es igual, racionalmente orientadas.

Es esta condición, o sea, la capacidad de la ley de aunar la política con el tono en que está afinado el concierto cultural de un pueblo, lo que le asegura su autoridad y la consiguiente respetabilidad ante los ojos del último. Por otra parte, esa respetabilidad representa un supuesto básico de su eficacia, porque sin ella los órganos públicos encargados de hacerla cumplir y, llegado el caso, aplicar las consecuencias coactivas del quebrantamiento, no podrían desempeñar con visos de éxito su delicada misión. En fin, nuestro enlace puede devenir muy fecundo en efectos benéficos para la sociedad cuyos gobernantes saben cuidar de él. La convergencia entre ley y cultura, que hemos consignado como prenda de la majestad y eficacia de las leyes, no difiere en substancia de la unión entre moral y política, cuya realización Beccaria patrocinó en el siglo XVIII como cosa muy necesaria, porque a ella "deberían los hombres su felicidad, las naciones la paz, y el universo un intervalo más prolongado de tranquilidad y de reposo para los males que pasan repetidamente sobre él".[6]

He aquí, sin embargo, que la Historia del derecho penal es pródiga en situaciones que desmienten la preponderancia en palabra, pese a que con su previsión se quiso garantizar la eficacia de las leyes abroquelándolas merced a procedimientos de discutible carácter. En efecto, hubo en épocas pretéritas una profusión de casos, legales y judiciales, en que el Estado fomentó, por su interés particular, la ruptura de la confianza entre las personas, que es la base de la confianza pública. A la luz de lo que hemos consignado hasta este punto, no causará asombro que el rendimiento de la táctica fuese magro. Es más, no sólo distaron de conseguir la eficacia pretendida, sino que los mecanismos propiciatorios serían fontana de secuelas funestas en la sociedad, siendo sólo una de éstas que las leyes se vieron obligadas a castigar delitos que ellas mismas habían provocado.

El producto criminógeno de las leyes, que contribuyó a la ruina de los regímenes que se valieron del premio de la felonía, puede ser reconducido

6. *De los delitos y de las penas*. Edición crítica bilingüe y estudio preliminar por Francisco P. Laplaza. Buenos Aires: Arayú, 1955. p. 286.

a las dos grandes manifestaciones de la traición legalizada, y éstas, a su vez, permiten delimitar el contenido de nuestro tema, a saber: (1.º) la remuneración, generalmente pecuniaria, de la delación de los delitos, siquiera con el paso del tiempo participarían de la recompensa, además, los acusadores públicos e incluso los jueces que condenaban a confiscaciones o multas, quienes compartían el monto con el soplón, y (2.º) la atenuación o franca exención de pena para el codelincuente que confesaba el delito y allanaba el camino para condenar con su testimonio a los compañeros de consorcio criminoso. Entrambos incentivos dieron origen a una plétora de modalidades. El principal vástago del primero fue la talla, una institución característica del derecho procesal penal del Antiguo régimen. En el segundo, el estímulo a cooperar con la Administración de Justicia mediante declaraciones auto y hetero incriminatorias, podía tener alcance general, en otras palabras, surgía por concesión directa de la ley, o bien quedar limitado a los procesos y personas que decidiese el juez.

Más adelante procuraremos demostrar que estas prácticas penales obedecen siempre a la misma razón de ser, el predominio de una política descarnada sobre los derechos de los justiciables, y rematan en idéntico corolario, la hecatombe de la armonía valorativa del ordenamiento a manos del voluntarismo jurídico. También habrá ocasión de pasar revista a su reaparición en ciertas leyes penales de nuestros días. Pero antes conviene ilustrar el argumento siguiendo las sinuosidades más significativas que ofrece en el derecho histórico.

2. SU TRAYECTORIA HASTA EL SIGLO XVIII

La más antigua modalidad del premio de la felonía fue el precio a la delación de los delitos. Sin embargo, sus orígenes la emparentan con la extorsión, esto es, una ocurrencia fáctica en modo alguno propiciada por la ley, pero que se dio maña para colarse entre sus intersticios y abusar de su imperio.

La pesadilla extorsiva se remonta al derecho penal griego del período helénico. El procedimiento penal griego, especialmente en Atenas, era rigurosamente acusatorio. Sólo la víctima del delito podía acusar, y sólo el acusado podía defenderse. El Código de Solón, anterior en 594 años a la era cristiana, no admitía la representación de las partes por un tercero, salvo en dos hipótesis. La primera tenía lugar en los procesos por homicidio, caso en el cual el pariente más próximo estaba legitimado para presentar la querella. La segunda se refiere a los delitos que lesionaban al Estado, como la traición o la malversación de caudales públicos. Esta vez, cualquier ciudadano podía formular la acusación. Puesto que los griegos no conocían la figura del

procurador fiscal –que aparece mucho más tarde, en la experiencia moderna francesa, y se organiza en la reforma procesal-penal napoleónica y prusiana del siglo XIX–,[7] la posibilidad de que cualquiera asumiese el papel de denunciador llevó a la institución, en Atenas, de los sicofantes, esto es, acusadores privados que cumplían voluntariamente la tarea de cuidar los intereses públicos. Su labor no estaba prevista en la ley de Solón, por cierto; pero la experiencia resultó tan desastrosa como si la hubiese consultado. Los sicofantes se dedicaron al pingüe negocio de importunar a los ciudadanos, obligándoles a entregar sumas más o menos cuantiosas para comprar su tranquilidad. Tales extorsiones "llegaron a constituir bien pronto una de las plagas de la vida pública ateniense",[8] no obstante lo cual se extienden hasta la época ática. Cómo se compagina esto con la moral griega, que conservaba del espíritu aqueo la idea de que las verdaderas recompensas aguardan al hombre más allá de la muerte, como la gloria reservada al guerrero valiente, pocos de los cuales alcanzaban edades avanzadas y ninguno la prosperidad económica, o al intelecto creador cuyas conquistas no serían olvidadas por la posteridad, es testimonio de que toda cultura posee sus lados obscuros. Uno de ellos es el delito.

Con el derecho penal romano se entra en una fase de profundización del fenómeno. Pero no en los primeros siglos de la evolución de este riquísimo ordenamiento jurídico. En el antiguo proceso penal, incluso durante la República, ni el denunciante o declarante adquirían derecho alguno por sus actos procesales, ni a una recompensa económica ni a librarse de pena por haber participado en el delito. Tampoco el juez podía alentar ventajas especiales en el procedimiento penal republicano, "dominado por el honroso principio según el cual el magistrado que sustanciaba un proceso no podía esperar que el mismo le produjera sino molestia, y en ocasiones hasta peligro".[9] Desafortunadamente, había excepciones a esta pareja de reglas, de las que se hizo uso esporádico al principio y abundante con la sobrevenida de Principado e Imperio. Por una parte, en casos concretos se incentivó la denuncia de los delitos ofreciendo un premio que se pagaba al momento de

7. Acerca de los antecedentes franceses de la institución en la Edad Moderna, véase Cordero. *Guida a la procedura penale*. Torino: Utet, 1986. p. 155-156; del origen en Alemania trata Roxin. La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy en su libro *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Versión castellana de Óscar Julián Guerrero Peralta. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 9-38.

8. ZIELINSKI, *Historia de la civilización antigua*. Trad. Carlos Pereyra. Madrid: Aguilar, 1959. Colección Crisol, n. 47, p. 154. Nota preliminar de F. S. R.

9. MOMMSEN, *Derecho penal romano*. Trad. P. Dorado. Bogotá: Temis, 1976. p. 318.

presentarla o tras el término del proceso. El galardón podía ser económico – una donación pecuniaria o la exención de impuestos –o civil– la adquisición de libertad y ciudadanía para el esclavo que delataba al asesino de su amo u otros crímenes graves. Por otra, la exención de pena para el delincuente confeso, que franqueaba a los jueces un expediente simplificado para condenar a los demás partícipes en el maleficio. Estas liberaciones de responsabilidad criminal representaban una abierta violación del ordenamiento jurídico, por lo cual los romanos, muy conscientes del escándalo y lo peligroso del procedimiento, exigieron para otorgarlas una ley, semejante a las de amnistía. Los contados casos en que se concedieron en la República aumentan tras la muerte de César y la legislación de Augusto. De ahí en adelante serán su eje los delitos de lesa majestad y demás sancionados con la pena de confiscación de bienes. Las recompensas en los procesos políticos no eran irrelevantes para acusadores, acusados y jueces. Las leyes de príncipes y emperadores dejaban al acusador la cuarta parte del patrimonio del condenado, por lo que resultó natural el desarrollo de una clase especial de sujetos, los delatores, que sembraron el espanto en Roma.[10] A su turno, el delator que había sido coautor o cómplice del crimen, conseguía habitualmente la impunidad.[11] Por último, el tribunal tenía el derecho de disponer de una parte del producto de las multas impuestas en determinados procesos, sobre todo los sustanciados por el delito de *peculatus*. La conciencia romana de la inmoralidad y el riesgo de semejantes incentivos, que motivó en el gobierno de Tiberio una proposición al Senado para restringirlos, se pierde gradualmente a raíz de la concentración del poder político en los emperadores.[12]

Por lo demás, las excepciones en palabra se multiplican durante los siglos del Derecho común.[13] Sabido es que el derecho penal romano que se recibió en

10. ZIELINSKI. Op. cit., p. 601. De todas maneras, correspondía al juez decidir a su arbitrio los honores o ventajas que se entregaría al acusador, con tal que éste hubiese sostenido exitosamente la acusación. MOMMSEN. Op. cit., p. 320.

11. JIMÉNEZ DE ASÚA. La recompensa como prevención general. El derecho premial. en *El criminalista*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor, 1964. 2.ª serie, vol.10, t. VI (tomo XVI de toda la colección), p. 11-75.

12. Extraviada hace tiempo la virtud cívica republicana, se comprenderá que la propuesta fuese objeto de rechazo. MOMMSEN. Op. cit., p. 321.

13. "El instituto del premio para los reos delatores se desarrolló sin frenos, incluso allende los delitos de subversión y traición, en la Edad intermedia", afirma Ferrajoli. *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Prefazione di Norberto Bobbio. Roma/ Bari: Laterza, 1989. p. 706, basándose en Pertile.

la Baja Edad Media y que domina la escena europea hasta las postrimerías de la Edad Moderna, es el contenido en los *libros terribles* del Digesto, o lo que viene a ser lo mismo, el derecho penal imperial. Las pruebas de la vigencia de nuestro argumento en el período intermedio son contundentes. Piénsese tan sólo en el Derecho castellano de la monarquía absoluta, con la privanza del soplón o malsín. Este odioso personaje solía cobrar una parte de los delitos denunciados por él, con el amparo de las Cortes y la oposición de los jueces cuando éstos actuaban de oficio –ya que en tales casos los tribunales se reservaban la cuota correspondiente al delator. El oficio de cizañero era doblemente apetecible, porque, amén de la paga en numerario, "un discreto silencio de los oficiales judiciales protegía a sus habituales confidentes",[14] en su mayoría reclutados entre miembros del hampa. Asimismo, los jueces permitían que actuase como delator el cómplice de un delito cometido por uno o más autores principales, premiándole con la parte alícuota de la pena pecuniaria impuesta a éstos y la atenuación o derecha exención de su propia responsabilidad. El fenómeno devino generalizado a la sazón, pero alcanzó cotas de sobrecogedora gravedad en los procesos del Santo Oficio de la Inquisición, dado lo brutal de las puniciones de los delitos religiosos (magia, hechicería, brujería y, en la España de la Contrarreforma, particularmente los de herejía y apostasía, castigados con la muerte en la hoguera), y porque a menudo malsindad y soplonaje eran fruto de odios, resquemores, antipatías, envidias y otras pugnas personales, que contaban para el delator tanto o más que el botín económico.[15]

Huelga decir que este crudo utilitarismo, propiciado por las leyes y explotado por los guardianes de la Justicia, difuminó el límite entre el mundo oficial de quienes persiguen el delito y el subterráneo de los que son perseguidos como delincuentes.[16] El mismo principio de utilidad que se halla tras los primeros barruntos de la pérdida penal de la libertad, promediando el siglo XVI, se manifestó por doquier y de la manera más destemplada en el sentido impuesto a las sanciones pecuniarias, a propósito de las cuales vimos ya asomar la fea cerviz del delator. Las monarquías europeas utilizaron multa y confiscación como medios con que mantener en funcionamiento su aparato burocrático. En

14. TOMÁS y VALIENTE. *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*. Madrid: Tecnos, 1969. p. 169.

15. Idem, p. 170.

16. La extraña afinidad soterrada entre el delincuente y sus perseguidores oficiales sólo vendría a conocerse mucho más tarde, con las aplicaciones del Psicoanálisis a la Criminología. Cf. ALEXANDER y STAUB. *Il delinquente, il giudice e il pubblico. Un'analisi psicologica*. Trad. e prefazione Pietro Veltri. Milano: Giuffrè, 1978. p. 188-189.

el caso español, la multa podía estar determinada legalmente o irrogarse como pena arbitraria. Pero en ambas hipótesis no era indiferente al juez la decisión de absolver o condenar, ya que él participaba del producto. Las multas legales, establecidas según cuantías determinadas, se distribuían en un tercio para el juez, otro para la Cámara real y el último para el denunciador del delito, al paso que en las multas arbitrarias la codicia judicial se reservó la mitad del importe, dejando el resto a la Administración. Los jueces, mal pagados por la Corona, hicieron generoso empleo de esta regalía como complemento de sus ingresos, con las esperables condenas de inocentes y bonanza de los soplones. El interés personal en condenar fue uno de los factores que incidió en el florecimiento de la pena de confiscación, pues parte de los bienes confiscados iba a parar, como "ayudas de costa", al peculio del juez, y otra a la Hacienda pública.[17] La avidez sin límites de la autoridad hizo que el deber de cumplir multas y confiscaciones se transmitiese a los sucesores del reo muerto como "penas de herencia". Una situación análoga puede apreciarse en otros países, v.g., el *Taschenrichtertum* (magistratura venal) en Alemania, cuyos artistas, como Sebastian Brant en su *Nave de los chiflados* (1494), fueron los primeros en dibujar en sus pinturas una venda cubriendo los ojos de la diosa de la Justicia, antaño vidente en la imagen de Temis.[18] El apasionado gusto del despotismo por la confiscación y las multas confiscatorias, que arruinó a miles de personas, y por privilegiar a los personajes que le facilitaban el trabajo en los procesos sobre falsificación de moneda y otros delitos cometidos en perjuicio de las rentas o la autoridad de los gobernantes, alimentará la crítica que dirigirá en su contra el Iluminismo.

3. EL DEBATE EN LA ÉPOCA DEL ILUMINISMO

Con la Ilustración se adquiere por primera vez conciencia nítida de la paradoja de que discurrimos, se la muestra en todos sus pliegues e incluso se adivina lo que oculta, una antinomia. Sin embargo, siendo exacto que los autores discuten la legitimidad moral y la conveniencia práctica de preservar las

17. En esta caza económica del reo, los fiscales sólo intervenían en los procesos que podían beneficiar a la Cámara real. Cf. PINO ABAD. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999. p. 208.

18. Cf. RADBRUCH. *Caricaturas de la Justicia. Litografías de Honoré Daumier*. Trad. Luis Guzmán Dalbora. Con un prólogo sobre las obras histórico-literarias e histórico-artísticas de Gustav Radbruch, por Hermann Klenner. Montevideo/Buenos Aires: B. de F., 2004. p. 99-100.

manifestaciones jurídicas del tema, difieren en sus argumentos, presentándolos como de doble filo,[19] y arriban a conclusiones divergentes, algunas proclives a mantener, dentro de ciertos límites, la delación mercenaria de delitos y codelincuentes.

Por cierto, hay criminalistas que la rechazan frontalmente. Sus razones son de dúplice jaez. Primero, morales, lo que corrobora que por debajo del utilitarismo que inspiró al pensamiento reformador del siglo XVIII y la orientación que imprimió al derecho penal contemporáneo, "yace un indudable y no menos importante fondo ético".[20] Beccaria fulmina la talla, o sea, el bárbaro y detestable uso de la facultad de prender o matar impunemente, con la promesa de un premio en dinero, a los reos fugitivos de delitos graves. Este edicto, explica el milanés, "trastorna todas las ideas de moral y de virtud" y deja de manifiesto la debilidad del Estado, "pues el que tiene fuerzas para defenderse no trata de comprarlas". Además, poner precio a la cabeza de un hombre engendra una situación anómica, porque las mismas leyes que reprueban y castigan la traición, invitan aquí a cometerla, un contraste que siembra "la desconfianza en todos los corazones" e "incita a la guerra clandestina esparciendo sospechas recíprocas entre los ciudadanos". Por análogos motivos se opone a la oferta de impunidad extendida al cómplice de un delito si descubre a sus compañeros. Estima que así el país autoriza de nuevo la traición, "detestable hasta entre los malhechores", los tribunales trasuntan su incertidumbre, y las leyes, la debilidad consistente en pedir ayuda a quien las ofende.

Sin embargo, Beccaria fue más allá de la denuncia moral. No sólo discierne una incongruencia valorativa en disposiciones que niegan la orientación general del ordenamiento jurídico, sino que intuye su simiente política. Preceptos de esta ralea proceden de concebir al Estado como "una complicada máquina cuyos resortes mueve a su antojo el más diestro o el más poderoso", quienes, "fríos e insensibles a cuanto deleita a las almas tiernas y sublimes, excitan con sagacidad imperturbable los más caros sentimientos y las más violentas pasiones, tan pronto lo consideran útil a sus fines, tocando en los ánimos como los músicos las teclas de sus instrumentos".[21] Es trabajoso encontrar palabras

19. Algo que tampoco es desusado en la política criminal de nuestros días.

20. RIVACOBA y RIVACOBA, *La reforma penal de la Ilustración*. Valparaíso: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1988. p. 23.

21. *De los delitos y de las penas* cit., p. 285-289. También para Romagnosi la experiencia demuestra que "cuando un gobierno quiere eficazmente apoderarse de un reo, lo puede conseguir sin rebajar su autoridad y sin emplear medios tan inmorales y

más elocuentes y precisas para describir la médula del voluntarismo, que en el Derecho político equivale al autoritarismo.

Los críticos de esta postura –Bentham, Diderot, Foronda– convienen en que este género de recompensas tiene a su favor a las autoridades, pero no a la opinión pública, por el juicio de reproche que merecen a las gentes los delatores asalariados. De ahí que no la combatan en su terreno, la moralidad, salvo con la réplica de que la traición resulta perniciosa cuando el acuerdo violado es inocente, pero no si la materia de la promesa fue un delito, y que prefieran impugnarla afirmando que ella desatiende las exigencias del principio de utilidad. Conjurados los casos de tiranía que exhibe el pasado, dice Bentham refiriéndose a las delaciones nacidas del afán de venganza de los reyes o de las pasiones criminales de la intolerancia religiosa, no habría que recelar de las denuncias interesadas, supuesto que el declarante quede de manifiesto, que no se esconda en el anonimato o el secretismo. Estimular con premios las denuncias presta a los tribunales un servicio tan útil como la impunidad decretada particularmente, no a través de una ley general, al cómplice que descubre a los codelincuentes, ya que la declaración del juez "basta para introducir la desconfianza en la sociedad de los malvados, y para que cada uno de ellos pueda ver en su cómplice el instrumento futuro de su condenación", tornándoles temibles y sospechosos entre sí.[22]

Ocurre, empero, que en la repulsa dieciochesca de estos premios se arguyó también consideraciones empíricas. Filangieri invierte el alegato de Bentham y lo lidia con sus mismas armas, las de la utilidad. Una experiencia centenaria revela que el remedio de retribuir la delación, lejos de generar el efecto buscado, puede ser causa de lo contrario, agravando la enfermedad y acaso matar al enfermo. "En estos casos suele ser el más perverso el que se libra del rigor de la pena", dado que "la esperanza o la seguridad de la impunidad

---

ofensivos a su majestad y a la opinión de fuerza y de vigilancia que debe inspirar, como funestos para la seguridad pública y privada". *Génesis del derecho penal*. Trad. Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1956. § 899, p. 332-333.

22. *Teoría de las recompensas*. Nueva traducción corregida de los manuscritos de Etienne Dumont por Eduardo Vila-Vallés, en *Obras selectas*. Buenos Aires: El Foro, 2003. t. II, p. 349-350. Sobre Diderot, véase, idem, la cita de Bentham en p. 350, y JIMÉNEZ DE ASÚA. Op. cit., p. 47. Foronda, a su vez, lleva el criterio utilitarista que preside su obra hasta el extremo de aceptar la talla en los crímenes de gran entidad. Cf. RIVACOBA Y RIVACOBA. Un discípulo español de Beccaria, desconocido en España. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, p. 953-1068, Madrid: Uned, 1996. p. 989-990.

concedida a la delación del cómplice, le dará más aliento para emprender el delito en que se necesite el concurso de muchas personas. Antes de seducir a sus compañeros para la empresa del delito, ya ha concebido en el ánimo el vil designio de inmolarlos a su seguridad, cuando vea próximo el descubrimiento de los reos".[23] Téngase presente que la fina penetración psicológica del jurista italiano es confirmada por un no menos agudo contemporáneo, celebérrimo en las bellas letras, Friedrich Schiller, en el pasaje del drama *Los Bandidos* donde estampa en labios de Francisco Moor, traicionado por uno de sus lugartenientes, el siguiente lamento: "¡Cuán verdad es, cuán cierto que no hay bajo la capa del cielo un hilo tan delgado ni tan fácil de quebrarse como los vínculos que unen a los pillos!". En verdad, los compañeros del facineroso más fuerte, prosigue Filangieri, se formarán el mismo designio de su jefe, con lo que la expectativa de restar impunes hará a todo el grupo más osado. El resultado de esto, además de mancillar "la respetable dignidad de las leyes", arrepentirá al legislador que produjo precisamente lo que quiso prevenir, la organización para cometer delitos.

4. RESIDUOS DECIMONÓNICOS Y RECRUDECIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Pese a haber relevado el trasfondo político, las secuelas indeseables, la abominación moral y la incoherencia jurídica de la patente de corso de los felones, el Iluminismo no consiguió ponerse de acuerdo en abolirla. Se supuso que era suficiente tenerla a raya mediante ciertos recaudos, en un coto bien delimitado de excepción a los principios del nuevo Derecho y proceso penales. Como en otras cuestiones, la reforma penal del siglo XVIII no triunfó en toda la línea. Pero los principios, que son razones, proposiciones o verdades fundamentales, son incompatibles con la idea de la excepción, que conviene a las reglas. Pues bien, la regla de prohibir el premio de la traición pudo convivir con residuos de la antigua franquicia en la centuria siguiente.

Por lo pronto, abolida la talla en Europa continental, la mentalidad utilitarista anglosajona cobijó sus desmanes en los Estados Unidos de Norteamérica. En las regiones del oeste del país, especialmente Texas, la talla disfruta de un auge inaudito de 1850 a 1890, época de la caza del "desperado". El forajido adeuda su nombre, voz arcaica que designa el

23. *Ciencia de la legislación*. 2. ed. rev. y corregida. Trad. de Juan Ribera. Burdeos: Imprenta de Don Pedro Beaume, 1825. t. IV, p. 371.

participio pasivo substantivado del verbo castellano desesperar,[24] al estado de exclusión de un ser "buscado, perseguido, arrancado del ancla de todas las relaciones humanas, ahuyentado de un escondrijo a otro".[25] La debilidad jurídica del pistolero, para el que el término inglés *outlaw* indica precisamente una posición marginada de toda tutela jurídica, lo expuso a ser muerto impunemente por cualquiera, *sheriffs*, investigadores privados o simples particulares. Trabajaban con recompensas gigantescas los bancos, las asociaciones de ganaderos, el servicio de correos, la agencia Pinkerton y las autoridades públicas, premios que se prometía no raras veces con la cláusula "muerto o vivo". Era de imaginar que con esta sentencia capital perdiesen la vida también inocentes –jóvenes, borrachos o débiles mentales inducidos por la policía a reunirse con supuestos salteadores de bancos–, cuya identidad era de imposible verificación luego de ser cosidos a balazos por los embaucadores, que medraban del sistema.[26]

En el ámbito jurídico europeo e iberoamericano quedaron dos supervivencias, una dotada de alcance general y otra para determinados delitos, ambas previstas en Códigos decimonónicos, lo que puede estimarse una victoria pírrica de Beccaria, quien, en obsequio del principio de legalidad, había reclamado que de los premios a los traidores, admitiendo que hubiese que tolerarlos, se ocupase la ley, no el capricho de los jueces. Entre las circunstancias atenuantes de cualquier infracción no demostrada en absoluto o de prueba deficiente, figuró la confesión del acusado.[27] Algunos la llamarían prueba espuria, y con razón, ya que respondió al propósito de punir menos antes que dejar impunes hechos que de otra guisa hubiera habido que absolver a causa del defecto probatorio, como en las penas extraordinarias del Derecho común,[28] y, por otra parte, su origen religioso –se confiesa el delito como el pecador reconoce haber estado antes al servicio del demonio para obtener el perdón de la divinidad

24. En la advertencia inicial del traductor de Hans von Hentig. *Estudios de Psicología criminal, VI: el desperado. Contribución a la psicología del hombre regresivo*. 2. ed. Trad. José Belloch Zimmermann. Madrid: Espasa-Calpe, 1984. p. 11.

25. Idem, p. 19.

26. Idem, p. 138-140.

27. Entre otros ejemplos, el Código chileno de 1874 la enumeró en su art. 11, circunstancia 9.ª ("si del proceso no resulta contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión"). De la mudanza de su contenido, que data de 2005, se dirá infra, nota 33.

28. Cf. CARRARA. *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*. Bologna: Il Mulino, 1993. p. 498-501.

ofendida– la hacía completamente extraña a la Justicia secular.[29] Si esta era una concesión a la pujanza de fuerzas sobrenaturales, la siguiente se puso del lado del poder político para acorazarle ante sus enemigos, cual antaño los reyes usaron el pacto de delación en salvaguarda de sus intereses. El Código penal napoleónico (art. 108), sumado a otros que seguirían su estela en las décadas de la Restauración, acordó la impunidad de los cómplices delatores en los delitos contra la seguridad del Estado. Incluso un documento tan representativo de la época liberal, como es el Código chileno con su fuente española de 1848, continúa regulando una excusa absolutoria en la conspiración o proposición para cometer crímenes o simples delitos –que en la redacción primitiva podían ser sólo los que ofenden la seguridad exterior o interior de la entidad estatal–,[30] si el culpable denuncia a la autoridad pública el plan y sus circunstancias (art. 8.°). Algo análogo sucedió con las asociaciones ilícitas,[31] en que ciertos penalistas de esos años columbraron un ataque contra el Estado, parecidamente al criterio que guía al legislador contemporáneo.

La salvedad de los delitos políticos y de asociación perdería importancia práctica en la *belle époque*, la recobra durante las turbulencias de entreguerras y vuelve a menguar tras el término de la segunda conflagración mundial, hasta el punto que en 1962 un estudioso de la Justicia laudativa pudo escribir que el premio a los delatores ya no revestía un interés excepcional.[32] Sin embargo, pronto los hechos se encargarían de reflotar a la Hidra. Nos sale al paso ahora en la legislación sobre la "criminalidad organizada", un término que no responde a concepto criminológico alguno, que tampoco admite una definición jurídica distinta de la de suyo compleja del delito de asociaciones ilícitas, y con el cual se alude vagamente a infracciones comunes o de proyección cosmopolita,

29. La confesión posee un significado psicológico profundo, que explica la tenacidad de policías, fiscales y jueces en obtenerla. Si el delito estimula los impulsos agresivos inconscientes en sus perseguidores, el reo renitente los subleva todavía más con su actitud. La confesión representa una condena psicológica de los instintos agresivos suyos y nuestros. Cf. REIK. *L'impulso a confessare*. Trad. Ada Costantino., Milano: Feltrinelli, 1967. p. 234 y 248 (del maridaje entre confesión judicial y religiosa se explaya brillantemente en p. 265-271). Aquí se hunde la raíz de la disposición insufrible o, al revés, benigna y comprensiva, de los tribunales hacia el sujeto que persiste en negarlo o reconoce el crimen.

30. La Ley 20.000, de 16.02.2005, sobre tráfico de drogas, añadiría los delitos de estupefacientes, al hacer punible la conspiración (art. 19), esa resolución manifestada que el Código penal castigó únicamente en los delitos políticos.

31. Véase el art. 295 del Código chileno.

32. JIMÉNEZ DE ASÚA. Op. cit., p. 47.

para las que se dispone un estatuto penal y procesal diferenciado, más duro y menos garantista que el de los delitos individuales o no cometidos en el marco de una organización o institución. Estos modernos hechos de lesa majestad son principalmente el tráfico de drogas, la trata de personas, el terrorismo[33] y, por cierto, los crímenes internacionales, si bien sus reglas se van extendiendo, como una mancha de aceite, a delitos antes substraídos al confuso espectro que ahora los atrapa, como el cohecho.[34] Largo y fastidioso sería enumerar aquí tales reglas, como engolfarnos en la discusión de si tiene alguna relevancia el que luzcan en leyes especiales o bien en los Códigos, porque, como quiera que sea, ellas corroen el afán racionalista de la Codificación penal.[35] Por lo

33. "Otro concepto difuso que no logra una definición aceptable en el Derecho internacional, ni siquiera en los últimos instrumentos". Zaffaroni. Globalización y crimen organizado. *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho penal*, 2008, C-07. p. 2. Disponible en: [www.penal.org/IMG/Guadalajara-Zaffaroni.pdf]. En p. 1 indica el origen del rótulo *organized crime*, con que los periodistas yanquis se hicieron eco del delirio sobre las asociaciones secretas de estampa comunista en la década de los cincuenta del siglo pasado.

34. En Chile, una considerable atenuación de responsabilidad para el reo que colabora con la Justicia sale al paso en las Leyes 20.000, de 16.02.2005 (art. 22: "cooperación eficaz") , sobre tráfico de estupefacientes; 18.314, de 17.05.1984 (art. 4.°, todavía más ambiguo y vil), sobre conductas terroristas, y 20.357, de 18.07.2009 (art. 39, contribución substancial al esclarecimiento de los hechos, "particularmente en lo que respecta al establecimiento de las demás personas que intervinieron en el acto punible"), sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio y de guerra. El Código ya había dado una pésima señal al reemplazarse en 2005 la atenuante de quien confiesa el delito, de triste recuerdo en el proceso inquisitivo, por la de colaborar substancialmente al esclarecimiento de los hechos, una abrumadora realidad de la moderna inquisición. No mueve a asombro que el mal ejemplo sea ahora imitado en los delitos de tráfico ilícito de inmigrantes y trata de personas, con el premio de la cooperación eficaz y la autorización para que miembros de la policía ¡o informantes de ésta propuestos por aquéllos! actúen como agentes encubiertos (arts. 411 *sexies* y 411 *octies*, introducidos por la Ley 20.507, de 08.04.2011).

35. En efecto, un Código se caracteriza por regular todo un sector de las relaciones sociales conforme a unos mismos y firmes principios. La proliferación de leyes especiales atenta contra este propósito, pero también lo amagan las reformas al Derecho codificado que hacen *tabula rasa* de sus principios rectores. Véase Pastor. *Recodificación penal y principio de reserva de Código*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, especialmente p. 156, donde destaca la pérdida de sistema producida en el proceso penal por "la introducción de prácticas policiales y judiciales reñidas con el principio del Estado constitucional de Derecho, además de ser inmorales (arrepentidos, agentes provocadores, agentes encubiertos, delatores, juicios negociados etc.)".

demás, varias se inscriben en nuestro objeto temático, a saber, la impunidad de los informantes de la policía, usualmente hampones que reciben de facto o por orden de ciertos ordenamientos un pago económico por sus intrigas; la impunidad de los agentes encubiertos y provocadores, así como el mérito probatorio conferido a los correspondientes métodos de investigación, fundados en el engaño, la traición y el disimulo; los jueces o fiscales "sin rostro"; el anonimato procesal, cambio de identidad civil y apoyo económico para ciertos testigos.

Hemos de centrarnos en el prototipo actual de la felonía remunerada, el llamado testigo de la corona, testigo principal o arrepentido, esto es, un codelincuente que testifica contra sus coautores, cómplices o inductores bajo la promesa legal de recibir una reducción considerable o exención de pena, o de que no se abrirá un procedimiento en su contra. Estos "testigos", de cuya existencia la Historia del Derecho certifica una luenga data, reaparecieron con las leyes en comentario y, como era de prever, su colaboración ha resultado calamitosa para la Administración de Justicia, el prestigio de sus órganos e instituciones, el nervio moral del ordenamiento y la estructura del Estado de Derecho. Llegada la hora de enjuiciar la recompensa del obrar traicionero, nos dejaremos guiar por su última y más rebelde manifestación.

5. APRECIACIÓN MORAL, JURÍDICA Y POLÍTICA DEL GALARDÓN CONCEDIDO A LA DESLEALTAD

Comencemos la apreciación del fomento legal de la delación por su aspecto moral. Es que en todos los países y épocas los hombres han condenado moral y socialmente el llevar a alguien por precio ante el Estado que juzga y al individuo que, sin otra ganancia que la de mejorar su situación procesal, delata a otros, les atribuye hechos propios o asegura que realizaron más de lo que realmente les incumbe.

Llama la atención que este reproche sea independiente de los sistemas morales dominantes en cada momento histórico. Esto vale en primerísimo lugar para los sistemas absolutos de moralidad, como la ética de las intenciones de matriz kantiana,[36] pero, curiosamente, tampoco es ajeno a

36. Kant es terminante: "Las recompensas no deben ser motivos para ejecutar buenas acciones, ni los castigos deben ser motivos para omitir malas acciones, ya que así considerados dan lugar a un estado de ánimo envilecido, a una *indoles abyecta*. Ésta, en aquellos que ejecutan buenas acciones movidos por la recompensa, se denomina

los sistemas eudemonistas o utilitarios en las cuestiones éticas, de los que cabría suponer mayor comprensión en el enjuiciamiento del obrar artero.[37] De que no es así, puede ilustrarnos la teoría de los sentimientos morales de David Hume, enteramente enfeudada en el empirismo gnoseológico. Para el filósofo escocés integran la moral, no toda suerte de sentimientos, sino sólo aquellos de una especie particular; no los que redundan en la utilidad o el agrado de aquel que los posee y que van en beneficio de su propio interés, ya que el sentimiento aprobatorio característico de la especie humana es de tipo altruista, desinteresado y generoso. Por eso opina que incluso en "las asociaciones que se fundan en los principios más inmorales y más destructivos para los intereses de la sociedad en general, se requieren ciertas reglas, las cuales, en virtud de una especie de falso honor, así como de un interés privado, llevan a sus miembros a observarlas", como entre ladrones y piratas, "que no podrían mantener su perniciosa confederación si no estableciesen entre ellos una nueva justicia distributiva, e invocasen esas mismas reglas de equidad que ellos han violado en su trato con el resto de la humanidad". De ahí que suscite nuestro asentimiento, en el conocido ejemplo que Hume presenta para graficar su punto de vista, el acto valiente del enemigo en la guerra, "aunque reconozcamos que sus consecuencias pueden ser perniciosas para nuestro interés particular".[38] En cambio, las leyes que patrocinan la deslealtad entre facinerosos se fundan en el principio diametralmente opuesto, el del interés unilateral de una persona, interés que

---

indoles mercennaria (...) La motivación debe ser moral. El motivo de realizar una buena acción no debe radicar en la recompensa, sino que la acción debe ser recompensada porque es buena". *Lecciones de ética*. Trad. Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero. Introducción y notas de Roberto Rodríguez Aramayo. Barcelona: Crítica, 2002. p. 96.

37. En su balance del progreso moral, Crane Brinton apunta que cuatro mil años de historia occidental muestran un evidente elemento de contraste, el de la lealtad como virtud y la traición como vicio. Aún más significativo es que "la opinión occidental sostiene generalmente que a los que dirigen el grupo no se les puede obligar a observar todas las partes del código ético, no se les puede obligar a aplicarlas tan rigurosamente como lo haría el individuo en sus actos como persona particular; pero sostiene que el grupo, desde el más inferior hasta el Estado, *debe* ajustarse a un código ético de ningún modo fundamentalmente diferente del código para las personas individuales. Ni siquiera la *raison d'état* ha sido aceptada en general como algo que exime a un estadista de la moralidad de su sociedad". *Historia de la moral occidental*. Trad. Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1971. p. 458.

38. *Investigación sobre los principios de la moral*. Prólogo, traducción y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 2006. p. 85 y 93.

no tiene como sede al beneficiario judicial de la operación, porque el reo representa un simple medio manipulado por una voluntad heterónoma, sino al Estado que utiliza el recurso consistente en hacer que el otro meta la mano en sus faltriqueras. Al dar al viento la palabra» que glorifica la traición, el gobernante confunde al pueblo, conmoviendo un sentimiento arraigadísimo en la familia humana. Esta faceta del asunto basta para advertir cuán poco y nada recomendable es que la ley se sirva de tan mezquinos artilugios.

Además, ellos envuelven serios problemas jurídicos, así teóricos como prácticos. La Teoría del Derecho podrá discutir si aquí existe o no una antinomia. Algunos iusfilósofos son del parecer que las contradicciones de valoración no representan una auténtica antinomia, sino un caso de injusticia. "La antinomia produce *incertidumbre*; la injusticia produce *desigualdad*".[39] Y como una antinomia impropia no impide la aplicación de la regla cuestionada, los preceptos que atenúan o eximen la pena del testigo principal debieran ser atendidos sin más por los tribunales, como viene ocurriendo hasta este momento en la praxis occidental. Sin embargo, otros autores piensan que las antinomias axiológicas son verdaderos quistes en la coherencia del ordenamiento jurídico, sea que la norma bajo sospecha contradiga las valoraciones que lo informan –cuyo es el caso de las disposiciones sobre testigos principales–, sea que repugne a valoraciones dominantes en el tejido social, mas no acogidas por aquél.[40] El segundo pensamiento concluirá que tal situación conduce a la parálisis de la Ciencia del Derecho, que no podrá elaborar estos datos y habrá de contentarse con denunciarlos como expresión de voluntarismo. A su turno, del primero se desprenden puntos de partida para resolver la desigualdad paladina de estas disposiciones, acudiendo a los criterios con que se despeja las antinomias propiamente dichas, como indicamos al final.

En tanto en cuanto el asunto teórico-jurídico permanezca sin solución, la antinomia es gravísima para la Dogmática penal y procesal-penal. Por lo pronto, no se puede estimular legalmente la colaboración del imputado con el establecimiento de los hechos sin violar la garantía legal e internacional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Acaso se objetará que el inculpado no tiene el deber de declarar, tanto menos el de autoincriminarse, pero es bien libre de hacerlo. Es la clase de réplicas del constructivismo jurídico, de esa disposición metodológica que se

39. BOBBIO. *Teoría general del derecho*. Trad. Eduardo Rozo Acuña. Bogotá: Temis, 1987. p. 190.

40. RIVACOBA y RIVACOBA. La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la dogmática jurídica en materia penal cit., p. 189-190.

fija en la estructura formal de las normas y desprecia olímpicamente la realidad de las relaciones sociales a que ellas se refieren. La experiencia de la búsqueda de la confesión en el proceso inquisitivo, renovada en el proceso actual bajo la especiosa cláusula del premio a la colaboración, demuestra hasta la saciedad que estos aportes a la prueba son a menudo producto de investigadores sin escrúpulos, quienes, además del granjearse el reconocimiento administrativo, político o periodístico por su eficiencia en la persecución penal, pueden conseguir la condena de culpables o inocentes e incluso extorsionar al "arrepentido". La manipulación del objeto, que no sujeto del proceso, es ratificada por el dato de que calificación jurídica de que su aporte, con que el confesante pone el cuello bajo la cuchilla que descargará el tajo, fue útil para el éxito de pesquisa y prueba, no depende de lo que él hizo al efecto, sino de las apreciaciones del ministerio público en el escrito de acusación.[41] A su vez, el inculpado que rehúsa ponerse al flanco de su acusador, puede estar seguro de que los tribunales se rebelarán ante su actitud, ya manteniéndole preso durante el procedimiento, ya endureciendo la pena en la sentencia definitiva.[42] Como sea, de este alienante panorama emerge como único motivo fundado para atenuar su responsabilidad penal, no la colaboración, por principio turbia, sino la instrumentalización que hubo de padecer el infeliz a manos del sistema procesal que habilita manejos de tamaña catadura.

En seguida, el inculpado es parte en el juicio, no un testigo. Testigos son terceras personas que relatan al tribunal algún hecho que conocen por percepción sensorial. En consecuencia, sólo se es testigo sobre actos o sucesos ajenos. La misma etimología latina de la palabra, *testis*, anticipa que no pueden revestir esta condición las partes, incluyendo a quienes están enlazados por uno o varios delitos como pacientes de la acción penal. En esto, no hay que confundir el litisconsorcio pasivo, una situación procesal, con la codelincuencia, una forma real de aparición del delito. El *llamado del co-reo*, de que tanto abuso se ha hecho en la legislación sobre los arrepentidos, significa tan sólo que el

41. Como en el art. 22 de la Ley chilena sobre estupefacientes, citada *supra*, nota 33. El art. 22, párrafo cuarto, establece que "el ministerio público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero".

42. Sobre la "alteración climática" del proceso penal derivada de la cooperación o falta de cooperación del reo, conforme a la lógica de amigos y enemigos de schmittiana memoria. Cf. KIRSCH. ¿Derecho a no autoinculparse? Trad. Guillermo Benlloch Petit, en el volumen colectivo *La insostenible situación del Derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 247-264.

imputado debe ser oído en su afirmación de que el delito fue cometido por mano ajena, no por él. Pero si lo perpetró juntamente con otros, el hecho es también suyo, por cuya razón no debiera considerársele testigo, sea en ese o en otros juicios –ya que el hecho común pudo disgregarse en procedimientos diversos, atendido el carácter no necesario del litisconsorcio.[43] Además, la prohibición de que el acusado declare bajo juramento o promesa, determina que él podría mentir impunemente si el fiscal lo presenta como prueba de cargo contra sus camaradas en la correría. Dado que la inculpación de los otros no será gratuita, sino en pos de las ventajas que le prometió el fiscal o simplemente por desafecto o desesperanza, el premio de la deslealtad se torna doblemente criminógeno: conduce a la condena de sujetos inocentes o por actividades más graves de las que desarrollaron y a falsos testimonios que no podrían castigarse aun si descubre después su mendacidad.[44] Haríamos bien en aprender de la historia, que está llena de estos desaguisados, para precavernos de emularlos so capuz de que lo exigiría la Justicia penal del moderno Estado de Derecho.

Con lo que llegamos al nudo del problema, que es radicalmente político. Las leyes que galardonan la delación suelen pretextar que es un medio necesario para defender el Estado de Derecho de sus enemigos, los criminales. Esto no es correcto. Desde los orígenes del concepto en la Alemania del siglo XIX, se sabe que el Estado merece la calificación de Estado de Derecho por la sumisión del poder político a un estatuto fijo y predeterminado, a una regla impersonal e igualitaria que pretende conjurar los arrestos de la arbitrariedad. Pertenece también al corazón del concepto, que la supremacía de la ley es cosa muy distinta de la omnipotencia del legislador.[45] Omnipotencia equivale a infinitud, ilimitación, el empleo de medios en principio indiferentes para la consecución

43. Cf. BELING. *Derecho procesal penal*. Trad. y notas Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943. p. 223.

44. MUÑOZ CONDE. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 72.

45. Acerca de los límites materiales, enraizados en los derechos de los individuos y la cultura del pueblo, que distinguen el Estado de Derecho del Estado simplemente legal, según la tradición publicista de Jellinek, Ihering, von Mohl, Constant etc., véase COSTA, O Estado de Direito: uma introdução histórica, en *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. volumen colectivo organizado por Pietro Costa y Danilo Zolo. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 94-198, especialmente p. 138-139, 148 y 152-153. Además, Guido de Ruggiero, *Historia del liberalismo europeo*. Trad. de Carlos G. Posada. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2005. p. 254.

de cualesquiera fines, cuyo punto de arribo inevitable es el Estado totalitario, regido por la máxima según la cual es Derecho todo lo que es útil al pueblo.[46] El Estado de Derecho representa la exacta contrafigura de la prepotencia legislativa. Es su sello la limitación del poder mediante la ley, comedimiento que en las cuestiones penales nos devuelve el poder político desnudo, bruto, convertido en *ius puniendi*, un derecho subjetivo provisto de autoridad y digno de respeto. En él, los fines políticos deben ser alcanzados a través de los medios que provee la legislación preestablecida, si es verdad que la máxima correspondiente a este Estado reza que sólo lo que es Derecho puede ser útil al pueblo. En consecuencia, la violación de sus propias reglas, especialmente cuando están dotadas de hondísimo respaldo cultural, entraña una extralimitación de la legalidad, sin que en ello importen los fines contingentes de la "razón de Estado", ese vástago del autoritarismo político, el único que no ve reparos para aducir que en defensa de la libertad es perfectamente lícito tomar atajos liberticidas. Por lo demás, en nuestros días la mentalidad liberal ha puesto de relieve que el fomento de la delación y la soplonería, germen de chantajes y agente debilitador de la integridad ciudadana y la seguridad individual, es signo infalible del derecho penal autoritario.[47]

El derecho penal del Estado de Derecho debe ser preservado de la perversión política del derecho penal, el arma más acerada de la entidad estatal.[48] El derecho penal liberal, o sea, el tipo de ordenamiento punitivo propio de un Estado de Derecho, esa conquista de la modernidad, es una tarea siempre inconclusa, que hay que completar cada día y defender de los corifeos del decisionismo jurídico y el desenfreno de la política. En nuestro tema, la medida inmediata,

---

46. "Esto quiere decir: arbitrariedad, violación, ruptura de los contratos e ilegalidad, son Derecho en la medida en que son útiles al pueblo. Esto significa prácticamente: lo que se le ocurre ser de utilidad común al detentador del poder del Estado, cualquier ocurrencia (...), son Derecho. El provecho propio del sujeto dominante es considerado como beneficio común (bien común). De este modo la equiparación del Derecho con un presunto o supuesto beneficio público, ha transformado un Estado de Derecho en un Estado injusto". RADBRUCH. *El hombre en el derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho.* Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 121-122.

47. RIVACOBA y RIVACOBA, Orden político y orden penal. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 22. n. 2 (monográfico: "Derecho penal y Criminología"). p. 201-212. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, mayo-agosto 1995.

48. Naucke. *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. p. 429.

de emergencia, consiste en la declaración general de inconstitucionalidad o la inaplicación judicial, para el caso de que se trate, de las disposiciones que remuneran la traición,[49] a la espera del momento en que las propias leyes, recobrada la sensatez, prohíban la colaboración, resten todo valor procesal y no acuerden influencia alguna al comportamiento judicial del encausado en la determinación de la pena,[50] Con ello saldrían gananciosos la respetabilidad de las leyes y el prestigio social de la jurisdicción criminal, en quien cada ciudadano depositará confianza. La confianza pública, otro modo de llamar a la seguridad jurídica, es un supuesto de la libertad. Y la libertad hace de este mundo maravilloso un lugar más cautivante; de la vida, algo digno de ser vivido.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A colaboração premiada num direito ético, de David Teixeira de Azevedo – *RT* 771/448;
- A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, de Leandro Sarcedo – *RIASP* 27/191;
- Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa, de Walter Barbosa Bittar – *RBCCrim* 88/225;
- Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval, de Adel El Tasse – *RCP* 5/269;
- O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado, de Antonio Scarance Fernandes – *RBCCrim* 70/229; e
- Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas, de Gustavo Senna Miranda – *RT* 870/459.

49. Esto depende del tipo de control de constitucionalidad de las leyes que adopte cada ordenamiento. Pero sus asideros formales y fundamento material son siempre los mismos: la violación de las garantías de igualdad ante la ley y seguridad individual, con el correlativo derrumbe del palenque que contiene los poderes del legislador según el principio del Estado de Derecho. A éste convienen normas de cultura estatalmente reconocidas, no una "cultura" o razón de Estado.

50. Idéntico FERRAJOLI. Op. cit., p. 625.

MEDIAÇÃO PENAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA PENAL SEM JUÍZES

4

PABLO GALAIN PALERMO

Doutor Europeu em Direito. Investigador responsável pela Seção de Portugal do Instituto Max-Planck, Friburgo (Alemanha).

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo descreve a situação do instituto da mediação em Portugal e analisa de maneira crítica as possíveis contradições intrassistema que sua introdução pode ocasionar naquele ordenamento jurídico. Também se faz referência às formas de consenso dentro do sistema penal, considerando as diferenças estruturais que existem entre os sistemas jurídicos que pertencem ao *continental law* ou ao *common law*. O artigo propõe a adoção de um modelo complementar entre as denominadas "justiça tradicional" e "justiça restaurativa" e defende a figura do juiz como único agente da Administração da Justiça encarregado do cuidado das garantias de todos os participantes no procedimento para a resolução dos conflitos penais.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação – *Continental law* – *Common Law* – Justiça restaurativa –Suspensão condicional do processo.

ABSTRACT: This article addresses mediation in Portugal and critically analyzes the possible intra-system contradictions that its introduction may cause in that legal system. The forms of consensus within the criminal system are also mentioned, taking into account the structural differences that exist between Continental law and Common law. The article proposes the adoption of a complementary model between the so-called "traditional justice" and "restorative justice" and defends the figure of the judge as the only agent in charge of administrating justice and looking after the guarantees of all those that are involved in the process for the resolution of criminal conflicts.

KEYWORDS: Mediation – Continental law – Common law – Restorative justice – Conditional suspension of the proceedings.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito penal e formas de consenso: diferenças e semelhanças entre o *continental* e o *common law* – 3. Justiça restaurativa e justiça tradicional: modelos alternativos ou complementares? – 4. Formas de consenso no Código de Processo Penal de 1987: a suspensão provisória do processo – 5. A mediação no sistema penal português: a construção de um sistema penal sem juízes – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

1. Assim[1] como outros países ligados à União Europeia, Portugal deve cumprir com uma série de recomendações em matéria de política criminal, as quais pretendem uma harmonização supranacional das reações nacionais diante da prática de infrações e/ou delitos por meio do direito penal ou pela adoção de meios alternativos para a resolução dos conflitos.[2] Pode-se dizer que Portugal tem cumprido a estas exigências com regularidade, mesmo quando a admissão de todas elas pudesse significar um preço muito alto a pagar em matéria de coerência intrassistêmica.[3]

O sistema penal português construído após a ditadura de Salazar é um sistema harmônico e respeitoso dos princípios democráticos exigidos nas nações mais civilizadas.[4] Tal sistema admite reações diversas e muito distintas frente

1. Tradução do espanhol de Priscilla Soares de Oliveira e Ana Carolina Alfinito Vieira, pesquisadoras júnior da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil. Revisão de Marta Rodriguez de Assis Machado, Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil. O artigo foi publicado em *Stvdia Ivridica* 100, Ad Honorem 5, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. III, Coimbra, 2010, p. 821-858. Os dados bibliográficos constam conforme texto original.
2. Conforme Res. (77), 27 da Convenção Europeia de 1983; Recomendação (83), 7, de 23.06.1983; Recomendação (85) 11, de 28.06.1985; Recomendação (87), 18 de 17.09.1987; todas do Conselho de Europa; Recomendação (99), 19, de 15.09.1999 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa. Sobre a política criminal a seguir, documento com conclusões do Conselho de Europa (Tampere 15-16.10.1999); Documento elaborado pelos Ministros da Justiça dos Estados-membro da UE (Helsinsqui 07-08.04.2005).
3. Ver: ALMEIDA COSTA. Alguns princípios para um direito e processo penais europeus. *Revista Penal de Ciência Criminal*. 4 fasc. 2. p. 199, 1994.
4. Ver: FIGUEIREDO DIAS. Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 2. p. 194. abr.-jun. 2007. Como foi dito: "Es bueno aprender del ejemplo portugués, que después de disponer de un nuevo Código Penal emprendió la tarea de reformar en su totalidad el Código de Proceso Penal, con el mayor de los consensos posibles, con el control previo de constitucionalidad del Proyecto de Código; una labor reformadora que no se dejó atrapar por las corrientes modernas de simplificación procesal a ul-

ao delito, todas elas segundo princípios político-criminais que combinam a proporcionalidade entre o ato e a danosidade social, a subsidiariedade e a intervenção penal como *ultima ratio*, a celeridade e efetividade da administração de justiça, assim como aceita em seu cerne as fórmulas de consenso entre os sujeitos envolvidos pelo delito.[5]

Todas estas opções já existiam no sistema penal português desde a reforma do Código de Processo Penal aprovada pelo Dec.-lei 78, de 17.02.1987.[6] Este sistema penal, diferentemente de outros sistemas penais da Europa continental, conhece, desde então, variadas formas de resolução alternativa do conflito: a suspensão condicional ou suspensão provisória do processo (cf. arts. 281 e ss. do CPP), o arquivamento em caso de dispensa de pena (cf art. 280 do CPP), a atribuição de culpabilidade com dispensa de execução da pena (cf. art. 74 do CPP), e formas abreviadas de tramitação de processo penal: o processo sumário (cf. arts. 381 e ss. CPP), abreviado (cf. arts 391-A e ss. CPP) e sumaríssimo (cf. art. 392 e ss. CPP).

---

tranza, a cualquier coste, incluso sacrificando derechos y garantías fundamentales". Ver: RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Universidad Salamanca, 1997. p. 296.

5. Ver: GALAIN PALERMO. Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo. *Revista do Ministério Público*. n. 106. p. 57 e ss. Lisboa, abr.-jun. 2006; MIRANDA PEREIRA. Sanções e medidas de execução na comunidade. A importância dos relatórios socias e a reforma do Código de Processo Penal. Política criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 8. fasc. 3. p. 449. jul.-set. 1998.

6. Entre 21 e 23.03.2007 aconteceu na Universidade do Minho um colóquio para discutir os 20 anos de funcionamento deste novo Código de Processo Penal Português. O encontro serviu de homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Fiqueiredo Dias e denominou-se: "Que futuro para o direito processual penal?". Ali, pôde-se observar que a maioria dos participantes discordava de uma nova reforma do sistema processual penal, pois ela poderia ser considerada como um elemento estranho dentro da lógica que inspirava a reforma de 1987. Neste evento foi denunciada a marcha sem pausa em direção a um direito penal do autor (para alguns se trata, inclusive, de um direito penal para lutar contra inimigos), que abrevia etapas processuais, prescinde da relação de causalidade entre a ação e o resultado, baseia-se em meras omissões de atuação, permite negociações entre o Ministério Público e o presente responsável às costas do juiz, exige a compensação do injusto sem provar a culpabilidade, entre outras características alheias a um direito penal liberal e garantista. Ver: GALAIN PALERMO; MONTE FERREIRA; LOUREIRO. Portugiesisch-deutsches Kolloquium: Die Zukunft des Strafprozessrechts. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschfat* 120, 2008, Heft 3, p. 655 e ss.

Estas figuras penais têm ingressado no sistema jurídico português de um modo harmônico segundo uma política criminal coerente baseada na prevenção da lesão de bens jurídicos e que se diferencia dentro de uma escala proporcional de reações ao delito sem renunciar aos critérios de justiça (v.g. princípio da proporcionalidade) diante da busca de eficácia e celeridade. Dentro deste sistema coerente que legislativamente combina as instâncias de oportunidade e discernimento do Ministério Público com as exigências da legalidade e oficialidade do exercício da ação, também há lugar para soluções de consenso que dão participação à vítima ou ao ofendido pelo delito[7] e outorgam-lhe benefícios processuais.[8] E tudo isso regulado de tal forma que pode ser considerado um modelo a ser seguido.[9]

2. A condição de Estado-membro da União Europeia "obriga" à implementação de determinadas recomendações que representam um grande desafio para o legislador, que às vezes não percebe com clareza que a razão das mesmas já se encontra no cerne do sistema.[10] Isso pode ser dito com relação aos resultados do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 18-19.10.2001) que no nível da cooperação judicial e policial entre as diversas administrações de justiça nacionais, exigiu a criação de mecanismos de diversificação ou de solução alternativa dos conflitos sociais mais graves (cf. art. 69-E. 2, al. C,

7. Cf. Título III. Do arguido e do seu defensor. Arts. 57 a 67 do CPP.
8. Cf. Título IV. Do assistente. Arts. 68 a 84 do CPP.
9. Assim me manifestei em *Formas de consenso* cit., p. 43 e ss.
10. No sistema penal alemão, seguindo a Recomendação (85) 11 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa de 28.06.1985, a *Opferschutzgesetz* de 1986 tentou melhorar a situação processual da vítima, outorgando-lhe direitos processuais – ainda que não se tivesse constituído como querelante – a fim de facilitar a reparação do dano sofrido. Frente a esta norma, uma parte da doutrina, desde um ponto de vista mais conservador e reticente a uma supra-valorização do princípio da *igualdade de armas*, transmitido à relação entre *Täter* e *Opfer*, tem criticado o aumento dos direitos da última, sob o entendimento que os mesmos poderiam significar, em contrapartida, uma diminuição das garantias do acusado. Ver: SCHÜNEMANN. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflegen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1986. p. 198. Logo, a *Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleich* de 20.12.1999 (BGBl. 1999 I, 2491) implementou esta forma de mediação como uma condição ou instrução (regras ou injunções) para suspender condicionalmente o proceso (cf. § 153a Abs. 1 StPO, *Einstellung des Verfahrens* ou *sobreseimiento por allanamiento*, segundo recente terminologia utilizada por Roxin, ver: *Acerca de la evolución del derecho penal alemán*. Trad. Alejandro Kiss. Buenos Aires: Hammurabi (em vias de publicação). A discussão sobre este ponto continua atualmente, ver: JUNG. *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153a Abs. 1 StPO*. Hamburg: Dr. Kovac, 2008. p. 119 e ss.

TFUE). Entre estes mecanismos, a UE novamente insistiu[11] na implantação da mediação como forma alternativa de resolução do conflito penal, resultando na criação da Lei 21, de 12.06.2007,[12] a qual permitiu o ingresso da mediação ao interior do sistema processual penal português.

O legislador e a doutrina portuguesa concordam que por meio desta norma permite-se o ingresso ao sistema penal nacional do que a doutrina penal e criminológica denominam "justiça restaurativa", um modelo que quer romper com as decisões verticais dos conflitos.[13] Os defensores da justiça restaurativa pretendem uma devolução do conflito aos atores sociais, sem a participação dos operadores tradicionais da justiça penal, objetivo este que não tem sido corretamente interpretado pelo legislador português, que, com a implementação da mediação no sistema penal, somente prescindiu da figura do juiz.

3. Esta contribuição ao presente livro-homenagem pretende refletir sobre as distintas propostas consideradas sob égide da "justiça restaurativa", com o objetivo de determinar se as novas propostas de consenso [mediação, reparação] são parte de um modelo alternativo de resolução de conflitos distinto do processo penal, ou se, na verdade, trata-se de figuras complementares ao punitivo e devem, portanto, localizar-se dentro do sistema penal. A reflexão pretende também determinar a necessidade e oportunidade da adoção da instituição da mediação no sistema penal, do modo como foi implementada pela Lei 21/2007.

2. DIREITO PENAL E FORMAS DE CONSENSO: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O *CONTINENTAL* E O *COMMON LAW*

4. O desenvolvimento do direito penal liberal no sistema continental europeu, em particular da teoria da danosidade social, baseada na lesão a bens jurídicos, e da teoria da pena conduziu ao que os abolicionistas denominam "expropriação do conflito",[14] porque o direito penal não pode destinar-se à

11. Cf. nota de rodapé 3. Recentemente, Recomendação R (2006) 8, n. 13 de 14.06.2006.

12. Diário da República, 1.ª serie, n. 112, 12.06.2007.

13. Ver: DALY. Restorative justice. The real story. In: DECLAN ROCHE (ed.). *Restorative Justice*. London/Dartmouth: Ashgate, 2003. p. 57 e ss. No mesmo volume ZEHR; MIKA. *Fundamental concepts of restorative justice*. p. 54 e ss.

14. Quando o direito penal intervém o conflito politiza-se e burocratiza-se, uma vez que ele resolve os conflitos sociais como se fossem um problema técnico, privando-os de sua real conotação política e social. Ver: BARATTA. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). Trad. Beatriz Lenzi. *Derecho Penal*. año 10. n. 40. p. 644. oct.-dic. 1987. Na opinião de

resolução de conflitos privados, mas somente de conflitos sociais.[15] Neste sentido, a finalidade da pena, segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência, reside na prevenção por meio da repressão.[16]

O direito penal liberal do sistema continental monopolizou no Estado o poder de administrar a justiça, legitimando essa expropriação por meio do princípio da igualdade e da pretensão de eliminar qualquer vestígio de vingança privada. Para ele, as penas não podiam ser negociadas entre as partes envolvidas, nem se podia permitir nenhum tipo de acordo sobre a natureza ou o *quantum* do castigo. Nesta concepção de direito penal, as consequências jurídico-penais não podem surgir do consenso, mas de um juízo de reprovação proveniente da decisão de um terceiro imparcial, que procura cumprir com as expectativas gerais.[17] As expectativas gerais contemplam-se com a imposição de uma sanção

---

Christie, "lo que representa la más significativa pertenencia sustraída es el conflicto en sí mismo, y no los bienes originalmente arrebatados a la víctima, o a ella restituidos". Ver: CHRISTIE. Los conflictos como pertenencia. Trad. Bovino e Guariglia. *De los delitos y de las víctimas*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001. p. 169.

15. O sistema penal não pode orientar-se pelos indivíduos e, nesse sentido, Amelung diferencia entre o fim e a função da norma, considerando que a função do direito penal deve guardar relação com a proteção e restituição do sistema lesionado e não com (a reparação) do indivíduo. Ver: AMELUNG. *Rechtsgüterschtz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Atehnäum, 1972. p. 354 e ss. O dano social causado pelo delito pode afectar uma pessoa em particular, a qual tem a possibilidade de intervir no processo penal em defesa de seu interesse ou de seus direitos, mas é também uma dano que atenta contra a generalidade ao lesar o ordenamento jurídico. Este dano social provocado pelo delito e que interessa ao Direito Penal é aquele que diz respeito à generalidade e que não pode ser solucionado de forma privada, por um simple acordo de restituição ou de compensação entre o autor e a vítima. Idem, p. 368 e ss.

16. Ver por todos: ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Auf.* § 3. Rn. 3; BverfGE 45, p. 254 e ss.

17. Assim impõe a Constituição alemã no art. 92 da GG. O Direito penal deve solucionar um conflito social e tentar reduzir a complexidade do sistema. Para isso, as expectativas devem ser comuns e não individuais (do autor ou da vítima), permanentes ou válidas por longo tempo e objetivas (que sirvam para distintas situações e pessoas). Ver: LUHMANN. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp, 1983. p. 42. O cuidado das liberdades individuais ou a busca de consenso social não fazem parte dos objectivos do processo judicial, o qual se destina à legitimação do *status quo* e à perpetuação das relações de poder-comunicação que precisam de decisões eficazes e funcionais, e não podem surgir do consenso. Ver: TERRADILLOS. Criminalización. In: REYES (dir.). *Terminología científico-social*. Barcelona: PPU, 1988. p. 208. Luhmann nega a racionalidade comunicativa como base do consenso, vez que não há comunicação fora do sistema social, e os indivíduos encontram-se no entorno. Ver LUHMANN. *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*. 2. Wiesbaden: Auflage, Verlag für Sozialwissenschaften, 2005. p. 114. Sem embargo,

cuja execução busca satisfazer uma finalidade preventiva geral. Como consequência direta desta concepção de direito penal, como dissera outrora Binding, temos que as expectativas individuais (e as soluções de consenso, por exemplo mediação, reparação do dano) são consideradas como uma questão exclusiva do direito civil.[18]

5. Esta concepção do sistema penal da Europa continental, que separa taxativamente a compensação do dano à vítima das funções do direito penal não é pacífica, tampouco pode adquirir validade universal. Nos sistemas penais do *common law* e do Oriente Médio,[19] assim como nos sistemas consuetudinários de sociedades tribais[20] e de povos indígenas (inclusive da América Latina),[21] a reparação e outras formas de compensação da vítima pelo autor do delito seguem ocupando posição privilegiada no sistema de sanções.[22]

---

se a comunicação no processo é uma "comunicação dirigida e dominada unilateralmente", na qual nem todos os partícipes situam-se em posição similar, não há porque impedir, dentro do processo penal de um sistema democrático de Direito, etapas comunicativas que ofereçam maiores espaços de comunicação num sentido dialógico do que meramente impositivo. Ver: HASSEMER. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Muñoz Conde; Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 158 e ss.

18. Ver: BINDING. *Die Normen und ihre Übertretung*. 2. Aufl. Leipzig, 1890. p. 288.

19. As práticas de solução comunitária e compensatória dos conflitos não são propriedade exclusiva dos sistemas de *common law*, mas também moeda corrente nos sistemas tradicionais do Oriente Médio, ver: ALBRECHT; SIMON; REZAEI; ROHNE; KIZA (hrsg.). *Conflicts and conflicts resolution in middle eastern societies – between tradition and modernity*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

20. As primeiras manifestações da JR baseavam-se nas tradições de povos tribais da Nova Zelândia, Austrália, Canadá e EUA, para a resolução de seus conflitos sociais. Ver: RUDIN. Aboriginal justice and restorative justice. In: ELLIOTT; GORDON (eds.). *New directions in restorative justice. Issues, practice, evaluation*. Willan Publishing, 2005. p. 89 e ss.

21. Ver: BORJA GIMÉNEZ. Derecho penal y derecho indígena: Cuatro tesis. In: FLORES GIMÉNEZ (coord.). *Constitución y pluralismo jurídico*. Quito: Corporación, 2004. p. 111 e ss; Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. In: BERRAONDO (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos/Universidad de Deusto, 2006. p. 663 e ss; Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006*. Lima/Friburgo: Suiza, 2007. p. 101 e ss; TIFFER SOTOMAYOR. *Die Wiedergutmachung im Strafrecht der Lateinamerikanischen Länder im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland*. VII. Freiburg: Magisterarbeit/Rechtswissenschaft Fakultät Albert-Ludwig Universität Freiburg, 1989.

22. Na verdade, as formas de resolução dos conflitos são muito diversas e, não obstante, compartilham os mesmos fins reparadores e inclusivos não alheios a muitas socieda-

Hoje em dia, nos países pertencentes ao *common law*, diferentemente do que acontece com os países do sistema continental europeu, não se discute sobre a inclusão de formas consensuais de solução do conflito penal ou sobre a consideração da mediação e da reparação como instituições penais; o ponto principal refere-se à decisão sobre qual modelo de justiça elas integram.[23] A discussão atual no sistema do *common law* concentra-se em qual é o melhor modelo de justiça para abarcar as distintas propostas de reparação do dano.[24]

A doutrina diferencia, então, um *modelo retributivo*, chamado "Justiça Retributiva" (ao qual prefiro referir-me como *modelo tradicional* ou "Justiça Tradicional") e um *modelo restaurador*, a qual denominam "Justiça Restaurativa".

6. Esta discussão sobre dois modelos diferentes de fazer justiça não chegou aos países do sistema continental, nos quais as distintas propostas que exigem um papel de maior relevância do consenso (mediação) e da reparação no direito penal têm ingressado diretamente por meio do processo penal, sob o manto de legitimação dos interesses das vítimas,[25] que lhes outorga uma suposta orientação político-criminal. Não obstante, deve-se considerar que a transmissão de instituições do sistema de *common law* ao *continental law* requer uma discussão prévia, pois ambos os sistemas partem de premissas muito distintas.

---

des modernas. ZEHR. Evaluation and restorative justice principles. In: ELLIOTT; GORDON. Op. cit., p. 299.

23. A falta de uniformidade dos modelos restaurativos é de tal magnitude que eles sequer concordam acerca de uma definição de justiça restaurativa que seja validade para todos. Ainda hoje parece que a definição mais aceita é a que oferecera Tony Marshall in *The evolution of restorative justice in Britain*: *justiça restaurativa é um processo no qual acontecido um delito, todas as partes que tenham um interesse no mesmo, tentam de comum acordo uma solução coletiva em face das implicações futuras*. Vide: DALY. Op. cit., p. 58; ZEHR; MIKA. *Fundamental concepts of restorative justice* cit., p. 80. Para uma posição crítica: DIGNAN. *Understanding victims and restorative justice*. England: Open University, 2005. p. 3 e ss.

24. Entretanto, há quem desconfie das vantagens dos meios alternativos (*diversion*) para a vítima, que, ainda que a permita obter uma rápida reparação, por outro lado, a priva do direito a um processo judicial. "Whether they favour the interest of victims is more difficult to say since diversion deprives victims of their day in court (...)". Ver: ASHWORTH; ZEDNER. Defending the criminal law: reflections on the changing character of crime, Procedure, and Sanctions. *Criminal law and philosophy*. vol. 2, n. 1. p. 26, jan. 2008.

25. Sobre o redescobrimento da vítima e a "überraschende Konvergenz" ("surpreendente convergência") político-criminal dos partidários de distintas correntes penais e criminológicas, ver: SCHÖCH. Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. In: Nome do autor. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Heft 9, 1984. p. 385 e ss; SEELMANN. Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht. *Juristenzeitung*, 1989. p. 670.

Nos sistemas pertencentes ao *continental law*, o liberalismo político conseguiu construir uma justiça penal respeitosa de determinadas garantias e princípios irrenunciáveis de todos os cidadãos, dentro do que pode ser considerado como uma luta pela legalidade. Esta luta pela legalidade no direito penal *material* sustentava-se, precisamente, no princípio da legalidade, na culpabilidade pelo ato, na proporcionalidade entre o injusto e a pena e nas regras de dosimetria da pena. Já no direito penal *formal* deve-se mencionar os princípios da não retroatividade, *favor rei*, *in dubio pro reo*, *nemo tenetur*, entre outros, os quais pretendiam proteger o indivíduo das arbitrariedades do sistema.[26]

Nos sistemas de *common law*, por sua vez, o interesse não se concentrava em determinar critérios de justiça material ou formal, mas sim de economia processual, dentro do que podemos denominar uma luta pela obtenção de maior celeridade e eficácia.[27] Para isso, fazia-se necessário o sistema procedimental acusatório puro, no qual existiam partes verdadeiras enfrentadas processualmente, cujo poder de disposição sobre a essência do litígio e sobre as garantias e princípios permitia a negociação da solução mais conveniente pelas partes; dispunham, para tanto, do objeto do processo, aceitavam a culpabilidade sem prova em contrário, a colheita privada de provas, etc.[28] Ou seja, as diferenças entre ambos os sistemas eram substanciais: enquanto um centrava-se na legalidade, o outro fundava-se sobre fórmulas menos rígidas (que permitiam soluções do conflito com maior celeridade e custos mais baixos).[29]

---

26. Ver: SEELMANN. Op. cit., p. 670 e ss; ESER. Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen. *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 1007.

27. Ver: FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 3. ed. Trotta, 1998. p. 567, 570, 746 e 752.

28. Um sistema adversarial (entre partes) traz os mesmo inconvenientes que os processos privados nos quais a parte com maior poder aquisitivo obterá as melhores provas para sustentar sua posição. Deste modo, diante da inexistência de uma autoridade além das partes que dirija a investigação e a instrução anterior ao início do processo, a única consequência negativa deste sistema adversarial podem encontra-se nas enormes desigualdades que fatalmente ocorrem na prática para determinar o objeto do processo e a colheita das provas. Ver: BACHMAIER. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER (coord). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. p. 32 e ss.

29. Além deste objetivo utilitário, há quem opine na doutrina anglo-saxônica que o citado modelo é mais formal, custoso e consome muito mais tempo que a justiça dos modelos da Europa continental. Na opinião de Alschuler: "Como consecuen-

Filosófica e politicamente, os sistemas do *continental law* prendem-se aos princípios rígidos do Estado de Direito[30] e em suas autoridades democraticamente eleitas (os portadores da *vox communi*), enquanto os sistemas de *common law* depositam sua confiança principalmente nos indivíduos e nas estruturas sociais (a *vox citoyenne*).[31] Esta distinta opção filosófico-política serve para explicar porque, nos sistemas de *common law*, os modelos de *justiça restaurativa* e as ideias de justiça comunitária (entre vizinhos ou grupos)[32] têm maiores possibilidades de êxito.

Ademais, esta diferença de base ajuda a explicar o êxito da justiça restaurativa no mundo anglo-saxão, sempre disposto a encontrar a solução mais eco-

---

cia, nuestro sistema, supuestamente acusatorio depende cada vez más de la prueba de la culpabilidad a través de la boca del propio imputado, que lo que sucede en cualquier sistema europeo inquisitorial". Ver: ALSCHULER. *La historia acerca de la negociación*, p. 78.

30. Ver: WERLE. *Principles of International Criminal Law*. TMC Asser, 2005. p. 33.

31. A noção de controle social surge dos estudos sociológicos e criminológicos norte-americanos (ao passo que na Europa este conceito derivava do termo "Estado") que tem procurado "explicar a relação indivíduo-sociedade e legitimar o controle social, concretamente, como reação punitiva ao desvio. Nesta relação, depois da Revolução Francesa, tem-se confundido principalmente no âmbito continental a sociedade com o Estado". Ver: VARONA. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada: Comares, 1998. p. 446.

32. Ver: WALGRAVE. Restorative justice in comparison. In: WINTERDYK; CAO (ed.). *Lessons From International/Comparative Criminology/Criminal Justice*. Ontario: Sitter, 2004. p. 131. Não é de se surpreender que o trabalho em benefício da comunidade como sanção penal teve seu primeiro desenvolvimento nos sistemas do *common law*, exigindo o consentimento do ofensor para sua imposição. O "consentimento" é um elemento de primeira ordem tanto nas distintas formas de mediação, conciliação e transação como no trabalho em benefício da comunidade; é, também, o primeiro requisito do trabalho em benefício da comunidade, diferenciado-o do trabalho forçado. Ver: PRADEL. *Le consensualisme en droit pénal comparé*. Coimbra, 1988. p. 1. No sistema português, o trabalho em benefício da comunidade é um substituto da pena de multa (cf. art. 48 do CPP), e consiste em uma solução que permite substituir a reparação material quando, por motivos económicos, ela não pode ser realizada. Nestes casos, o autor pode solicitar expor tal situação ao magistrado para que sejam consideradas sua vontade de reparar e as circunstâncias que impediram sua consecução no plano material. A proposta de realizar este tipo de trabalho em benefício da comunidade existe no modelo italiano e no dos países baixos. Ver: PRADEL. Travail d'intérêt général et médiation pénale. Aspects historiques et comparatifs. In: MARY PHILIPPE (dir.). *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?* Bruxelles: Bruylant, 1997. p. 37.

nômica e próxima do comunitário. Sem embargo, não se pode afirmar que os sistemas do *continental law* não tenham tentado adotar princípios restaurativos similares, mas como assinala Walgrave, os sistemas do *continental law* sempre têm pretendido desenvolver estes princípios sem renunciar às instâncias formalizadas para administrar a justiça.[33]

7. Apesar das diferenças filosóficas e políticas advertidas, existem semelhanças político-criminais, vez que nenhum desses sistemas questiona que a prevenção e o controle social sejam as metas do direito penal. O sistema penal tem se tornado essencialmente preventivo; entretanto, deve-se ter em mente que a prevenção pode ser uma fonte de inspiração da política criminal, mas não pode ser a meta do direito penal. Como disse Hassemer, no sistema penal a prevenção não pode ser a meta a conquistar, porque ela pode servir somente como respaldo de uma reação justa ao delito.[34] Se a prevenção fosse a meta do direito penal, este somente alcançaria êxito destruindo seus próprios fundamentos.[35]

Uma política criminal racional deveria ser desenhada segundo as necessidades de reação diante do fenômeno do delito, respeitando as características essenciais do sistema penal.[36] Nesse sentido, a busca constante de alternativas para enfrentar os fenômenos criminais e de alternativas à privação de liberdade combina-se hoje com a busca de alternativas à pena como consequência jurídica do delito.[37]

A inflação normativa, a natureza e o número dos delitos e a burocratização dos processos de resolução que caracterizam a modernidade tardia têm provocado um renascimento da posição da vítima no processo penal e dos

33. Ver: WALGRAVE. *Restorative justice in comparison...* cit., p. 128.

34. Ver: HASSEMER. *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 277.

35. Idem, p. 279.

36. Também Schünemann sustenta que com a substituição do direito penal retributivo pelo direito penal preventivo desvirtuam-se as funções das instituições penais. Nesse sentido, na atualidade se "refuerza la posición procesal de poder de las autoridades de prevención penal (Ministerio Fiscal y policía) a costa de la posición del inculpado y su defensa, como también del juez, quien, si bien dicta la sentencia decisiva formalmente y hacia el exterior aún sobre la base del juicio oral, de facto actúa frecuentemente sólo como órgano de ejecución del Ministerio fiscal". Ver: SCHÜNEMANN. *La reforma del proceso penal*. Trad. Mariana Sacher. Cidade: Dyckinson, 2005. p. 43.

37. Ver: CARRANZA. *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besondere Berücksichtigung der Wiedergutmachung eine Rechtsvergleich mit Südamerika und Vorschläge zum Ausbau des südamerikanischen Sanktionensystems*. Aachen: Shaker, 1996. p. 125 e ss.

processos de administração e gestão (negociação), e este simples fato tem servido de legitimação aos meios alternativos de resolução do conflito.[38] Assim, a política criminal tem se orientado também às necessidades do ofendido pelo delito, procurando satisfazer, com a intervenção do sistema penal, aos interesses das vítimas diretas (e não somente das vítimas potenciais).[39] Nesse contexto de redirecionamento político-criminal são bem-vindos os mecanismos informais de resolução dos conflitos que permitam uma suposta orientação às necessidades da vítima sem renunciar, contudo, à função de prevenir e controlar a sociedade.[40] Deste modo, tanto a mediação entre o autor e a vítima como a reparação do dano legitimam-se discursivamente[41] por se tratarem de consequências jurídicas inclusivas[42] – autênticas instâncias de participação e

38. Ver: CERETTI. Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia. Criminologia.* vol. 3. p. 727, 731 e 733. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. Ceretti fala da "perdita di centralità della visione 'legicentrica' del diritto (che vuole, in base alla teoria classica della democrazia, la legge quale espressione della sovranità popolare e capace di assicurare il legame tra il ruolo del giudice e la democrazia) (...) In questa intricata matassa è senz` altro vero che il paradigma delle mediazioni preconizza una lógica di degiuridizzazione e di degiudiziarizzazione e una partecipazione attiva delle parti alla regolzione dei loro conflitti. Ed è altrettanto vero che con la mediazione si passa a risolvere i conflitti da un modello conflittuale (quello del proceso) ad uno più consensuale". Idem, p. 734, 739 e ss.

39. Observa-se que a lógica da política criminal actual, no que diz respeito às vítimas, consiste na limitação da função do direito penal à prevenção geral, a fim de impedir que a vítima potencial converta-se em vítima real. Vide: SILVA SÁNCHEZ. La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho Penal. *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis.* Caracas, 1998. t. 2, p. 403. Como consequência desta nova forma de intervenção penal, a vítima direta havia deixado de ser objeto de interesse do *direito penal moderno.* Ver: FERRAJOLI. Op. cit., p. 259.

40. Schünemann não encontra utilidade nas alternativas de consenso a que recorre o legislador alemão, porque com as anuências ou acordos processuais somente se "reemplaza la investigación de la verdad material a realizar en el juicio oral como base de la sentencia, por el consenso del participante. En otras palabras, mediante la sumisión del inculpado al marco de una sentencia acordada previamente, relativamente suave, o al menos presentada por el tribunal como relativamente suave". Vide: SCHÜNEMANN. *La reforma del proceso penal...* cit., p. 44.

41. Ver: CERETTI. Op. cit., p. 720 e 741.

42. Uma análise histórica dos meios de mediação, consenso e compensação entre os indivíduos após a comissão de um delito indica que eles não têm sido utilizados para obter uma aproximação ou (re) conciliação entre os indivíduos, a não ser para compensar e dar satisfação do dano causado ao clã (*Sippe*) ou a família do ofendido. A reparação servia para compensar o prestígio perdido pelo clã depois do delito e cons-

consenso dos "donos do conflito", que parecem cumprir com uma retração do Estado e com a exigência de "devolução do conflito" à sociedade.[43]

8. A revalorização da posição da vítima e a possibilidade de encontrar consensos, inclusive com a participação do autor, têm provocado mudanças fundamentais no processo penal em países do sistema continental europeu como Alemanha,[44] Itália,[45] Portugal, Holanda[46] e mudanças parciais na Espanha,[47] e

---

tituía uma espécie de recomposição do status quo. Isso demonstra que elas não nasceram com a finalidade de incluir as partes enfrentadas na resolução do conflito, mas sim para pôr fim ao conflito diretamente mediante uma compensação. Ver: STEFFEN. *Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und moderne Ausgestaltung*. Aachen: Shaker, 2005. p. 207.

43. Estas funções de retração do monopólio do Estado sobre a aplicação da força na solução dos conflitos sociais não implicam numa diminuição de sua função de controle social, a qual com auxílio de meios informais ou de "diversão" parece ver-se ampliada. Vide: BUTTIG. *Die Wiedergutmachung der Folgen einer Straftat*. Göttingen: Sierke, 2006. p. 243 e ss.

44. Ver: KILCHLING. The meaning of Victim/Offender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view. *Council of Europe Seminal on Mediation*. dec. 11-12. Tirana, 1996. Mediation as a method for conflict solving, Demo-Droit CR (97) 2, Strasbourg, 02.03.1997; SCHMITZ-GARDE. *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-) Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2006; TRANKLE. *Im Schatten des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

45. Ver: PICOTTI. Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penal sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazionei introduttive. In: PICOTTI; SPANGHER. *Verso una giustizia penale "Conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 137 e ss. Para especial atenção aos modelos de *patteggiamento*, ver; DI DEDDA. *Il consenso delle parti nel processo penale. I riti alternativi al dibattimento dopo la legge 12.6.2003 N. 134*. Milan: Cedam, 2003; *Il consenso delle parti nel processo penale*. Milan: Cedam, 2002.

46. Ver: LEEST. Restorative Justice in the Netherlands. *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender-Mediation and Restorative Justice*. vol. 4. mar. 2003. p. 03 e ss.

47. CABAÑAS GARCÍA. El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada. *Revista de Derecho Procesal*. n. 2. p. 233. 1991; ARMENTA DEU. La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal. *Revista del Poder Judicial*. 3.ª época. n. 58. p. 283. 2000 (II); NIETO. Informe España sobre mediación penal y justicia alternativa. *Revista Penal*. n. 15. p. 209. enero 2005.

também em países que pertencem ao mesmo sistema jurídico na América Latina como na Argentina,[48] Brasil,[49] Costa Rica[50] e Chile.[51]

Não restam dúvidas a respeito do *renascimento* ou *revalorização* das formas de consenso a que assistimos cumprindo funções dentro do direito penal; em alguns casos constituem-se, inclusive, em instituições que por si mesmas permitem pôr fim ao conflito penal. Sem embargo, o ingresso das formas de consenso tem dividido a doutrina entre os que defendem-nas como figuras do direito penal e quem sustenta que elas só podem ter lugar como um processo alternativo ao procedimento formalizado e distinto dele. Este processo informal denomina-se processo de "desvio", e nele pouco importa se o conflito dirime-se por exclusiva vontade das partes, por resolução homologatória do juiz competente ou, pior ainda, por exclusiva decisão do Ministério Público. Deste modo, o que no sistema de *common law* pode estar em sintonia com seus aspectos filosóficos ou políticos, no sistema do *continental law,* pode lesionar alguns princípios básicos do direito penal e do direito constitucional.[52]

---

48. Ver: HIGHTON; ÁLVAREZ; GREGORIO. *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 112 e ss. DEVOTO. *"Probation" e institutos análogos.* 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 178 e ss.

49. Nessa linha destaca-se a figura da transação no Direito Penal do Brasil: ainda que a vítima não intervenha na busca do consenso (quem o faz é o Ministério Público), o acordo exige necessariamente a homologação do juiz. Ver: LEAL. A Súmula 696 do STFe a proposta de suspensão condicional do processo criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.* n. 139. p. 10. São Paulo: IBCCrim, jun. 2004. Uma proposta de *lege ferenda*, SICA. *Justiça restaurativa e mediação penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 225 e ss.

50. Ver: MADRIGAL. Mediación penal y justicia alternativa. *Revista Penal.* n. 15. España: La Ley, enero 2005. p. 204 e ss.

51. Para o caso chileno, com relação às soluções de consenso assinalam-se lesões ao princípio de ampla defesa do imputado, direito ao juiz natural e a presunção de inocência. Vide: DEL RÍO FERRETI. El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho.* 35, 1, p. 160. 2008.

52. Isto já era denunciado por Figueiredo Dias. Para uma reforma global do processo penal português. *Para uma nova justiça penal.* Coimbra: Almedina, 1983. p. 235 e ss.

9. Como exigia a doutrina,[53] as formas de consenso têm ingressado por meio do processo penal sem uma discussão teórica prévia acerca de sua compatibilidade com o direito penal material. Hoje em dia, assistimos a um fenômeno muito peculiar que pode ser catalogado como uma virada do interesse do legislador em relação aos fins e garantia impostas ao processo penal. O procedimento penal é entendido tradicionalmente como uma ferramenta auxiliar e necessária do direito penal, como um meio de esclarecimento da verdade que serve para demonstrar a culpabilidade ou a inocência de um indivíduo em relação a um delito. Nos últimos tempos, as sucessivas reformas processuais têm modificado substancialmente a função do processo penal, primeiro, recriando suas etapas e, em seguida, desviando algumas delas a instâncias informais. E isso de tal forma que se poderia afirmar como finalidade atual perseguida pelo legislador justamente a não existência de processo penal (mesmo que isso não impeça algum outro modo de imputação ou uma renúncia a exercer um controle social).[54]

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA TRADICIONAL: MODELOS ALTERNATIVOS OU COMPLEMENTARES?

10. A justiça restaurativa é uma corrente de pensamento que pretende alterar nossas reações costumeiras frente ao delito. Ela divide-se em ramos tão diversos que é impossível englobá-la em um só conceito.[55] Não obstante, todos eles coincidem na necessidade de "desburocratizar a administração de justiça"

53. Ver: SCHÖCH. Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat. Zur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren. In: KAUFFMANN; MESTMÄCKER; ZACHER (hrsg.). *Festschrift für Maihofer zum 70. Geburtstag*. Frankfurt a.M: Kostermann, 1988. p. 479.

54. Esta situação de abandono da tradição liberal do sistema jurídico penal para adotar una concepção econômica do direito penal ou uma cultura de "managing crime" (*diversion, plea bargaining, summary trials*, etc.), derivada em parte das orientações do Conselho Europeu fez soar um alerta até mesmo para a doctrina anglo-saxã, que considera que esta mudança de perspectiva pode ser lesiva aos principios fundamentais como o da presunção de inocência, o direito de não autoincriminação ou o direito a um processo judicial. ASHWORTH; ZEDNER. Op. cit., p. 25 e 48. En suas palavras: "(...) managerialist techniques that sacrifice principle and values for effectiveness (where effectiveness is measured more by Speedy and economy than achieving justice)". Idem, p. 39 e s.

55. Há quem sustente que, diante da impossibilidade de definí-la em um só conceito, convém identificar a JR como oposição à JT, em vez de buscar definir o que ela realmente é. Ver: BRAITHWAITE. Restorative Justice: assessing optimistic and pes-

e habilitar instâncias de mediação sem renunciar à função de controle social.[56] Para isso, propõe-se a figura do mediador em lugar do juiz, pretendendo-se, desse modo, que a forma de dirimir o conflito seja "dirigido" por uma terceira pessoa carente de autoridade, que no pretenda impor una solução. O recurso a processos informais permitiria, além disso, que a elaboração dos conflitos se desse "in un clima che non enfatizza diritti e doveri".[57]

A justiça restaurativa motiva a participação dos membros da comunidade (parentes, amigos, vizinhos, líderes comunitários etc.) na resolução de um conflito entre indivíduos. Todas as distintas posições sobre justiça restaurativa têm uma visão comum diante do delito: uma ofensa contra indivíduos no lugar de uma ofensa contra a ordem jurídica.[58]

É, pois, mais que uma teoria sobre a justiça, uma vez que consiste também em uma teoria social,[59] a qual indica, em uma particular concepção de justiça, que os membros da comunidade exercem um papel fundamental de apoio e respaldo aos indivíduos confrontados pelo delito.[60]

Nos últimos anos tem sido produzido um intenso debate sobre a natureza da Justiça Restaurativa resultando, pois, em uma divisão de seus partidários

---

simistic accounts. In: M. TONRY (ed.). *Crime and Justice, a review of research*. vol. 25 1-17. Chicago/London: University of Chicago, 1999.

56. Segundo Johnstone; Van Ness: "its broad goal is to transform the way contemporary societies view and respond to crime and related forms of troublesome behaviour. More specifically, it seeks to replace our existing highly professionalized systems of punitive justice and control (and their analogues in other settings) with community-based reparative justice and moralizing social control". JOHNSTONE; VAN NESS. *The meaning of restorative justice*. In: _____; _____ (eds.). *Handbook of restorative justice*. USA/Canada: Willan Publishing, 2007. p. 5.

57. Ver: CERETTI. Op. cit., p. 721.

58. Segundo Zehr, "the justice requires, instead, that we ask questions such as these: who has been hurt? What do they need? Whose obligations and responsibilities are these? Who has a stake in this situation? What is the process that can involve the stakeholders in finding a solution? Restoration justice requires us to change not just our lenses but our questions". Ver: ZEHR. *The little book of restorative justice*. USA: Good Books, 2002. p. 63.

59. Ver: SCHWEIGERT. Moral and philosophical foundations of restorative justice. In: PERRY (ed.). *Repairing communities through restorative justice*. American Lanham/Maryland: Correctional Association, 2002. p. 34; GIL. Toward a "radical" paradigm of restorative justice. In: SULLIVAN; TIFFT (eds.). *Handbook of restorative justice. A global perspective*, London/New York: Routledge, 2006. p. 499.

60. Ver: VAN NESS; STRONG. *Restoring Justice*. Cincinnati: OH Anderson, 1997. p. 8.

em distintas correntes teóricas.[61] Pode-se distinguir, atualmente, entre aqueles que centram a atenção no processo de reação ao delito (participativo, inclusivo, negociado, mediado etc.),[62] os que concentram-se no resultado destes processos (acordo de reparação à vítima, reintegração de autor a comunidade, paz social, etc.),[63] e, por fim, autores radicais que pretendem uma nova forma de fazer justiça, baseada em valores[64] e princípios sociais e filosóficos[65] como um modelo social para solucionar conflitos (*peace-building process*).[66]

---

61. Ver: ZERNOVA; WRIGHT. Alternative visions of restorative justice. In: JOHNSTONE; VAN NESS (eds.). *Handbook of restorative justice*. USA: Willan Publishing, 2007. p. 91 ss.

62. Para os partidários da concepção dominante, conhecida como *encounter conception*, as partes devem ter a oportunidade de encontrar-se e decidir a solução que mais lhes satisfaça. "The restorative nature of that process is guided by values which constrain and guide the process and which help describe its desired results". JOHNSTONE; VAN NESS. The meaning of restorative justice. In: _____; _____ (eds.). Op. cit., p. 17. Segundo Luna, a JR é parte de um processo holístico baseado na comunicação entre todas as partes para resolver as causas e efeitos do delito. A concepção holística da JR não exclui os juízes e outros participantes da JT no processo de fazer justiça. Como foi dito: "The procedural conception of restorative justice is only part of a comprehensive strategy for a more holistic approach to punishment. As mentioned above, lawmakers and judges must also contribute to this endeavour, with the former defining crime and setting broad boundaries of punishment and the latter reviewing each proposed sanctioning plan against the backdrop of other cases and relevant normative concerns". Ver: LUNA. Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice. *Utah Law Review*, n. 1, p. 301. 2003.

63. A denominada *concepção reparadora* "is that the response to crime must seek to repair the harms resulting from crime. The restorative nature of that reparation is guided by principles which constrain and guide justice processes and outcomes designed to bring healing". Ver: JOHNSTONE; VAN NESS. The meaning of restorative justice. In: _____; _____ (eds.). Op. cit., p. 17.

64. Ver: BRAITHWAITE. Principles of Restorative Justice. In: VON HIRSCH; ROBERTS; BOTTOMS (eds.). *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconcilable paradigms?* Oxford/Portland: Hart, 2003. p. 8 e ss.

65. A *concepção transformadora* "is the restorative insight that fundamentally we are relational beings connected through intricate networks to others, to all humanity and to our environment. The restorative nature of those relationships is guided by a vision of transformation of people, structures and our very selves". JOHNSTONE; VAN NESS. The meaning of restorative justice. In: _____; _____ (eds.). Op. cit., p. 17. A JR é mais ampla que um procedimento criminal e pode ser considerada como um novo método para resolver um tipo de conflitos sociais distinto. Ver: GIL. Op. cit., p. 499.

66. Ver: ZERNOVA; WRIGHT. Alternative visions of restorative justice. In: JOHNSTONE; VAN NESS (eds.). Op. cit., p. 100. Estes autores argumentam que: "In restorative justice a

Como em todas as questões das Ciências Sociais, geralmente a sabedoria encontra-se no termo médio. Sendo assim, quem se encontra em posições ecléticas considera que a natureza da Justiça Restaurativa requer a conjunção de processos inclusivos de justiça (v.g. mediação, conciliação, transação etc.) que objetivem resultados de reparação e satisfação social (v.g. reparação do dano, prestação de serviços a comunidade etc.).[67] Em termos gerais, um processo restaurativo baseia-se em uma série de valores que devem estar presentes na consecução do acordo: *diálogo, vonluntariedade, reparação, reintegração, participação e inclusão.*

11. A Justiça Restaurativa (JR) deve romper com o paradigma da Justiça Tradicional (JT) – baseada na violência e na coerção – uma vez que seu objetivo é a inclusão no lugar da exclusão dos indivíduos.[68] Para alguns autores, a justiça tradicional concentra seu interesse no rito social do castigo daqueles que provocam danos, com o fim de evitar a vingança privada. Segundo Schweigert, a diferença entre a justiça tradicional e a justiça restaurativa reside no fato de que, enquanto na primeira a solução provém de uma decisão vertical de um terceiro imparcial, na segunda ela é produto de uma negociação ou acordo entre as partes envolvidas pelo conflito.[69]

---

conference could be compared with a small 'truth and reconciliation commission', where the background can be explored (...) As for the suggestion (above) that mediations or conferences could serve as 'small truth and reconciliation commissions', the findings of which could be reported to the 'authorities responsible for social policy', radical critics would be rather sceptical of the potential of such practices to bring about the changes which they considerer necessary and desirable for the success of restorative justice". Idem, p. 102 e ss.

67. Ver: WALGRAVE. Extending the Victim perspective towards a systemic restorative justice alternative. In: CRADFORD; GOODEY (eds.). *Integrating a victim perspective within criminal justice: International debates*. Aldershot: Ashgate, 2000. p. 253 e ss; Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a systemic approach. In: WALGRAVE (ed.). *Restorative justice and the law*. USA: Willan Publishing, 2002. p. 192.

68. Ver: JOHNSTONE; VAN NESS. The meaning of restorative justice. In: _____; _____ (eds.), Op. cit, p. 7.

69. Ver: SCHWEIGERT. Moral and philosophical foundations of restorative justice. In: PERRY (ed.). *Repairing communities through restorative justice*. Lanham/Maryland: American Correctional Association, 2002. p. 32. Hassemer, por sua vez, sustenta que o consenso que a justiça tradicional aceita é o consenso com as normas, seus mandamentos e decisões; não é, porém, um consenso dentro do procedimento penal. O sistema penal tende à busca das decisões mais justas e as instâncias de consenso não condizem com sua estrutura, pois estas pretendem somente reduzir as complexidades processuais

Entretanto, da práxis surge que a restituição ou compensação do dano configura o elemento básico dos acordos de justiça restaurativa, desempenhando uma função similar à exercida pelas condições (*injunções*) ou instruções (*regras de conduta*) em relação à *suspensão provisória do processo penal* nos níveis de criminalidade de média e baixa gravidade nos sistemas de justiça tradicional.[70]

Há uma opinião generalizada sobre o fato de que a restituição ou compensação do dano (responsabilidade civil *ex delicto*) compreende uma instituição diferente da reparação em sentido penal;[71] não somente porque se trata de uma obrigação civil proveniente de uma decisão judicial, mas também porque não cumpre as mesmas finalidades.[72] O que realmente importa aqui, contudo, não é que os processos de consenso impliquem geralmente em acordos de reparação (civil) do dano (ou em trabalhos em benefício da comunidade), e sim que nenhum deles serve como variável explicativa para diferenciar um modelo de justiça de outro, pois quaisquer destas consequências podem ser obtidas dentro do modo tradicional de fazer justiça.

12. A doutrina penal clássica considera que a reparação do dano social é levada a cabo unicamente por meio da individualização e do cumprimento de uma pena, enquanto a justiça restaurativa deseja romper com este paradigma de forma absoluta, a fim de impor em seu lugar exclusivamente instâncias de diálogo e acordos de reparação, que podem ir desde reparações materiais ou simbólicas até trabalhos em benefício da comunidade. Ademais, não precisaríamos deslocar a forma tradicional de fazer justiça para instâncias desformalizadas, se os mesmo objetivos pretendidos com a imposição e eventual execução de uma pena pudessem realizar-se por meio de algum *equivalente funcional* dela. Este equivalente funcional deve pôr fim ao conflito sem prejuízo dos fins da pena e da função do direito penal, com o objetivo de obter mais do que a negociação do ato contrário ao direito, isto é, com o objetivo de obter não só a *paz jurídica*, mas também a *paz social*.[73] A obtenção da paz

---

sem renunciar à imputação de um indivíduo como responsável. Ver: HASSEMER. Konsens im Strafprozeß. In: MICHALKE et al (hrsg.). *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*. Berlin: De Gruyter, 2008. p. 178.

70. Na Alemanha a demanda por mediação tem aumentado constantemente e lhe é outorgado um significado cada vez maior na resolução do conflito. SCHROTH. Der Täter-Opfer-Ausgleich. Eine Zwischenbilanz. In: MICHALKE et al (hrsg.). Op. cit., p. 684 e ss.

71. Ver: SCHWEIGERT. Moral and philosophical foundations of restorative justice. In: PERRY (ed.). Op. cit., p. 21.

72. Ver: JUNG. Op. cit., p. 196.

73. Ver: GALAIN PALERMO. Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal. *Revista Penal*. n. 20, p. 72. España: La Ley, jul. 2007.

social exige a pacificação entre o autor e a vítima, pacificação que pode refletir-se pela concretização de um acordo voluntário de reparação. Este é, pois, um objetivo compartilhado entre a forma de entendimento da justiça tradicional e da justiça restaurativa.

As formas de consenso como a mediação ou a reparação não são um componente exclusivo da justiça restaurativa, podendo ser úteis também para estender pontes entre os dois modelos de fazer justiça – o restaurativo e o tradicional – na medida em que qualquer destas formas de consenso serve para pôr fim ao conflito sem prejudicar os fins do direito penal. Apesar dos problemas que os partidários da justiça restaurativa têm para diferenciar direito e moral e para definir seu conceito (ou seja, em que consiste e para que classe de delitos ela é a melhor opção), ela não é (e nem pode ser) um modelo contraditório à justiça tradicional. Isso porque compartilha não somente das definições normativas da primeira, como também do objetivo de determinar a responsabilidade do autor (ainda que se trate da assunção voluntária da culpabilidade)[74] e das mesmas finalidades de reinserção (prevenção especial), de devolução da confiança no sistema[75] e reafirmação da norma[76] (prevenção geral positiva) e de proteção futura de bens jurídicos (prevenção geral negativa).

13. Quando se fala da função do direito penal e dos critérios para impor, dosar e executar as penas, a doutrina majoritária entende que a prevenção do delito é o fim a ser perseguido com a imposição e execução do castigo. Diz-

74. Utiliza-se na justiça restaurativa um outro conceito de presunção de inocência, pois a aceitação voluntária da autoria dos fatos é a premissa fundamental para participar de um procedimento de consenso e reparação da vítima. Ou, como dizem os partidários da justiça restaurativa: "Partiendo de la premisa de que el/la delincuente no niega los hechos de los que se le acusa y está de acuerdo en participar en una conferencia de justicia restauradora (...)". Vide: CID MOLINÉ. Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho penal. In: HEREDIA (ed.). *Medios alternativos de solución de controversias*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 11. Madrid: Univ. Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 2008. p. 162.

75. Nesse sentido: FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal. parte geral Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 60; MÜLLER-DIETZ. Integrationsprävention und Strafrecht. In: T. VOGLER (hrsg.). *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek*. Berlin, 1985. p. 823; HASSEMER. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. Trad. Miguel Ontiveros. México: Inacipe, 2003. p. 25.

76. Segundo Jakobs a pena não persegue fins preventivos, mas a confirmação do valor da norma como pauta de conduta para todos os cidadãos: "die Sanktion hat nicht einen Zweck, sondern ist selbst Zweckerreichung, sc. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft. Vide: JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2 Aufl. Berlin: Duncker & Humbolt, 1999. p. 106.

-se, também, que o direito penal deveria intervir somente quando o conflito não pudesse ser resolvido por outro meio.[77] Em vista disso, a principal função do direito penal limitar-se-ia à solução do conflito do modo menos violento, quando não existisse um meio mais adequado para isso.

Sendo assim, as formas de consenso (mediação, reparação) dentro do sistema penal deveriam reunir determinadas qualidades:

• em primeiro lugar, teriam de servir a finalidades de natureza social, transcender o ressarcimento do dano da vítima direta e contemplar a vítima potencial;

• em segundo lugar, deveria cumprir com a mesma função e finalidade da pena;

• e, por último, deveriam consistir num meio menos violento que a pena para pôr fim ao conflito.

Se as formas de consenso não cumprissem estas funções, não poderiam converter-se em soluções válidas para o sistema penal, ou ao menos não compreenderiam a única resposta ao delito.[78]

14. Os dois modelos de justiça referidos aqui não são alternativos, mas complementares e em ambos podemos considerar as formas de consenso como um direito das partes envolvidas e um meio eficaz para pôr fim ao conflito.[79] No caso da vítima, seu direito estende-se não somente a sua participação na resolução do conflito,[80] como também à possibilidade de obter um acordo de

77. Por todos, ver: FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal. Parte geral...* cit., p. 80 e ss.

78. Ver: GALAIN PALERMO. *La reparación como equivalente funcional de la pena*, no prelo.

79. Partindo de outra perspectiva, mas chegando a conclusões semelhantes, Cid Moliné: "En vez de concebir el paradigma proporcionalista como el principio básico para distribuir los castigos, parece una perspectiva más razonable plantear la rehabilitación del/a delincuente y los procedimientos de justicia restauradora como objetivos primarios y plantear la justicia penal proporcionalista como último recurso y como garantía en referencia a los anteriores sistemas". Ver: CID MOLINÉ. Op. cit., p. 165.

80. Não temos evidências de que a JR é a maior solução para as vítimas; às vezes, as vítimas consideram os programas de JR como uma estratégia que pretende somente a reabilitação do delinquente. Elas não acreditam que esses processos podem ser considerados um castigo. Facilitadores e mediadores geralmente evitam expressar uma desaprovação pública ou reprovação pelo mau comportamento dos autores e concentram-se, quase exclusivamente, na personalidade e no comportamento futuro deles. "Further finding which puts into question the centrality of victims within this restorative project is that over half of all interviewees thought that the main – or even the only- beneficiaries of the conferences were offenders". Ver: ZERNOVA. Aspirations

de uma solução de consenso, que justifica e legitima tudo, pois tais normas são aptas para alcançar a paz jurídica.[86] No entanto, este consenso é sempre relativo, pois o acordo de reparação que permite a discricionariedade do Ministério Público ou a exclusão da culpabilidade requer a aceitação do juiz e do suposto autor (e não a aceitação da vítima, a não ser no sistema português), ou seja, nesses dois casos trata-se de uma relativa solução de consenso.

O sistema português se inspira no fim último da JR e aceita uma solução fundada no consenso sem renunciar à intervenção judicial, ao passo que no sistema que inspirou o português (cf. § 153a StPO) o consenso se limita a uma "composição" ou "negociação" entre Ministério Público e o suposto autor.[87]

A suspensão provisória do processo do sistema português é uma solução muito próxima da mediação ou da conciliação, que atende às demandas de política criminal em relação à criminalidade de média e leve gravidade.[88] A figura descrita nos arts. 281 e ss. do CPP se vê livre de todas as críticas que a doutrina alemã faz ao § 153a StPO por não considerar a situação da vítima ao obter uma solução de consenso, nem para se opor à concessão da suspensão provisória do processo e tampouco para poder recorrer de tal solução.[89]

---

86. Ver: Hassemer. Konsens im Strafprozeß cit., p. 183, 186 e 188.

87. O § 153a StPO geralmente exige a conformidade do juiz, exceto quando se trata de delitos (*Verhegen*) que não estejam ameaçados no mínimo com uma pena de um mês (por exemplo, quando se trata de um delito simples, segundo o § 38 StGB, aqueles que não superem um mês de pena como mínimo) ou quando suas consequências são mínimas (por exemplo, se pretende excluir a possibilidade do descumprimento puro ou condicionado em ofensas ao patrimônio que excedam um determinado montante, como nos estados de Schleswig-Holstein, Niedersachsen e Hessen). Consequentemente, para que seja possível recorrer aos parágrafos 153 e 153a do StPO, o valor do dano ocasionado não pode superar 25 Euros. Ver: ELSNER; PETERS. The prosecution service function within the German Criminal Justice System. In: JEHLE; WADE (eds.). *Coping with overloaded criminal justice systems. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2006. p. 220 e 222. Esse limite não se aplica aos casos de violência doméstica no Estado de Niedersachsen (Alemanha), matéria em que se reconhece o interesse público na persecução do delito. Idem, p. 221, nota 18. Todas essas decisões de política criminal na persecução dos delitos segundo a lógica do princípio da oportunidade correspondem a cada um dos Estados (*Länder*) que compõem a República Federativa da Alemanha, pois a norma processual penal diz apenas que o limite para a suspensão provisória do processo se aplica aos delitos de até um ano de pena.

88. Note que é justamente neste tipo de delito que se produz um conflito pessoal entre o autor e a vítima, ao qual o sistema penal não soube dar uma satisfação apropriada por meio das penas.

89. Sobre a situação da vítima, ver: RIESS. Die Rechtsstellung des Verletzen im Strafverfahren. *Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag*, München: Beck'sche, 1984. p.

Quando se pretende legitimar este tipo de alternativa ao processo penal para a resolução de conflitos deve enfatizar-se a participação da vítima em uma instância processual que permita obter uma solução de consenso. O art. 281 do CPP concretizou o que em outros sistemas somente se discute no plano de *lege ferenda,* pois aqui as partes não são afastadas da solução do conflito e se modera a *subtração do conflito* pelas autoridades judiciais. Em relação ao ofendido pelo delito, esta solução se orienta pela satisfação dos interesses da vítima direta e também para os interesses da vítima potencial, pois se busca satisfazer às orientações da prevenção geral positiva ou integradora.[90]

16. Outro fato digno de destaque é a quantidade de delitos que podem ser suspensos, visto que se permite a suspensão do processo em casos de delitos com previsão de penas privativas de liberdade de até cinco anos ou casos de delitos que tenham sanção distinta da pena de prisão. Ou seja, o sistema português poderia ter encontrado uma solução promissora para o colapso da justiça penal com delitos decorrentes da pequena e média criminalidade[91] ao mesmo tempo em que admite a maioria das penas substitutivas à pena privativa de liberdade.[92] Dentre suas vantagens está o fato de que não se produz a estigmatização do autor que consente na realização de determinadas *regras ou injunções*[93] e, dentre suas desvantagens, cabe indicar que esta espécie de *reconhecimento da culpabilidade* e a "tarefa" compensatória do injusto ocorrem sob o amparo da presunção da inocência.

---

14 e ss; *Der Strafprozeß und der Verletzte –eine Zwischenbilanz*. Heft 5. Jura, 1987. p. 281 e ss., 290 e ss.

90. Ver: COSTA ANDRADE. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *Jornadas de direito processual penal. O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 350. Assim também entende a jurisprudência, ver caso 797/03.6 GBOAZ, Tribunal Judicial da Comarca de Oliveira de Azeméis, sentença 550/03, f. 41.

91. Das estatísticas disponíveis desde 1998, esta norma (existente desde 1995, com modificações) não havia sido muito aplicada, por diversos motivos, entre eles: o desconhecimento por parte das autoridades, o costume do trabalho burocrático dos funcionários do Ministério Público, o cumprimento de maiores formalidades que a simples dedução da acusação, a carência de meios. Todos eles foram refutados por Rui Do Carmo. em: O Ministério Público face à pequena e média criminalidade cit., p. 138 e ss.

92. Ver: MIRANDA RODRÍGUEZ. *Os processos sumário e sumaríssimo*. p. 538.

93. O processo penal português se encaminha em direcção a um sistema de penas substitutivas à pena de prisão para a pequena e média criminalidade. Ver: MIRANDA RODRIGUEZ. Op. cit., p. 538.

17. O sistema penal português não permite qualquer tipo de negociação processual, pois diferentemente do *plea-bargaining* anglo-saxão, em que se aceita a *guilty-plea* e de uma negociação que inclui desde benefícios formais até a disposição do próprio objeto do processo, os artigos 281.º e seguintes CPP não admitem nenhum tipo de acordo entre o Ministério Público e o arguido que não conte com a anuência do juiz competente.[94]

18. Na minha opinião, o único problema que ainda precisa ser resolvido no caso português é aquele referente à natureza jurídica das "regras e injunções" que podem ser aplicadas ao imputado que as consente em troca da suspensão provisória do processo penal. Em geral, as normas processuais que visam dotar o processo penal de velocidade e de consenso (cf. art. 281.º do CPP) ou aquelas destinadas a desviar o acordo do processo penal (cf. § 153a StPO) buscam o descongestionamento do Judiciário e a agilização da justiça. Estas são características próprias dos processos sumários e sumaríssimos que geralmente tratam da pequena e média criminalidade e que têm o pesado fardo de equilibrar os interesses de celeridade processual sem deixar de obter o efeito de prevenção geral positiva ou integradora. E esta parece ser a razão pela qual a jurisprudência os relaciona com a imposição de "medidas" penais "aceitas" por seu destinatário, que tendem a ser executadas.[95] Somente desta maneira é possível interpretar-se a compensação do injusto por meio de *regras* e *injunções* que admita a suspensão provisória do processo e o posterior encerramento definitivo do processo. Deste modo, na prática não se trataria de meras "regras ou injunções", *mas sim de* "sanções" *consentidas por seu destinatário.*

19. Quanto à reparação como *regra* ou *injunção,* ela aparece como a primeira possibilidade que pode ser imposta ao suposto culpado caso seja aceita a proposta do Ministério Público de suspensão provisória do processo.[96] Em comparação

94. Assim determinou o Tribunal Constitucional quanto ao necessário controle judicial de qualquer tipo de acordo que ponha fim ao processo. Ver: RODRÍGUEZ GARCÍA. *La justicia penal negociada* cit., p. 283.

95. Diz a sentença 550/03 do caso 797/03: "resulta do exposto que se mostram preenchidos todos os requisitos previstos no citado art. 281.º do Código do Processo Penal para que se decida pela suspensão provisória do presente processo, sendo ainda certo que se trata, a nosso ver, de uma medida razoável e adequada ao caso". Ver f. 42. No caso 525/01 se indica: "Pelo que, entendo que o cumprimento das injunções e regras de conduta que forem aplicadas ao arguido na suspensão do processo serão suficientes para satisfazer as necessidades de prevenção, que são neste caso escassas". Ver f. 30.

96. Diz o art. 281.2 do CPP: "São oponíveis ao arguido as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c)

com o sistema penal alemão, fica difícil não associar o art. 281.º do CPP ao AE-WGM de 1992,[97] porque este tem ido além da solução alemã do § 153a StPO, em decorrência do leque de delitos que aceita e da possibilidade que fica aberta de se chegar a uma mediação ou a uma conciliação entre as partes.[98]

O maior problema trazido à doutrina penal pela decisão do legislador português se relaciona com a presunção de inocência do indivíduo que aceita voluntariamente realizar determinadas tarefas de reparação ou cumprir determinadas condições ou regras de conduta, sem que haja uma prévia declaração de culpabilidade. Lamentavelmente, por questões de extensão, este problema só pode aqui ser mencionado.[99]

20. Deve ser elogiada a proposta do Código de Processo Penal português, visto que o art. 281.º permite ao Ministério Público, com o consentimento do juiz competente, propor uma solução reparatória que deve contar com a aprovação do arguido, e sobre a qual pode opinar a vítima, possibilitando a suspensão do processo até que se cumpra a condição pactuada. Desta forma, não apenas o processo penal mas também a pena podem ser substituídos por uma solução de consenso.

Certamente, os arts. 281.º e 282.º do CPP português constituem uma solução processual que poderia ser chamada de *terceira via* penal,[100] demonstrando

---

Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia; d) Não exercer determinadas profissões; e) Não frequentar certos meios ou lugares; f) Não residir em certos lugares ou regiões; g) Não acompanhar, alojar o receber certas pessoas; h) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; i) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso".

97. Ver: BAUMANN. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer*. München: Beck, 1992; SCHÖCH. Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. *Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12.* April 1992 in Bonn, 1993.

98. O mesmo Figueiredo Dias aceita que a norma portuguesa se inspirou no § 153a StPO e na inclusão do princípio da oportunidade. Ver: FIGUEIREDO DIAS. Para uma reforma global do processo penal português. *Para uma nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 189 e ss.

99. Ver: GALAIN PALERMO. *Suspensión del proceso y tercera vía*... cit., p. 71; Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?, *Sistema Penal*. n. 2, p. 65. México: Ubijus, abr.-jun. 2008; em extenso, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, no prelo.

100. Por todos, ver: ROXIN. Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem. In: BADURA; SCHOLZ (hrsg.). *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. München, 1993. p. 48 e ss.

que não era necessário legislar sobre uma nova instância de consenso para responder às exigências da União Europeia pela implementação de novas formas alternativas de resolução de conflitos penais.

5. A MEDIAÇÃO NO SISTEMA PENAL PORTUGUÊS: A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA PENAL SEM JUÍZES

21. Entre 2006 e 2007 a mediação se estabeleceu em várias áreas do direito português (v.g. direito de família, direito laboral, direito penal) e isso é um indicador de que no futuro ocupará um papel importante em todo o sistema jurídico de Portugal.[101] A mediação é um processo informal e voluntário no qual as partes confrontadas pelo delito buscam chegar a um acordo de reparação com a ajuda de um terceiro imparcial que não possui o poder de resolver o conflito.[102] Este acordo informal instituído como uma estratégia trilateral de controle social pode ser de tipo compensatório (quando aspira à reparação do dano) ou conciliatório (quando também visa à recomposição das relações interpessoais).[103]

Isto indica que todos os processos de mediação procuram fundamentalmente concretizar um acordo de reparação que vá além da responsabilidade civil (cf. art. 4.1).[104] Com o acordo se busca a reparação da vítima e a ressocialização do autor por meio de um processo com participação comunitária, que de algum modo compromete e engaja membros distintos da sociedade tanto na resolução do conflito, quanto na execução do acordo e no desenvolvimento das relações pessoais entre o autor e a vítima.

A mediação não pretende resolver o conflito, mas antes elaborar o conflito e, por isso, utiliza a lei como "ponto de referência" para aproximar as pessoas, recorrendo a ela a partir de uma dimensão metafórica.[105] Esta consideração

101. Para alguns, este importante papel da mediação começou com a Lei dos Julgados de Paz, n. 78/2001, que delineou muitas das características atuais deste tipo de solução de conflitos. Ver: SCHMIDT. Mediation in Portugal. In: HOPT; STEFFEK (hrsgs.). *Mediation. Rechtstatsachen, Rechtvergleich, Regelungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 833 e s.

102. Ver: BEMMANN. Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht. *Juristische Rundschau*. Heft 6, p. 227. 2003. A mediação não é totalmente informal pois tem seus próprios princípios, técnicas e estruturação em fases. Ver, por todos: VARONA. Op. cit., p. 179.

103. Idem, p. 445.

104. Ver: GORDILLO SANTANA. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007. p. 369.

105. Ver: CERETTI. Op. cit., p. 718 e ss.

acerca da mediação (que não resolve mas elabora o conflito) só é compatível com o sistema penal em sua dimensão simbólica, pois ela inverte a finalidade de política criminal do direito penal formalizado, que se legitima unicamente enquanto atua em *ultima ratio* para a solução dos conflitos sociais mais graves e não como meio para alcançar em todos os casos e em *prima ratio* a paz social (cf. art. 4.1).

22. A Lei 17/2006 trouxe a necessidade de criar no sistema penal português novos caminhos em direção a uma justiça de tipo restaurador por meio da figura da mediação. Político-criminalmente, a mediação deveria ter prioridade frente à pena como forma de resolver o conflito penal (cf. art. 12.1g) nas situações em que ela for admissível (cf. art. 11). Esta política criminal de tipo restaurador se cristalizou na Lei 21/2007, que instaurou a mediação dentro do sistema penal para delitos perseguidos em ação privada, delitos contra as pessoas ou delitos contra o patrimônio (cf. art. 1); ou seja, o leque de delitos que se pretendeu abarcar com esta "nova política criminal" é ainda mais limitada que aquele que já admitia a suspensão provisória do processo (delitos cuja pena não pode superar o limite de 5 anos). O que não é explicado na lei é qual seria a finalidade da mediação, além da concretização de um acordo de reparação entre o suposto autor e a vítima.

23. A mediação enquanto instância informalizada ou de desvio não é regida pelos princípios e garantias do processo penal, e neste sentido pode chegar a lesar alguns princípios básicos que orientam o sistema jurídico de Portugal. Em primeiro lugar, com todos os mecanismos processuais diversos de tramitação com os quais conta o sistema penal português para a resolução do conflito, pode-se sustentar que o princípio da legalidade já não é mais a regra exigida pela Constituição,[106] mas pode chegar a se converter em exceção, se os critérios para utilização prática desses mecanismos não forem especificados.[107]

A doutrina também anuncia uma possível lesão ao princípio da oficialidade.[108] O Ministério Público pode suspender a tramitação do processo para

106. Antes que o princípio da legalidade tivesse status constitucional (cf. art. 219), o Prof. Figueiredo Dias o considerava um derivado dos princípios constitucionais que embaçam o Estado de Direito. Ver: FIGUEIREDO DIAS. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 128.

107. De similar opinião: CONDE CORREIA. O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal. *Revista do Ministério Público*. n. 11. p. 60. out.-dez. 2007.

108. Ver: SANTOS. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal "de adultos" em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 16, 1, p. 111. jan.-mar. 2006.

enviá-lo a um procedimento de mediação e esta decisão não é suscetível de impugnação e nem de controle por parte do juiz de instrução (que a lei literalmente faz desaparecer do processo de resolução do conflito). Em todo caso, em um sistema penal onde o Ministério Público tem a chave da persecução ou da discricionariedade não é equivocado que ele possa também utilizar-se do desvio de um processo formal para um informal (cf. art. 3.1). Mas não se entende como a lei outorga ao Ministério Público (cf. art. 5.5) o poder de extinguir um conflito penal (que previamente foi "informalizado" e devolvido às partes) quando o juiz é o único funcionário da administração da justiça que tem o poder de proferir uma sentença (mesmo que se trate de uma disposição de homologar um acordo entre as partes que se enfrentam em razão de um delito) e quando é o juiz quem tem a obrigação de ponderar que qualquer consequência jurídico-penal deve cumprir com o princípio da proporcionalidade e os fins da pena.

24. Mas, além disso, o procedimento que "terminaria" com a homologação do acordo de mediação logo pode ser "reaberto" por meio de uma "renovação do direito de queixa" (cf. art. 5.4), caso ocorra o descumprimento dos termos do acordo. Tal circunstância não significa um ponto final que extingue a punibilidade e causa incerteza jurídica (em todos os casos, a extinção da punibilidade deveria ficar em suspenso até o cumprimento efetivo do acordo de mediação).

25. No que diz respeito aos delitos privados que não têm pena prevista maior do que 5 anos, não haveria maiores problemas em assumir que quando se produz um acordo de mediação a vítima desiste da ação e assim pode considerar-se terminado o conflito (cf. art. 5.4). No entanto, fica a dúvida sobre como pode a desistência da ação privada interromper a persecução penal em casos de crimes semipúblicos cometidos contra pessoas ou contra o patrimônio (cf. art. 2). O acordo entre as partes obriga o Ministério Público à suspensão provisória do processo até o cumprimento do acordo, o que significa que mesmo em caso de delitos semi-públicos (não privados) as partes (autor e vítima) teriam o poder de suspender o processo penal. E, definitivamente, seriam elas que teriam o poder de decidir por si mesmas se o acordo alcançado cumpre com os objetivos de prevenção que competem ao direito penal.[109]

109. Com opinião semelhante: SANTOS. Op. cit., p. 111. No art. 6.5 se estabelece que "a assinatura do acordo equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido", lho que se explica em casos de crimes particulares em sentido amplio, pêro no para lhos crimines públicos. De todas formas, frente ao incumprimento dei acordo ele ofendido deverá renovar lha queixa y continuar com

26. No processo de mediação também poderia estar em perigo o principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que recomenda que o autor participe da mediação assessorado por um advogado.[110]

27. A mediação lesa o princípio processual de igual consideração das partes no processo (*Gleichbehandlungprinzip*) pois o autor e a vítima não chegam às instâncias de diálogo em condição de testemunhas ou em qualquer outra condição que denote neutralidade. As partes são instadas por decisão do Ministério Público a buscar o consenso sob o rótulo de *autor* e *vítima*, o que também poderia ser lesivo ao princípio da presunção da inocência.[111]

Por outro lado, é difícil compreender como alguém que tem que ser em todo momento considerado inocente pode chegar a um acordo de reparação, sob a condição de *assumir* a compensação de um delito que possivelmente não cometeu. Esta situação não pode evitar a realização de acordos sobre falsas *confissões* para evitar uma possível pena[112] deixando sem argumento aqueles que defendem os processos de mediação como sendo a melhor forma de alcançar a paz social.

28. Caso a mediação não chegue a se concretizar, a lei exige que o processo penal retome seu curso com uma proibição de usar como prova toda manifestação do autor durante o processo frustrado de reconciliação com a vítima (cf. art. 4.5). Os defensores da mediação como meio alternativo de "elaboração" do conflito sustentam que a mediação contempla a "confidencialidade das discussões ocorridas nas sessões de mediação, as quais só podem ser reveladas

---

ele processo, lho que a judicio desta autora parece una solução "excessivamente rebuscada e original sem que nada o justifique". Idem, p. 112. Em relação a problemas processuais por mudança de qualificação dos delitos, por exemplo, de uma qualificação inicial de semi-públicos para públicos e vice-versa, em relação aos prazos de caducidade, ver: LAMAS LEITE. *Mediação penal de adultos. Um novo "paradigma" de justiça? Análise crítica da Lei 21/2007, de 12 de junho*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 57 e ss.

110. Ver: BUTTIG. Op. cit., p. 295 e 300 e ss.

111. Para evitar qualquer contradição com o princípio da inocência, há autores que exigem a necessária intervenção do juiz penal para comprovar a culpabilidade do autor quando houver no caso concreto uma confissão que requer o conhecimento e a declaração de culpabilidade pelo juiz. Ver: KONDZIELA. Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldvermutung. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. p. 187 e ss. 1989. Ver também: LAMPE. *Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?, Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg, 1993. p. 490 e ss.

112. Ver: BEMMANN. *Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht* cit., p. 229.

em juízo com a concordância do ofensor e da vítima, ante a possibilidade de viabilizar uma resposta penal mais benéfica".[113] No entanto, quando a mediação não tem êxito e o processo penal deve prosseguir, a situação processual do autor fica claramente prejudicada, pois tudo aquilo que foi revelado na "instância informal" poderia ser trazido para o processo diretamente pela vítima na audiência oral.[114]

29. No modelo de mediação que se propõe em Portugal o juiz não tem nenhuma função[115] e somente o Ministério Público, a vítima e o acusado podem intervir. É o Ministério Público quem dá impulso ao procedimento e logo põe um fim ao conflito, fato que pode constituir uma grave lesão ao princípio constitucional do juiz natural, uma vez que é o Ministério Público (e não o juiz)[116] que "está no princípio e no fim da mediação penal".[117]

30. Sob o império da legalidade o Tribunal é o destinatário natural da política criminal, que tem a delicada tarefa de "fazer justiça" aplicando no caso concreto aquilo que o legislador modelou por meio das normas. Apesar deste *desideratum*, as últimas reformas do sistema penal em Portugal indicam que a atual política criminal prescinde dos fins tradicionais da "justiça penal" para se concentrar na "administração do penal". Nesse sentido, torna-se disfuncional não somente qualquer finalidade de ressocialização de cidadãos que cometeram infrações,[118] mas também qualquer função do juiz que busque a satisfação dos fins do direito penal.[119]

---

113. Ver: SICA. *Justiça restaurativa e mediação penal* cit., p. 132.

114. Com opinião semelhante: BUTTIG. *Die Wiedergutmachung* cit., p. 298.

115. O juiz nem sequer tem a possibilidade de controlar se houve a livre disposição da vontade das partes no momento do acordo e tampouco pode homologar o acordo das partes. Por esta razão, este acordo não pode ser considerado um título executivo, como acontece no Direito do Trabalho. Ver: SCHMIDT. *Mediation in Portugal* cit., p. 832 e s.

116. Em um trabalho anterior eu havia me pronunciado sobre a possibilidade de admitir a mediação dentro do processo sob a direção do juiz. Ver: GALAIN PALERMO. *Formas de consenso...* cit., p. 79 e s.

117. Ver: CONDE CORREIA. *O papel do Ministério Público...* cit., p. 58.

118. Deve-se ter em mente que a ressocialização continua sendo o fim essencial do "processo" de mediação entre o autor e a vítima. Ver, por todos: BEMMANN. Op. cit., p. 228.

119. Diz-se que: "A tentativa de separar as águas entre Tribunal e política criminal não pode, assim, deixar de suscitar perplexidade (...) A verdade é que a política criminal constitui uma irredutível categoria transcendental de toda a decisão do tribunal criminal. Ao decidir do se, do como e do quanto duma condenação penal, o Tribunal

A nova política criminal em Portugal indica que os fins do direito penal são agora uma questão a ser determinada pelo Ministério Público, dentro de um sistema penal sem juízes que se orienta pela resolução mais rápida e efetiva de determinados conflitos penais.[120]

6. CONCLUSÃO

31. A JR e a mediação não constituem sistemas novos de administrar a justiça penal, mas guardam relação com o controle social comunitário que sempre orientou o espírito dos sistemas tradicionais de justiça (sejam de *common law*, *continental law* ou dos sistemas consuetudinários de justiça).

32. Com a mediação que pretende alcançar um acordo de reparação busca-se ressocializar o autor e dar satisfação à vitima por meio de um processo com participação comunitária (mediador) que de algum modo compromete e envolve distintos membros da sociedade não apenas na resolução do conflito mas também na execução do acordo e no prosseguimento das relações interpessoais entre o autor e a vítima. Deste modo, se inverte o fim político-criminal que tem o direito penal formalizado, que se legitima unicamente enquanto atua em *ultima ratio* e de modo fragmentado para a solução de conflitos sociais mais graves (não para obter a paz social entre as partes enfrentadas pelo delito).[121]

33. Esta expansão informal do controle social e das tarefas de resolução de conflitos e posterior acompanhamento (que são próprias do Estado e de suas instâncias de controle) significam um aumento injustificado do poder de disposição do objeto do procedimento penal e um possível enfraquecimento dos princípios e garantias que protegem todos os cidadãos frente à suspeita do cometimento de um delito. Por isso, sempre é preferível a integração das formas

---

cumpre a lei, dando expressão aos desígnios de política criminal (...) em todos os preceitos legais convocados para a solução do caso". Ver: DA COSTA ANDRADE. Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei 17/2006, de 23 de maio). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. n. 3938. p. 275. Coimbra: Coimbra Ed., maio-jun., 2006.

120. Idem, p. 266 e ss. Este autor fala de "um projecto de política criminal exclusivamente virado para a actuação do Ministério Público e das polícias criminais". Idem, p. 268.

121. A obtenção da paz social vai para além dos fins que actualmente se reconhecem às penas. Mas se ela pudesse ser obtida mediante acordos de reparação, então a reparação que possa cumprir os fins da sanção seria preferível à pena. Ver sobre este ponto: GALAIN PALERMO. *La reparación como equivalente funcional de la pena*. (no prelo).

de consenso no procedimento tradicional de administração da justiça penal[122] e a vigência do princípio de intervenção penal em *ultima ratio*.

34. No âmbito das soluções de consenso e no contexto de se dar maior atenção às necessidades da vítima dentro no sistema penal, o sistema penal português não necessitaria da implementação de novas normas ou instituições,[123] mas também de uma mudança de mentalidade dos operadores do sistema de justiça penal.[124] Para serem efetivas, estas soluções de consenso requerem uma mudança de mentalidade nos valores comuns para buscar a paz social no mo-

---

122. Este tipo de proposta é considerado como "híbrido", uma vez que todos os objetivos da JR e da JT se aproximam e se ligam em um mesmo sistema. Ver: VAN NESS. Creating restorative systems. In: WALGRAVE (ed). *Restorative justice and the law*. USA: Willan Publishing, 2002. p. 145.

123. Em minha opinião as soluções de consenso devem situar-se dentro do direito penal segundo a seguinte proposta: não há problema em abandonar o modo tradicional de administrar a justiça penal se dentro do processo penal se pode conquistar uma maior participação da vítima e do autor na resolução do conflito, e se se favorece dentro do processo penal a possibilidade de fazer acordos de reparação dos quais a vítima também participa (cf. art. 281 e ss do CPP). Ver em extenso: GALAIN PALERMO. *La reparación como equivalente funcional de la pena*, no prelo.

124. No caso alemão, a partir da *Opferschutzgesetz* implementada em 1986 os esforços centraram-se em impulsionar o *Adhäsionsverfahren* (cf. §§ 403 406c StPO, o equivalente no Direito Português ao processo de adesão da ação civil à ação penal regulado pelos artigos 71 e ss do CPP) para oferecer maiores possibilidades de participação à vítima no processo penal. No entanto, segundo a doutrina alemã, os esforços não tiveram êxito pelo fato de estar tão arraigada nos operadores da justiça penal a histórica separação entre a sede penal e a civil para a *Entschädigung des Verletzten* ou indenização do danos. Ver: SCHÜNEMANN. *Zur Stellung*... cit., p. 193 e ss; WEIGEND. Das Opferschutzgesetz-kleine Schritte zu welchem Ziel?. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1.170 e ss. 1987; RIE ; HILGER. Das neue Strafverfahrensrecht-Opferschtzgesetz und Strafverfahren-sänderungsgesetz 1987. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. p. 145 e ss. 1987 BANNENBERG; UHLMANN. Die Konzeption des Täter-Opfer-Ausgleichs in Wissenschaft und Kriminalpolitik. *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven*. p. 27. Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1998. O parágrafo 403 StPO outorga à vítima a faculdade de exercício no processo penal da ação civil derivada do delito como forma de resolver determinadas pretensões de tipo civil no juízo penal (fundadas em normas civis), com base no princípio da economia processual. No entanto, ocorre que o processo por adesão praticamente não é utilizado na Alemanha, tendo se convertido num conceito puramente teórico. Ver: ROXIN. Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem. In: BADURA; SCHOLZ (hrsg). *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. München, 1993. p. 302; RIESS. Der Strafprozeß und der Verletzte –eine Zwischenbilanz. *Jura*. Berlin/New York: DeGruyter. 1987. p. 283.

mento da solução de conflitos, mas essa não é a função do direito penal. Ao incluir a mediação no sistema penal, o legislador português não pretendeu modificar os valores sociais e nem a função do direito penal, mas antes buscar uma gestão administrativa mais rápida e eficaz que esteja nas mãos do Ministério Público e não na dos juízes. Neste sentido, a mediação se transformará em mera gestão porque ela "fracassa ao não alterar a justiça tradicional".[125]

35. Esta nova orientação político-criminal que prescinde dos juízes exige mais que nunca um compromisso social do Ministério Público. Como reclama Figueredo Dias, enquanto sua "magistratura" não seja totalmente independente da "política criminal defendida pelos órgãos de soberania", estará cada vez mais obrigado a prestar contas à comunidade em relação à política criminal escolhida.[126]

36. A partir de uma comparação entre os objetivos e funções da JR e da JT em relação à possibilidade de se ter acesso às instâncias de consenso na administração da justiça penal, é possível afirmar que:

• Há um consenso quase unânime de que a integração da vítima no processo de resolução de conflitos é um objetivo da JR;

• Também é quase consensual que por meio desse processo deve-se obter como resultado um acordo de reparação;

• Por sua vez, não se discute se a resolução do conflito deve se dar por meio do consenso, e, portanto, se o autor deve ser integrado no dito processo, buscando-se, desta forma, uma melhor prevenção do delito.

• Do mesmo modo, exige-se que o autor assuma voluntariamente sua responsabilidade pelo fato cometido.

Pois bem, todos estes são objetivos da JR que também podem ser buscados numa JT como a que existe em Portugal a partir de seu Código Penal de 1987, sem necessidade de desformalizar as instâncias processuais e nem prescindir da sentença de homologação judicial (agora homologação do Ministério Público). Deste modo, a mediação (ou a reparação) pode ocupar um lugar como uma consequência jurídico-penal,[127] sem a necessidade de

125. Ver: VARONA. Op. cit., p. 455.

126. Ver: FIGUEIREDO DIAS. *Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade...* cit., p. 193 e 199.

127. Das pesquisas criminológicas podem ser deduzidas duas conclusões de interesse que deveriam ser consideradas pelo legislador no momento de conceber a necessidade ou oportunidade de introduzir a mediação como uma sanção penal ou como

abandonar os fins, princípios e garantias que o direito penal assegura, dentre eles, a participação necessária do juiz para resolver o conflito da forma mais "justa".[128]

37. Se se pretendia justificar a introdução da mediação no sistema penal de Portugal nas diretivas ou recomendações da União Europeia, estas reflexões podem servir para sustentar que não havia necessidade de introduzir em Portugal o mecanismo alternativo de resolução de conflitos penais por meio da mediação, uma vez que a exigência de adaptação do sistema penal nacional em relação aos requerimentos da União Europeia já estava satisfeita pelos instrumentos contidos no Código de Processo Penal de 1987. Este corpo normativo criou instituições – como a *suspensão provisória do processo* – que respondem a todos os requisitos das soluções de consenso e ao espírito da justiça restauradora, assim como atinge os mesmos delitos que se pretende abarcar com a mediação. A criação de novas e mais formas alternativas de resolução de conflitos somente duplicou seus cometimentos,[129]

---

alternativa ao processo penal e à pena. Em primeiro lugar, se coexistirem dentro do sistema penal a reparação e a mediação como consequências jurídicas autônomas, a reparação deve ter prioridade sobre a mediação. Em segundo lugar, as vítimas perguntadas preferem obter como consequência penal a reparação do dano sem ter que se confrontar (novamente) com o autor. Este dado é de suma importância para compreender a importância da reparação não somente em face da pena, mas também em face de outro tipo de resolução alternativa do conflito (v.g. mediação). A reparação se diferencia da mediação pois a primeira busca formalizar o informal, e não informalizar o formal. Ver: HERTLE. *Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie. Eine dogmatisch-Empirische Untersuchung*. Frankfurt/Main: Lang, 1994. p. 250.

128. De opinião semelhante Da Costa Andrade: "(...) no essencial se espera um aumento da eficácia da resposta à pequena criminalidade, alargando-se o recurso a figuras como a suspensão provisória do processo (art. 281.º do CPP), o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280.º do CPP), o processo sumaríssimo (arts. 392.º e s. do CPP), etc. Só que, mais uma vez, não se vê como possa alcançar-se o efeito almejado, tratando-se de figuras processuais cuja actualização depende sempre da intervenção necessária e decisiva do Tribunal, que a Lei-Quadro da Política Criminal apostou em deixar fora do regime das orientações". Ver: DA COSTA ANDRADE. *Lei-Quadro da política criminal*... cit., p. 277.

129. Ver: SANTOS. Op. cit., p. 101, nota rodapé 24. Note-se que a suspensão dos prazos de prescrição do processo penal vão até a data fixada para o cumprimento do acordo de reparação (cf. art. 7.2). Somente o cumprimento do acordo permite a resolução definitiva do conflito, e é por isso que dentre os feitos da mediação está a "consagração de uma vera suspensão do processo". Ver: LAMAS LEITE. *Mediação penal de adultos*... cit., p. 98.

e tornou mais supérfluas (quando não confusas)[130] a aplicação das medidas já existentes.[131]

38. A doutrina portuguesa assume que "na verdade, aquilo que o legislador previu como o regime da mediação, de um prisma material, se aproxima – e devia ainda aproximar-se em maior medida, ao que acreditamos – da suspensão provisória do processo".[132] O sistema penal português não precisa agregar novas formas alternativas para a solução de conflitos penais, pois a norma existente (v.g. suspensão provisória do processo, arquivamento com dispensa de pena etc.) contempla a maioria dos postulados da JR, aceita o princípio da oportunidade e cumpre as exigências normativas da União Europeia.

39. Na realidade, o problema é outro em Portugal e ele reside em como unir e aplicar corretamente todos os meios alternativos existentes que até hoje não têm sido aplicados de forma eficaz.[133]

---

130. Deve-se levar em conta que o acordo de reparação é a condição para desistir da queixa, o que faz com que a reparação passe a ser o elemento determinante desta forma de resolução de conflitos, aproximando-se esta "homologação da desistência" do instituto da suspensão provisória do processo. A mediação permite a desistência da queixa sob a condição suspensiva do cumprimento do acordo. Se este não foi cumprido resta aberta a possibilidade de desistir (renovação da queixa) por parte do ofendido, aproximando o instituto da mediação à suspensão provisória do processo (cf. art. 281.º do CPP). Em sentido semelhante: LAMAS LEITE, *Mediação penal de adultos*... cit., p. 96 e ss.

131. A lei nada diz sobre o acordo de reparação, o que tem levado a doutrina a supor que o mesmo pode consistir "em algo diferente de deveres, obrigações, injunções ou regras de conduta (...). Contudo, seria farisaico negar a tais imposições – chamemos-lhe assim – um carácter restritivo, em maior ou menor medida, de direitos fundamentais (...). Tudo indica estarmos perante um meio de constrangimento do arguido orientado para o cumprimento de um acordo imposto por cláusulas que, na sua base, têm um conteúdo sancionatório e que, bem vistas as coisas, muito se aproxima das injunções e regras de conduta a que se refere o art. 281.º do CPP, também elas penhor de que o seu cumprimento levará ao arquivamento do processo (art. 282.º, n. 3, do CPP)". Idem, p. 88 e ss.

132. Idem, p. 89. Este autor logo é mais contundente y e expressa: "a 'desistência' surge como o último passo de um processo negocial com intervenção de um terceiro imparcial; conduz à aplicação de obrigações, regras de conduta ou injunções sobre o arguido; só opera todos o seus efeitos em caso de cumprimento do acordo, estando assim sujeita a uma condição suspensiva (...). Destarte, estamos perante um mecanismo que, apesar do seu nomen iuris é, na prática, uma suspensão provisória do processo". Idem, p. 116 e ss.

133. Ver: FERREIRA MONTE. Do princípio da legalidade no processo penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade. *Revista do Ministério Público*. n. 101. p. 71. 2005; também: LAMAS LEITE. *Mediação penal de adultos*... cit., p. 36, nota 49.

40. Em suma, entre outras coisas, nesta contribuição ao debate que debe se dar na doutrina portuguesa, pretendeu-se destacar o acerto da política criminal seguida pelo Código Processual Penal de 1987 em relação às formas de consenso, que se ajustava à JR em muitas disposições que reconheciam a "alternatividade" na resolução do conflito. Nesta defesa do sistema normativo e político criminal português (que muito deve ao homenageado nesta publicação) está meu humilde tributo a seu principal mentor: o Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, verdadeiro exemplo de vocação universitária para as gerações atuais e futuras.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Mediação penal e finalidades do sancionamento – Esboço de uma *Relatio*, de André Lamas Leite – *RCP* 11/49;
- A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?, de Marcos César Alvarez, Alessandra Teixeira, Maria Gorete Marques de Jesus, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla, Caio Santiago e Veridiana Domingos Cordeiro – *RBCCrim* 86/247;
- A vítima no processo penal: interferências da Lei 9.099/1995, de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa – *RBCCrim* 47/284;
- A reparação, como terceira via, e o Direito Penal do Jovem Adulto, de Selma Pereira de Santana – *RBCCrim* 70/291; e
- O Brasil e a mediação penal, de José Renato Nalini – *RT* 750/472.

1 O Estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto

Leandro Gornicki Nunes

Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca. Mestrando em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Penal e Criminologia na Univille. Advogado.

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente texto tem por objetivo geral esclarecer os fundamentos da criminalização primária e secundária de pessoas excluídas do modelo econômico neoliberal. Em relação aos objetivos específicos, o trabalho procura verificar as técnicas de controle social na Alemanha nazista e no Brasil neoliberal, e os princípios do denominado Estado Penal, tudo sem a pretensão de esgotar o assunto, que exige um aporte teórico muito mais amplo.

Palavras-chave: Direito penal – Política penal – Neoliberalismo – Holocausto.

Abstract: The main goal of this paper is to clarify the fundaments of primary and secondary criminalization of people that have been excluded from the neoliberal economic model. As for the objectives proposed, we try to analyze the social control techniques used by the Nazi government in Germany and in neoliberal Brazil, and the principles of the so-called Criminal State. The intention is to still leave room for further discussions, since this issue demands a much broader theoretical basis.

Keywords: Criminal Law – Criminal Policy – Neoliberalism – The Holocaust.

Sumário: 1. Introdução – 2. O controle social na Alemanha nazista e no Brasil neoliberal: 2.1 O racismo nazista e os discursos punitivos brasileiros; 2.2 O silêncio mortal da indiferença; 2.3 Em busca da sociedade "justa e perfeita"; 2.4 Fatores necessários à reprodução do holocausto; 2.5 A burocracia e a obediência hierárquica: fatores indispensáveis à reprodução do holocausto; 2.6 O papel das vítimas no holocausto e no sistema penal neoliberal; 2.7 O Experimento de Milgram e o sistema de justiça criminal no Brasil neoliberal – 3. Conclusão: *die strafrecht welle* – 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido ganha importância quando se percebe que as políticas penais têm grande funcionalidade na manutenção de uma estrutura social flagrantemente injusta e cujos pilares provêm do capitalismo neoliberal globalizado. No corpo do conhecimento científico há alguns autores que trabalham a influência da globalização neoliberal no desenvolvimento das políticas de Estado, notadamente aquelas vinculadas ao controle social, bem como muitos que analisam o fenômeno do holocausto sob diversos ângulos. Porém, a quantidade de trabalhos parece escassa diante do elevado grau de alienação dos agentes políticos que cuidam da questão penal, não havendo qualquer trabalho vinculando as políticas penais brasileiras à violência do holocausto, uma questão que extrapola o interesse acadêmico e não pode ser reduzida a matéria de pesquisa histórica ou contemplação filosófica.

Como objetivo geral, o trabalho busca contribuir no esclarecimento do processo de criminalização primária e secundária de pessoas excluídas do modelo econômico neoliberal. Por outro lado, tem como objetivo específico iniciar um comparativo entre as técnicas de controle social na Alemanha nazista e no Brasil neoliberal, sem a pretensão de esgotar o assunto, que exige um aporte teórico mais amplo.

Além disso, é importante frisar que não se pretende *equiparar* os princípios pregados e praticados no Brasil neoliberal ao holocausto. O que se quer é demonstrar as *semelhanças* entre a política de controle social da Alemanha nazista com a que vem sendo utilizada no Brasil neoliberal, justamente por conta dos riscos de se reproduzir um holocausto. A propósito, Bauman afirma que "não avançou muito nossa compreensão dos fatores e mecanismos que um dia tornaram possível o holocausto. E com essa compreensão não muito desenvolvida do que se passou meio século atrás poderemos estar mais uma vez despreparados para notar e decodificar os sinais de alerta".[1] Portanto, a pretensão do texto é *alertar* todos – sem configurar um alarmismo indevido – a respeito dos riscos que inequivocamente corremos em relação às rotinas punitivas no Brasil neoliberal.

2. O CONTROLE SOCIAL NA ALEMANHA NAZISTA E NO BRASIL NEOLIBERAL

2.1 O racismo nazista e os discursos punitivos brasileiros

O racismo foi útil e eficaz para mobilizar os sentimentos e ansiedade antimodernistas do discurso político nazista. Muitos teóricos e ideólogos do na-

1. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 109.

cional socialismo alemão usaram o fantasma da raça judaica para prender os medos das vítimas do passado e das presumíveis vítimas da modernização, identificando um reinado de valores econômicos e monetários vinculando-o às características raciais dos judeus para apontá-los como responsáveis pela desgraça econômica que afetava a Alemanha após a I Guerra Mundial. Certamente, o discurso racista só conseguiu concretizar a política de eliminação do inimigo judeu a partir do momento que a ciência, a tecnologia e as formas de poder estatal modernas avançaram, sendo possível afirmar que o racismo é um produto da modernidade, cuja teoria era indispensável para definição e guarda das fronteiras geográficas da época.[2]

Na modernidade periférica brasileira, o discurso racista encontra-se velado na construção da subcidadania,[3] e nunca foi utilizado abertamente como elo para a proteção dos interesses hegemônicos das oligarquias locais. Contemporaneamente, ao contrário da estratégia nazista, muitos teóricos e ideólogos das políticas de segurança pública no Brasil utilizam um discurso populista apoiado no medo de grande parcela da população, gerado a partir do comportamento antissocial de alguns dos seus membros, fundando assim as políticas de controle social, costumeiramente, antidemocráticas e desumanas. As contradições insuperáveis do modo de produção capitalista, indicadas por Marx e seus discípulos,[4] não fazem parte desse discurso. Apenas o indivíduo, dotado de um *mitológico livre-arbítrio*, é objeto do discurso oficial dessas políticas penais. Pode-se afirmar que, a exemplo do que ocorreu na Alemanha nazista, tudo isso é referendado por discursos pseudocientíficos desenvolvidos em manuais de direito penal e criminologia (positivista) que guardam acentuada afinidade com essa forma contemporânea de ressentimento intergrupal envolvendo uns poucos beneficiários da globalização neoliberal e o "exército" do excedente de mão de obra excluído da sociedade de consumo. Nesse particular, preciosas são as conclusões de Vera Regina Pereira de Andrade ao afirmar que "enquanto a dogmática penal racionaliza cada vez menos a violência punitiva, 'por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas' (ZAFFARONI, 1991, p. 13) e segue ancorada numa visão idealizada do funcionamento do direito penal, na premissa de sua legitimidade e no discurso da segurança jurídica, os sistemas

2. Idem, p. 83-84.

3. SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 153-163.

4. A propósito: LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou revolução?* 4. ed. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Expressão Popular, 2005; MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 26. ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

penais prosseguem na 'desmesura' (RESTA, 1991) de sua violência seletiva e, na América Latina, genocida".[5]

Considerando que o racismo "expressa a convicção de que certa categoria de seres humanos não pode ser incorporada à ordem racional, seja qual for o esforço que se faça",[6] é possível afirmar que na lógica neoliberal as políticas de controle social não se confundem com ele. Afinal, embora o neoliberalismo promova exclusão social, deve ser ressaltado que ela decorre das contradições insuperáveis do capitalismo, não podendo ser creditada – em princípio – a qualquer convicção racista. Mas, conforme destacado por Bauman, "no mundo moderno, caracterizado pela ambição do autocontrole e da autogestão, o racismo declara certa categoria de pessoas endêmica e irremediavelmente resistente ao controle e imune a todos os esforços de melhoria".[7] Assim sendo, aflora uma semelhança entre o discurso racista e os discursos punitivos brasileiros, pois, não raro, aqueles agentes com um comportamento qualificado como antissocial ou criminoso são tratados como seres incapazes de se submeter ao controle político para atender aos fins do modelo econômico neoliberal, cogitando-se, então, a possibilidade de extermínio físico dessa categoria ofensora,[8] mormen-

5. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 308.

6. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 87.

7. Idem, p. 88.

8. O número oficial de mortos em alegados confrontos com policiais passou de 10 mil no Estado do Rio de Janeiro. Isso ocorreu em julho, 11 anos e sete meses após a inclusão dos "autos de resistência" nas estatísticas divulgadas pela Secretaria de Segurança. De janeiro de 1998 a setembro de 2009 (último dado disponível), policiais civis e militares mataram 10.216 pessoas no Estado. A média é de 2,4 mortos por dia. Criado durante a ditadura militar, o registro policial de "resistência com morte do opositor – auto de resistência" só começou a ser divulgado no último ano do governo Marcello Alencar (PSDB). No início de seu mandato, em 1995, Alencar criou, por Decreto, uma premiação em dinheiro para policiais por atos "de bravura". A medida, conhecida como "gratificação faroeste", estimulou mortes em supostos confrontos, apontou o estudo Letalidade da Ação Policial no Rio, do Instituto de Estudos da Religião. A pesquisa, encomendada pela Assembleia Legislativa e concluída no fim de 2007, mostrou que, desde a entrada em vigor da política de premiações, o número de mortos em ações policiais dobrou na capital fluminense, passando de 16 para 32 por mês, e o índice de letalidade subiu de 1,7 para 3,5 mortos por ferido. O estudo teve grande repercussão e isso forçou o governo a divulgar regularmente estatísticas sobre mortes em alegados confrontos, a partir de 1998. Em junho daquele ano, a Assembleia Legislativa suspendeu a "gratificação faroeste". No entanto, os policiais promovidos ou premiados continuam recebendo os benefícios. O advogado Luiz Paulo Viveiros

te quando os cárceres já não suportam o grande número de presos[9] e matar não deixa de ser uma saída menos custosa ou eficiente. Fala-se – sem qual-

de Castro, que representou 600 policiais na Justiça, estima que cerca de cinco mil tenham sido gratificados, com aumentos de até 150% no salário. A série histórica disponível no Instituto de Segurança Pública (ISP) mostra que a média de mortos em alegados confrontos pulou de um por dia no último ano de Alencar para 3,3 por dia na gestão Sérgio Cabral. O atual governador do Rio é o campeão de autos de resistência: em 2007, foi registrado o maior número absoluto (1.330) e a maior taxa por 100 mil habitantes (8,2). Em junho daquele ano, operação policial no Complexo do Alemão resultou na morte de 19 pessoas. Procurada, a Secretaria de Segurança divulgou uma nota: "A solução é de médio e longo prazo, com a retomada de territórios com as UPPs (Unidades de Policiamento Pacificadoras) e o melhor controle sobre as armas que chegam ao Estado. A secretaria não abre mão de reprimir os traficantes". A secretaria sustenta que "o caso do Rio é diferente". "Os autos refletem uma antiga realidade do Estado e há pelo menos sete anos são elevados. Temos facções usando fuzis, armas de alta letalidade, que enfrentam a legalidade custe o que custar, inclusive arriscando a vida. A polícia é obrigada a agir neste contexto." Apesar de São Paulo ter população 2,5 vezes maior do que a do Rio, o número de pessoas mortas pela polícia em território paulista é 40% menor do que na área fluminense, mostra levantamento feito pelo Estado com base nos últimos 10 anos. Entre 1998 e setembro de 2009, 6.195 pessoas não sobreviveram em supostos confrontos com homens das corporações Civil e Militar de São Paulo, frente as mais de 10 mil vítimas dos chamados auto de resistências no Estado do Rio. Mesmo assim, a letalidade policial de São Paulo não se enquadra em padrões ideais. Segundo avaliação do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (Cesec), da Universidade Candido Mendes, índices internacionais mostram que entre 3% e 4% do total de homicídios de um país pode estar concentrado nas mãos de policiais. Em São Paulo, este índice oscila entre 6% e 9%, bem menos do que os 25% registrados no Rio, mas longe do aceitável. Fonte: Em 11 anos, Rio registra 10 mil mortos em "confrontos". *O Estado de S. Paulo*, Cad. Notícias, 09.11.2009. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/geral,em-11-anos-rio-registra-10-mil-mortos-em-confrontos,463334,0.htm].

9. No final do ano de 2009, a população carcerária brasileira era de 472.319 pessoas. Segundo Erivaldo dos Santos, auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, o *déficit* no sistema prisional brasileiro é de 170.000 vagas. A um custo de R$ 30 mil por vaga, o país precisaria de R$ 3,4 bilhões para suprir esta carência. Segundo dados do CNJ, de setembro de 2009, há no Brasil 264.777 pessoas condenadas pela Justiça que *cumprem pena* nas penitenciárias brasileiras. Os mesmos dados revelam que o número de *presos provisórios* é um pouco menor: 207.542 pessoas ou 44% do total. Dados do Ministério da Justiça constatam a existência de 2.510 comarcas em todo o país, onde apenas 13% delas contam com serviços públicos, como o especializado para a adoção de penas alternativas. Para um percentual de reincidência que varia entre 70% e 85% para os presos que cumprem penas restritivas de liberdade, esse índice não ultrapassa os 12%. *Déficit* no sistema prisional é de 170 mil vagas. *Revista*

quer constrangimento – na inexistência de "remédio" para tais seres humanos, admitindo-se o cárcere ou o extermínio como esforço planejado e consistente, capaz de torná-los inofensivos ao projeto de construção da sociedade "justa e perfeita", segundo os parâmetros do modelo econômico capitalista neoliberal.

2.2 O silêncio mortal da indiferença

Nessa engenharia social, a vida humana inútil ao modelo econômico neoliberal é eliminada por meio da fome ou do fuzil. Afinal, trata-se de *eine Frage der politschen Hygiene* (uma questão de higiene política), a exemplo do afirmado pelo assessor de imprensa do Ministério do Exterior da Alemanha nazista ao tratar da questão judaica.[10] Na Alemanha nazista se chegou à ideia do extermínio de todo o povo judeu – entre outras razões – por causa do racismo, ou seja, com uma visão de defeitos endêmicos e fatais, por princípio incuráveis e capazes de se propagarem caso não fossem controlados.

Mas, somente o racismo não é suficiente para se produzir uma façanha semelhante ao holocausto. A passagem da teoria à prática envolve um poder mobilizador de ideias com a participação de um número suficiente de agentes humanos para dar conta da magnitude da tarefa e sustentar sua dedicação por quanto tempo seja necessário. Na Alemanha nazista foram necessários treinamento ideológico, propaganda e lavagem cerebral para se incutir nas massas não judaicas um ódio e repulsa tão intensos aos judeus, desencadeando uma violenta ação contra eles sempre e onde quer que fossem encontrados.[11]

No Brasil neoliberal, outra semelhança com a política nazista aparece no treinamento ideológico que recebemos desde os primeiros anos de vida, quando aprendemos logo a ver com normalidade a segregação de pobres em comunidades ou "guetos", denominados por aqui de favelas, morros, "jardins" etc., repulsando com ojeriza os seus habitantes. Os discursos emanados dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e da mídia, responsáveis diretos pela construção do senso comum, trabalham sob a mesma lógica bélica do nacional-socialismo alemão, afirmando que não há qualquer cura para os criminosos e a ausência de instituições totais, como o sistema prisional, implicará em uma propagação fatal desse mal do momento: a criminalidade. É forçoso

---

Consultor Jurídico. 27.11.2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-nov-27/deficit-sistema-prisional-brasileiro-170-mil-vagas].

10. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 94.

11. Idem, p. 96.

reconhecer que essa forma de planejamento social ainda não foi *legalmente* (aspecto formal) instituída por causa da Constituição de 1988, que tem como cláusulas pétreas várias limitações ao poder punitivo estatal, dentre elas o princípio da humanidade das penas. Entretanto, nem mesmo a Constituição, que seria uma *salvaguarda moderna*, está conseguindo impedir as ações desumanas do aparelho repressivo do Estado.[12] E tudo isso está acontecendo diante de um *silêncio mortal de indiferença* da população.

Na realidade brasileira, a exemplo do que ocorreu na Alemanha nazista, não há turba suficiente para sustentar tanta violência do aparelho repressivo do Estado, pois, o extermínio de seres humanos desagrada um número grande de pessoas, em que pese à satisfação de significativa parcela reacionária da sociedade. O que acaba sendo incontestável, lamentavelmente, é o *silêncio mortal da indiferença*, quando a maioria prefere fechar os olhos, tapar os ouvidos e nada falar ou fazer. Uma paralisia típica de um povo com medo da opressão violenta de uma ditadura militar recente, aliada a um grau elevado de alienação política. Em síntese, estamos em um contexto propício para a reprodução do holocausto. Esse desinteresse público é uma grande arma usada contra a vida dos milhares de excluídos, eliminados pelo aparelho repressivo do Estado.

2.3 *Em busca da sociedade "justa e perfeita"*

A raiva e a fúria que emerge nas pessoas ao acompanharem a pirotecnia do noticiário televisivo (explorador incessante dos crimes praticados no cotidiano brasileiro) são deploravelmente primitivas e ineficazes como instrumentos de extermínio dos excluídos da economia neoliberal. Para que se continue matando em larga escala, a ação do aparelho repressivo do Estado não pode decorrer do simples desejo de matar dos agentes sociais vingativos. Livrar-se do inimigo não deve ser um fim em si. É preciso perquirir qual é a meta final, ou seja, o que se pretende com a violência das políticas penais no Brasil neoliberal. E o discurso oficial apresentará como fim em si mesmo a busca por uma sociedade "justa e perfeita", segundo os padrões interessantes ao modelo econômico vigente (leia-se: ao neoliberalismo).

Modernamente, o genocídio deve ser visto como um elemento de engenharia social, cujo escopo é produzir uma ordem social "justa e perfeita". Seus

12. Segundo Althusser, o aparelho repressivo do Estado funciona predominantemente atreves da repressão (inclusive a física) e secundariamente através da ideologia. ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 70.

autores maniqueístas veem a sociedade como objeto de planejamento e projeto conscientes, nos quais é possível fazer mais por ela, mudando-a e curando-a das suas aflições mais problemáticas, devendo as metas desse projeto ser ambiciosas e radicais para se concretizar um plano geral *cientificamente* concebido.[13]

Dentro do projeto de controle social impingido aos excluídos do Brasil neoliberal é possível perceber uma dimensão estética, que influencia os agentes de segurança pública a combaterem com maior vigor aqueles que quebram a harmonia desse mundo ideal criado a partir dos padrões de beleza burgueses. Não por acaso a abordagem policial e o tratamento dispensado por diversas autoridades judiciárias a acusados, úteis ao modelo econômico neoliberal, são bem diferentes daqueles dispensados aos miseráveis selecionados para compor a população carcerária do país, ou, ainda pior, compor as estatísticas de vítimas da polícia, cujo trabalho pode ser comparado a de um jardineiro preocupado com o seu jardim (leia-se: sociedade contemporânea) e que elimina as "ervas daninhas" (leia-se: os excluídos). Esse é o fim em si das políticas penais no Brasil neoliberal.

2.4 Fatores necessários à reprodução do holocausto

Em relação à Alemanha nazista é possível afirmar que os fatores que concorreram para a produção do holocausto são: (a) um *antissemitismo* radical; (b) a transformação desse antissemitismo em *politicagem* de um poderoso Estado centralizado; (c) um imenso e eficiente *aparato burocrático* no comando do Estado; (d) o *estado de emergência* (situação de guerra); (e) a *aceitação passiva* dessas coisas pela população em geral.[14]

Pode-se afirmar que esses fatores estão presentes no Brasil contemporâneo. No lugar do antissemitismo, temos uma cultura punitiva dirigida contra todos aqueles que retiram a beleza do "jardim", ou seja, aqueles que não são dóceis e úteis (Foucault) perante os propósitos do neoliberalismo. Essa cultura punitiva é explorada demagogicamente por todos, inclusive, por candidatos a cargos eletivos em tempos de campanha eleitoral, onde a segurança pública é estrela de quinta grandeza no rol das propostas e projetos, representando uma manobra politiqueira. Além disso, o Estado brasileiro é burocrático e dividido em um sem-número de órgãos incomunicáveis entre si, sendo que vivemos em uma situação econômica de emergência, agravada pelo modelo neoliberal,

13. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 114-115.

14. Idem, p. 118.

onde quase todos aceitam passivamente as injustiças sociais, mormente o uso desumano de políticas penais, por causa da alienação política, do medo da repressão física, do ceticismo, ou, ainda, do cinismo. Enfim, é inequívoco que o sucesso político de Adolf Hitler, que deu origem ao holocausto, somente foi obtido a partir do quadro econômico e da estrutura burocrática da Alemanha nazista. E, no Brasil neoliberal, a política penal implantada somente perdura por conta desses fatores.

2.5 A burocracia e a obediência hierárquica: fatores indispensáveis à reprodução do holocausto

Em face da sua indispensabilidade, a burocracia e a obediência hierárquica passarão a ser trabalhadas neste texto de modo mais acurado, pois a primeira substituiu a "turba", e a segunda, a "raiva grupal" na missão de assassinar integralmente os judeus na Alemanha nazista.

No Brasil neoliberal não há uma "turba" suficientemente favorável às políticas penais de extermínio das pessoas marginalizadas, consideradas um estorvo na construção da sociedade "justa e perfeita". A "raiva grupal", germinada no interior dos lares por meio do terror midiático, não é um elemento estável para a conclusão da tarefa de eliminação[15] dos criminosos. A partir dessas constatações, é possível afirmar que a burocracia e a obediência hierárquica se tornam indispensáveis para a possível reprodução do holocausto no Brasil neoliberal, uma vez que a violência do aparelho repressivo do Estado deixa de ser fruto de emoções ou paixões para se tornar *técnica* e, dessa forma, puramente racional, mais eficiente e dissociada de qualquer avaliação moral dos seus fins.

A dissociação de qualquer avaliação moral dos fins das ações do aparelho repressivo do Estado é resultado da: (a) *meticulosa divisão funcional do trabalho*; (b) *substituição da responsabilidade moral pela técnica*.[16]

No Brasil neoliberal, o Chefe do Poder Executivo se sente obrigado – e de certa forma o é – a implantar políticas econômicas que atendam aos ditames das organizações multilaterais criadas pelo acordo de Bretton Woods (1945), isto é, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. O Poder Legislativo representa os interesses econômicos do poder hegemônico e mantem uma ordem legal que *formalmente* legitima a ação do aparelho repressivo do

15. O termo "eliminação" deve ser interpretado como afastamento da vida social por meio do extermínio de agentes delituosos ou sua privação de liberdade.

16. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 118.

Estado. Este aparelho, composto em grande parte pelo Poder Judiciário, está equipado com agentes políticos que tratam de eliminar do convívio social os criminosos. Toda essa superestrutura é meticulosamente dividida de tal modo que o trabalho desenvolvido individualmente passa a ser fruto do estrito cumprimento do dever legal ou da obediência hierárquica, afastando, portanto, a responsabilidade moral pela técnica.[17] Essa divisão de trabalho resultante da hierarquia de comando gera uma distância entre aqueles que contribuem para o resultado final da atividade coletiva e o resultado em si. Antes da polícia e do Poder Judiciário aplicar a violência contra os excluídos, operações preparatórias foram executadas por pessoas que muitas vezes não conhecem o resultado das suas tarefas.

A estrutura judiciária estimula essa divisão hierárquica e funcional do trabalho quando permite que juízes fiquem distantes da realidade do sistema prisional e da realidade socioeconômica daqueles selecionados por tal sistema. Muitos juízes alienados desconhecem as práticas inconstitucionais de grande fatia das polícias, acreditando ingenuamente que a ordem constitucional está sendo preservada por tais instituições. Essas peculiaridades da burocracia do aparelho repressivo do Estado no Brasil neoliberal podem ser verificadas nos trabalhos de Maria Augusta Ramos[18] e de Kátia Lund.[19] Desse modo, a distância prática e mental do produto final dá à maioria dos funcionários da hierarquia burocrática a possibilidade de emanar ordens sem pleno conhecimento dos seus efeitos. Com esse distanciamento é possível atenuar o impacto psicológico dos envolvidos nessa superestrutura burocrática. Mas é preciso frisar que os juízes são como os comandantes que ordenam o lançamento de bombas sobre as cabeças de inocentes civis em situações de guerra, ou seja,

17. Essa situação fica clara quando verificamos a jurisprudência dos tribunais do país. Em muitas decisões, mesmo diante da flagrante injustiça de uma disposição legal, o Poder Judiciário se esquiva da responsabilidade moral sob o argumento de que não pode se "arvorar no papel de legislador", ou seja, sua decisão está atrelada ao texto legal, ainda que inconstitucional. Outro exemplo é a ação do policial que atua de modo truculento sob o argumento do estrito cumprimento do dever legal ou da obediência hierárquica. Aliás, desde os cursos de formação ministrados nas academias de polícia, o policial é programado para não ter qualquer responsabilidade moral, obedecendo cegamente às ordens superiores, forjadas a partir dos interesses da infraestrutura social, ou seja, do modo de produção capitalista neoliberal.

18. RAMOS, Maria Augusta (dir.). *Justiça*. [Filme-vídeo]. 2 discos DVD/NTSC, 107 min. color. son. Brasil/Holanda, 2004.

19. LUND, Kátia; SALLES, João Moreira (dirs.). *Notícias de uma guerra particular*. [Filme-vídeo]. DVD, 56 min. color. son. Brasil, 1999.

são aqueles que estão mais próximos do resultado final da ação burocrática e, portanto, poderiam, em face do seu teórico preparo, decidir de forma contrária à essa barbárie cotidiana produzida pelo poder punitivo estatal. Infelizmente muitos, preocupados em ascender na hierarquia de comando, atendem às expectativas dos superiores imediatos e cumprem um trabalho funcional técnico sem qualquer responsabilidade moral, segundo as suas percepções, desejosos de realizá-lo da melhor forma, caracterizando-os como um bom, eficiente e diligente especialista e trabalhador.[20]

Mas, já que estamos tratando dos efeitos do neoliberalismo em nosso país, especificamente no que tange às políticas de controle social dos excluídos, o foco da questão também deve estar na ausência de conhecimento (alienação) dos agentes financeiros e políticos a respeito do resultado final das suas decisões ou tarefas: eliminação da vida daqueles seres humanos que não interessam ao mercado neoliberal e que não possuem qualquer chance de serem acolhidos dignamente nesse mundo. Os agentes financeiros e políticos lidam apenas com os efeitos financeiros de suas ações. Seu único objeto é o dinheiro que, como dizia Vespasiano, "não tem cheiro". Certamente, em alguns casos, essa perspectiva analítica pode parecer ingênua, porque há nesse contexto pessoas – não poucas – conscientes do resultado final das suas decisões ou tarefas. Independentemente disso, deve-se afastar a ideia hobbesiana de que "o homem é o lobo do homem", quando é sabido que o mal não é uma qualidade inata ao ser humano, mas uma construção social altamente complexa. Em suma, os agentes financeiros, políticos e a população em geral não têm consciência dos efeitos nefastos desse modelo econômico e da funcionalidade das políticas penais para a sua manutenção.

Assim, dentro da lógica da ação burocrática do nazismo ou do neoliberalismo ocorre a "coisificação" dos seres humanos ou a "desumanização dos objetos da operação burocrática", segundo Bauman.[21] Esses excluídos da ordem neoliberal, vivendo em comunidades sem qualquer intervenção estatal, desprovidas até de saneamento básico, jamais incorporarão o modo de vida burguês[22] e,

20. "A dedicação prática à tarefa pode ser ainda melhorada pelo caráter covarde do ator e pela severidade dos seus superiores, ou pelo interesse do ator em promover-se, em sua ambição ou curiosidade desinteressada, e por muitas outras circunstâncias, motivações e traços de caráter pessoal – mas, em geral, mesmo com a ausência desses, o instinto artesanal bastará". BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 126.

21. Idem, ibidem.

22. Criticando a imagem artificial do homem burguês do século XVIII, Salo de Carvalho afirmar que, no imaginário ocidental, essa imagem representa o ápice da cultura ro-

por isso, acabam não sendo vistos como seres humanos pelas "tarântulas"[23] responsáveis pela segurança pública. Como só os humanos podem ser objetos de proposições éticas, acabam perdendo essa capacidade quando reduzidos a cifras, que é o principal objetivo da lógica neoliberal. Em termos gerais, é possível afirmar que o modo de ação burocrática traz os elementos técnicos necessários à execução de tarefas típicas do holocausto e do sistema de justiça criminal no Brasil neoliberal, quando passa a ser importante a *eficiência* e a *diminuição de custos* para se produzir a solução mais favorável ao programa de manutenção da ordem capitalista.

A burocracia neoliberal definiu como objeto a manutenção do modo de produção capitalista e, para tanto, necessita da "higienização social", eliminando todos aqueles que não são dóceis e úteis ao seu programa, sempre dissociando a *responsabilidade ética* da *eficiência* e da *técnica* das suas tarefas. Esse império econômico não tem onde colocar os excluídos e os despeja no subsolo, sob a forma de cadáveres vitimados pela fome ou pelo chumbo disparado pelo aparelho repressivo do Estado.[24]

2.6 O papel das vítimas no holocausto e no sistema penal neoliberal

Conforme lição de Óscar Correas, o verdadeiro êxito do neoliberalismo não está em seus lucros econômicos – que não enxergamos no estômago de 70% da população do planeta que passa fome –, senão em seu aporte em um mundo

---

mântica apolínea, cuja perspectiva sustenta o modelo metafísico socrático de reforço dos valores morais de *justiça*, *beleza*, *bondade* e *verdade*, devendo ser seguido por todos para não sermos considerados bárbaros. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 183-190.

23. "Todos os seus lamentos têm acentos de vingança; todos os seus elogios ocultam malefícios, e para eles serem juízes é a suprema felicidade. Eis aqui, todavia, o conselho que vos dou, meus amigos: desconfiai de todos os que se sentem poderosamente o instinto de castigar! São pessoas de má raça e de má casta; por eles assomam o polícia e o verdugo. Desconfiai de todos os que falam muito da sua justiça! Não é só mel o que falta ás suas almas. E, se se chamam a si mesmos 'os bons e os justos', não esqueçais que, para serem fariseus, só lhes falta... o poder." NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. 4. ed. rev. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 1999. p. 94-95.

24. Em 02.10.1992, 111 homens foram mortos na Casa de Detenção do Carandiru, em São Paulo. Os presos afirmam que foram mais de 250, se contados os que saíram feridos e nunca retornaram. Não houve mortes entre os policiais militares que participaram do Massacre do Carandiru. VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. p. 295.

suficientemente estupefato para aceitar os seus motivos mais maçantes. Afinal, em uma sociedade educada na falta de solidariedade, na mentira e na morte, parece ser um bom lugar para o desenvolvimento do capital, muito embora seja fruto de uma ideologia medíocre, em que a miséria dos conceitos é acreditada por muitos seguidores, ainda que vítimas dessa trama de poder.[25]

Hannah Arendt afirmou que o número de vítimas teria sido bem menor no holocausto se não fosse a atuação dos colaboradores judeus e pelo zelo dos *Judenräte* (conselhos judeus), dando um veredicto condenatório às próprias vítimas, ao que Bauman é terminantemente contrário, porque um terço dos judeus foi assassinado pelos nazistas sem qualquer recurso ou assistência dos comitês judaicos.[26]

De fato, não há como depositar responsabilidade nas próprias vítimas pela ocorrência do holocausto. Da mesma forma, não há como imputar culpa aos excluídos pelas inúmeras mortes e prisões ilegítimas concretizadas no Brasil neoliberal. A responsabilidade é dos líderes políticos desse sistema, ou seja, das pessoas que exercem poder no âmbito do Estado. Esses são os responsáveis pela matança no Brasil neoliberal.

Não obstante a responsabilidade dos agentes políticos com poder de decisão junto ao Estado, é inegável a contribuição das próprias vítimas desse projeto de construção da sociedade "justa e perfeita", que passa pela eliminação dos seres humanos inúteis e nocivos ao capitalismo neoliberal globalizado. É que o poder hegemônico, por intermédio dos seus agentes políticos, implanta a burocracia e manipula a população do mesmo modo que ocorreu na Alemanha nazista durante o holocausto. Nos guetos do leste e nas comunidades judaicas da Europa ocidental, o poder nazista perversamente se utilizou dos *Judenräte* (conselhos judeus) e dos *Ältestenräte* (Conselhos de Anciãos Judeus) para tornar o poder da liderança judia tanto mais visível e convincente e, assim, deixar a população virtualmente fora da jurisdição das autoridades administrativas normais (nazistas), sendo jogada inteiramente e sem apelação nas mãos dos seus líderes correligionários que, em troca, recebiam suas ordens de uma instituição alemã similarmente alheia à estrutura "normal" de poder.[27]

Essa lógica de exercício do poder político pode ser comparada com a realidade do Brasil neoliberal, onde, em face da transnacionalização do controle

25. CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 3.

26. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 142.

27. Idem, p. 146-147.

social,[28] as autoridades policiais e judiciárias exercem o poder punitivo para, na realidade, atender aos interesses do capitalismo globalizado. Isso fica claro quando se percebe a interferência de Estados estrangeiros nas políticas de segurança pública no Brasil, notadamente em relação ao narcotráfico e a chamada criminalidade organizada, malgrado ser a soberania um fundamento da nossa república (art. 1.°, I, da CF/1988).

Outra questão interessante é o uso de *polícias comunitárias* e do *disque-denúncia*, estratégias que dão aos incautos a ingênua impressão de estarem sendo visados os interesses coletivos da maioria, quando, na realidade, esses incautos, que são as próprias vítimas do capitalismo neoliberal, contribuem para que crueldades sejam impingidas contra os selecionados pelo aparelho repressivo do Estado. O denuncismo implantado pelas *polícias comunitárias* e pelo *disque-denúncia*, promove injustas acusações e causa um grande dano na formação ética da população. A partir de denúncias anônimas, as pessoas não conseguem viver de forma autêntica, porque a todo lado enxergam um possível delator, de modo que suas existências ficam obscurecidas por condutas sociais dissimuladas, não havendo espaço para o surgimento de líderes capazes de defender a pátria da violência imposta pela globalização neoliberal.[29]

Como dito por Bauman, "a burocracia que conduz uma política 'objetivada' e detém o direito exclusivo de fazê-lo é plenamente competente para estabelecer os parâmetros de comportamento das suas vítimas e, assim, capaz de mobilizar os próprios motivos racionais das vítimas com um dos recursos que pode utilizar na busca dos seus objetivos".[30] Por mais atrozes que sejam as coisas que acontecem com os vitimados pelo aparelho punitivo do Estado, elas não influenciam diretamente o cotidiano da maioria da população, dizendo respeito apenas às vítimas selecionadas por tal aparelho. Tal solidão das vítimas implica na constatação de que "vivem num mundo sem vizinhos", a exemplo daquilo vivido pelos judeus nos momentos que antecederam o holocausto. E a situação das vítimas piora a partir da influência do *positivismo jurídico*, ou seja, do ideal da ciência jurídica como uma atividade eminentemente livre de valoração. Muitos professores renomados na academia preferem não combater com veemência o neoliberalismo e as suas consequências no mundo

28. OLMO, Rosa Del. *América Latina y su crimonología*. 4. ed. México: Siglo XXI, 1999. p. 81-121.

29. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 59-60.

30. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 148.

da vida, preocupados em desenvolver trabalhos acadêmicos desgarrados da responsabilidade ética diante do massacre imposto aos excluídos desse modelo econômico. Estão preocupados apenas com as suas carreiras e o seu prestígio na comunidade acadêmica; embora racional, uma postura egoísta – e por isso censurável no plano ético – semelhante à de Planck, Sommerfeld, Heisenberg e Von Laue.[31]

O jogo em que os excluídos (vítimas) são focados pelo neoliberalismo a entrar é de vida ou morte e a ação racional neste caso só pode visar ao aumento das chances de escapar da fome e da morte. Os seus valores são reduzidos a busca por sobrevivência. Nessa sobrevivência não há opção entre uma situação boa e outra ruim, apenas se pode optar entre o mal maior (a morte por meio da fome ou do fuzil) e o menor (a privação de liberdade). Isto torna o comportamento das vítimas do neoliberalismo previsível e, portanto, manipulável e controlável, pois ingenuamente elas acreditam que há algo para salvar e que existem regras claras e diferenciadoras (na lei) sobre como salvá-lo. Essa ferramenta de manipulação é utilizada constantemente na execução de penas criminais[32] em que as vítimas, miserabilizadas pelo neoliberalismo, se apoiam nos ditames legais para conseguirem benefícios que permitam que elas saiam do cárcere o quanto antes, conforme o seu mérito, dando a impressão nos menos avisados que o tratamento é diferenciado entre os presos e, aparentemente, justo. Outra situação na execução penal em que há ilusão de que há algo para proteger está vinculada ao trabalho do preso. Na realidade, o trabalho do preso em muitos estabelecimentos prisionais está beneficiando as empresas que exploram essa mão de obra barata (sem encargos sociais e direitos trabalhistas), ou seja, beneficiando os agentes interessados na manutenção do capitalismo neoliberal, enquanto as vítimas imaginam que a remição da pena pelo trabalho é uma benesse.[33] As vítimas se submetem ao domínio das leis do capitalismo

31. Idem, p. 152.

32. Vide Lei 7.210, de 11.07.1984, institui a Lei de Execução Penal.

33. Em Santa Catarina, o governo orgulhosamente noticiou em seu sítio na Internet que, dos 360 detentos da Penitenciária Industrial de Joinville, 166 estavam trabalhando, recebendo salário e sendo beneficiados com a redução da pena. Quando a utilização da mão de obra carcerária começou, havia apenas 46 presos trabalhando. Há um convênio entre o Governo e empresas locais. Segundo o diretor da penitenciária, a prestação de serviço dos presos para as empresas representa uma relação de confiança. "A parceira entre instituição e classe empresarial é muito boa e tende a aumentar ainda mais, com a vinda de outras empresas", explicou. Conforme o secretário de Estado de Desenvolvimento Regional de Joinville o governo

neoliberal quando enxergam algum benefício e acabam aceitando os seus pressupostos.

Enquanto isso, a individualização das estratégias de sobrevivência leva a uma desordenada disputa geral de posições e papéis favoráveis ou privilegiados e a um esforço geral de agradar os opressores – invariavelmente a custa de outras vítimas. Essa cooperação pela via oblíqua pode ser apelidada de "salve-se quem puder",[34] cuja lógica permite ao poder hegemônico um controle maior das massas miserabilizadas a um custo muito baixo, a exemplo do que aconteceu nos guetos da Alemanha nazista. A ilusória "opção" transmitida aos oprimidos pelos opressores faz com que seu comportamento pareça racional, na medida em que transmite aqueles à sensação de que podem escolher entre um comportamento e outro, entre sua inclusão ou amarga exclusão. Esse é um dos trunfos do capitalismo neoliberal. Somente com base nessa ilusória "opção" a que todos teriam é que o neoliberalismo consegue explorar a força de trabalho da maioria e eliminar muitos que são inúteis aos seus propósitos.

Em síntese, as vítimas do neoliberalismo, além de não serem responsáveis por sua própria eliminação, não podem ser "coisificadas" ou desumanizadas por ações burocráticas e antiéticas, como deseja a política penal neoliberal no Brasil contemporâneo. Afinal, essa estratégia racional do "salve-se quem puder" não é uma estratégia das pessoas vitimadas pelo modelo econômico catastrófico, mas uma extensão da estratégia de destruição exercida pelo capitalismo neoliberal no Brasil – e na América Latina em geral, que utiliza a racio-

---

catarinense criou e está criando mais de 650 vagas no sistema prisional da região Norte. "Estamos investindo maciçamente na área de segurança nos oito municípios integrantes da SDR. Está acontecendo a ampliação do Presídio Regional de Joinville, a construção das instalações do Regime semiaberto e a construção das Unidades Prisionais Avançadas (UPAs) de Barra Velha e São Francisco do Sul", ressaltou o secretário. Em vários depoimentos, os representantes das empresas que possuem parceria com a Penitenciária Industrial de Joinville parabenizaram as ações do Governo do Estado naquilo que chamam de "ressocialização do preso". Na opinião de um dos empresários, em Joinville, a parceria é muito importante tanto para o setor empresarial como também para os detentos. "Com certeza estes trabalhos vão trazer novas perspectivas de futuro para os presos". Outros depoimentos de empresários ressaltam o excelente trabalho desenvolvido pelos presos às indústrias e empresas da região. Fonte: SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL JOINVILLE. Empresa renova contrato para utilizar trabalho dos detentos da Penitenciária Industrial de Joinville. Disponível em: [www.sjc.sc.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=248].

34. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 154-160.

nalidade delas como arma a seu favor, diminuindo sobremaneira a dificuldade em encontrar cúmplices para a execução desse genocídio econômico.

2.7 *O Experimento de Milgram e o sistema de justiça criminal no Brasil neoliberal*

O[35] holocausto foi o evento mais terrível da humanidade e não resultou de uma ruptura da ordem instituída. Ao contrário, sua construção decorreu de um impecável, indiscutível e inatacável império da ordem, fazendo Dwight McDonald alertar, em 1945, que devemos temer mais a pessoas obedientes às leis do que aquelas que as desobedece.[36]

No sistema de justiça criminal do Brasil neoliberal, do mesmo modo que na Alemanha nazista, há vários agentes que cumprem cegamente as leis *materialmente* inconstitucionais, mesmo quando isso implica na morte ou no sofrimento atroz das vítimas do modo de produção capitalista. Tal modo de agir não é resultado de uma maldade inata desses agentes, mas uma construção do sistema econômico.

Preocupado com a capacidade de submissão à autoridade, Stanley Milgram, afirmou que nós podemos reconstruir o holocausto, dependendo das condições. Segundo as experiências de Milgram, a crueldade não é cometida por indivíduos naturalmente cruéis, mas por pessoas comuns tentando desempenhar bem suas tarefas ordinárias, de modo que apenas secundariamente uma *personalidade autoritária*, inclinada à obediência em relação ao mais forte e à arrogância inescrupulosa em relação ao mais fraco, relaciona-se à crueldade do resultado da ação. Com isso, ficou provado que a desumanidade de certas condutas é uma questão de relacionamentos sociais.[37] Eichmann é, indubitavelmente, um bom exemplo disso.

Em linhas gerais, o Experimento de Milgram se concretizou da seguinte maneira: Stanley Milgran anunciou em um jornal uma oferta de US$ 4,00 para

35. Trata-se de uma experiência científica desenvolvida e realizada pelo psicólogo Stanley Milgram que pretendia inquirir a forma como os indivíduos observados tendiam a obedecer às autoridades, mesmo quando as ordens emanadas contrariavam o mínimo ético. A ideia inicial do trabalho era apurar as condições necessárias para a produção do holocausto. Em 1964, Milgram recebeu o prêmio anual em psicologia social da American Association for the Advancement of Science, e publicou os resultados das suas experiências em seu livro *Obedience to autority: an experimental view*. Londres: Tavistock, 1974.

36. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 178.

37. Idem, p. 180-181.

quem quisesse participar, por uma hora, de uma experiência científica que, segundo o anúncio, visava aprimorar a capacidade de memorização das pessoas, mas que, na realidade, buscava apurar a capacidade de obediência das pessoas em geral e submissão à autoridade, mesmo quando a ordem emanada contrariasse a vontade do sujeito investigado. Participavam da experiência científica um pesquisador (às vezes dois), o sujeito investigado e a vítima (que era um ator). Para ludibriar o sujeito investigado, Milgram e os pesquisadores, simulavam um sorteio para saber quem seria a vítima do "teste de memória". Dessa forma, o sujeito não imaginava ser o objeto investigado pela experiência. Uma vez definidos os papéis, o pesquisador, com "autoridade científica", explicava as regras a serem cumpridas, que consistiam na aplicação por parte do sujeito investigado de supostos eletrochoques na vítima, a cada resposta errada no "teste de memória". A intensidade dos supostos choques elétricos aumentava a cada resposta errada proferida pela vítima, variando de 15V a 450V (quantidade capaz de causar a morte). Cabe destacar que, antes do início da experiência, Milgram perguntou a várias pessoas (adultos comuns do sexo masculino da classe média e psicólogos competentes e respeitados) quais deveriam ser os resultados da experiência, sendo que essas pessoas manifestaram-se confiantes de que 100% dos sujeitos investigados se recusariam a cooperar à medida que aumentasse a crueldade das ações que fossem instados a praticar e desistiriam de participar em algum ponto bem inicial da experiência. Mas, o que acabou acontecendo é que apenas 30% dos sujeitos investigados retirou a sua concordância em continuar participando da experiência, e a intensidade dos supostos choques elétricos que estavam dispostos a aplicar era até três vezes maior do que aquela imaginada pelos especialistas e o público leigo.[38] A "autoridade científica" foi influência fundamental no comportamento do sujeito investigado. Isso ficou comprovado quando os "pesquisadores", usando os típicos jalecos brancos, impunham ou solicitavam aos sujeitos investigados a continuidade da experiência quando estes hesitavam na aplicação do castigo a cada resposta errada. E, ainda, quando os "pesquisadores" assumiam a responsabilidade por todas as consequências da experiência, os sujeitos investigados acabavam prosseguindo a missão martirizante contra a vítima por não se sentirem responsáveis pelos resultados, ainda que mortais. Por causa disso, em certas ocasiões, propositalmente, diante do sujeito investigado, os pesquisadores simulavam uma discussão a respeito das possíveis consequências da experiência, gerando dessa forma uma crise de autoridade. Com isso, puderam perceber que nesses momentos de crise de autoridade, a hesitação do sujeito investigado em aceitar a crueldade do experimento era diminuída. Finalmente,

38. Idem, p. 182.

a experiência tratou de verificar a maior ou menor disposição do sujeito investigado para a crueldade conforme a proximidade com a vítima. A potência dos eletrochoques era muito maior quando o sujeito investigado não enxergava nem ouvia os gritos de dor da vítima, ao passo que, quando vendo e ouvindo os sinais de sofrimento da vítima a recusa a prosseguir na experiência era menor. Outro fator importante da experiência foi a comprovação de que a presença ou a ausência do "pesquisador" no recinto em que se encontrava o sujeito investigado influenciava na submissão à autoridade, pois, quando presente, o sujeito investigado atendia as imposições e solicitações do "pesquisador" em face da sua autoridade ou por causa de uma certa cumplicidade.

Uma das descobertas mais extraordinárias de Milgram está relacionada ao fato de que é muito mais fácil infligir dor a uma pessoa quando não a vemos ou ouvimos. O experimento demonstrou que sentimos mais pela visão, pois quanto mais distante física e psicologicamente da vítima, mais fácil, ao sujeito investigado, foi aplicar o castigo cruel. Por isso, mediar a ação, dividi-la em estágios delineados e separados pela hierarquia da autoridade e recortá-la em especializações funcionais é uma das principais estratégias da burocracia do sistema de justiça criminal no Brasil neoliberal.

O sistema de justiça criminal brasileiro é um grande emaranhado de especializações delineadas funcionalmente para que todos os envolvidos no massacre dos excluídos não se sintam responsáveis pela crueldade da ação que resultará da manutenção do modo de produção capitalista neoliberal. "O significado da descoberta de Milgram é que, imanente e irrecuperavelmente, o processo de racionalização facilita o comportamento desumano e cruel nas suas consequências, quando não nas intenções. Quanto mais racional a organização da ação, mais fácil se torna produzir sofrimento – e ficar em paz consigo mesmo."[39] Somente a partir dessa conclusão de Milgram é crível que um magistrado consiga ordenar a colocação de um ser humano no sistema prisional brasileiro, cujas condições são do conhecimento de todos, e, mesmo assim, dormir tranquilamente após a jornada de trabalho burocrático, mormente quando se trata de situações em que o preso é provisório ou a acusação está relacionada a crimes patrimoniais e seus supostos autores são pessoas excluídas socialmente pela globalização neoliberal.

Os autos de processo crime que os magistrados estão acostumados a manusear quotidianamente não trazem os sinais de sofrimento das vítimas do capitalismo. Por isso, os executores de ordens cruéis, são poupados da agonia de testemunhar o resultado de seus atos, ou seja, de testemunhar a grande

39. Idem, p. 180.

privação material a que está submetida a maior parte da população brasileira,[40] bem como as condições de encarceramento dos selecionados pelo sistema de justiça criminal, acreditando que nada realmente desastroso acontece e, dessa forma, aplacando o peso da consciência.

Essa conduta de muitos agentes do sistema de justiça criminal, juízes ou não, deve ser explicada socialmente. Quando as vítimas do sistema de justiça criminal são afastadas dos olhos dos seus agentes, tudo por meio de uma estrutura burocrática e sistematicamente dividida em estágios delineados e separados pela hierarquia da autoridade (normalmente a lei e as classes sociais), cria-se um sentimento de grupo entre esses agentes e as elites financeiras representadas nas altas rodas sociais, culminando em uma ação conjunta que busca a higienização social ou a sociedade "justa e perfeita". Nas experiências de Milgram, a ação unia o sujeito com o pesquisador e simultaneamente separava os dois da vítima, que passava a ser mero *objeto*.[41] Em nosso sistema de justiça criminal ocorre o mesmo. Os responsáveis pelo sofrimento impingido às vítimas do capitalismo se afastam delas e acabam por atar laços sociais com o grupo hegemônico responsável pela exclusão social da maioria,[42] tornando

40. No Brasil neoliberal, segundo dados do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD), apresentados no mês de julho de 2010, há grande desigualdade social no que tange aos rendimentos, educação, saúde, sendo que tal realidade persiste de uma geração à outra e se apresenta num contexto de baixa mobilidade socioeconômica. Uma das maiores dificuldades do Brasil neoliberal é impedir que a desigualdade persista no decorrer de novas gerações. Segundo o documento do PNUD, "desigualdade reproduz desigualdade, por razões econômicas e de economia política". O estudo também mostra que o gasto público social por indivíduos, entre 2001 e 2007, subiu 30%, sendo a maior parte destinada à segurança e à assistência social. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad. *Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010*. San José Costa Rica: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (Pnud), 2010.

41. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 183-184.

42. Magistrados com familiares estiveram, no feriado de 07.09.2006, hospedados em luxuoso hotel da Ilha de Comandatuba, Estado da Bahia, por conta da Febraban (Federação Brasileira de Bancos). Eles viajaram em um avião fretado de uma empresa aérea que saiu de São Paulo e fez escala em Brasília. O pretexto do encontro foi a realização de palestras aos juízes sobre o sistema bancário, mas houve tempo livre para o lazer, incluindo shows. Alguns banqueiros compareceram para cumprimentar os juízes. No dia 09.09.2006, outros 150 juízes e desembargadores, também com familiares, embarcaram para a mesma ilha, agora sob o patrocínio de seguradoras de saúde e da Federação Nacional dos Seguros. Nesse caso, o motivo oficial do encontro foi a realização de um seminário sobre ética dos juízes no relacionamento com as companhias

as vítimas simples *objetos da ação* e, consequentemente, passa a não importar mais se se trata de um ser humano ou de uma coisa qualquer.

A psicologia também demonstra que o grau em que o agente se acha fadado a perpetuar a *ação sequencial* – ainda que cruel – e em que optar é difícil tende a aumentar a cada estágio do seu comprometimento com o sistema (seja o Experimento de Milgram ou o sistema de justiça criminal). Segundo Bauman, "os primeiros passos são fáceis e requerem pouco tormento moral, se é que algum. Os passos seguintes são cada vez mais desencorajadores. Por fim, dar esses passos se torna insuportável. No entanto, o custo da retirada também já subiu a essa altura. Assim, a ânsia de desistir é fraca quando os obstáculos à retirada são também fracos ou inexistentes. Quando o desejo aumenta, os obstáculos que encontram são a cada estágio fortes o bastante para equilibrá-lo. Quando o ator é esmagado pelo desejo de sair, é em geral tarde demais para fazê-lo. (...) No curso de uma ação sequencial, o ator se torna escravo de suas próprias ações passadas".[43] Desse modo, quando se acostuma a fazer um trabalho burocrático, sem pensar nas consequências da ação sequencial, a ação posterior acaba servindo para legitimar a anterior. Afinal, mesmo que o sujeito perceba que o seu agir está incorreto no plano ético, interromper a ação sequencial representaria reconhecer o erro da ação anterior e assim assumir a responsabilidade pelo resultado.

Os resultados das experiências de Milgram podem ter sido influenciados pela convicção do sujeito investigado de que a ação era exigida no interesse da "ciência", uma autoridade raramente contestada e em geral moralmente respeitada. O mesmo ocorre com os agentes do sistema de justiça criminal que escoram as suas ações na autoridade da *lei* (dirigente máximo desse sistema), inconscientemente acreditando que o seu cumprimento (fim) justifica o sofrimento impingido às vítimas do capitalismo neoliberal (meio), ou seja, os fins da ação justificariam os seus meios, algo eticamente odioso. Isso demonstra que muitos agentes do sistema de justiça criminal tendem a renunciar a sua responsabilidade pelo que fazem quotidianamente, dotando a *lei* – materialmente inconstitucional – do direito de lhes obrigar a fazer coisas que não fariam por iniciativa própria, mesmo coisas que eles prefeririam não fazer. É provável que essas ações dos agentes do sistema de justiça criminal do Brasil neoliberal sejam o resultado da suposição de que, por anos de (des)construção política nos cursos de Direito, as coisas que a lei determina que sejam executadas são certas, mesmo que pareçam erradas para o leigo. A organização do sistema de

do setor. RODRIGUES, Fernando. Bancos pagam feriado na praia de 47 juízes. *Folha de S. Paulo*, Cad. Brasil, 11.09.2006.

43. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 184-186.

justiça criminal, embasado na *lei*, é, na realidade, um instrumento para eliminar e dissimular a responsabilidade de todos os seus agentes pelo resultado de suas ações que atendem apenas aos interesses da globalização neoliberal, malgrado tal circunstância ser desconhecida pela maioria desses agentes que são altamente alienados do ponto de vista político. Essa dissimulação permite que as ações cruéis contra a massa miserabilizada continuem sendo facilmente praticadas sem que seja atribuída alguma responsabilidade individual aos agentes do sistema, somente à *lei* ou ao próprio sistema, enquanto ente metafísico.[44] Trata-se de uma "responsabilidade flutuante".[45]

Dentre as conclusões do trabalho de Milgram é possível verificar que há uma tendência à submissão à autoridade muito maior quando esta é *monolítica*. Nas experiências de Milgram, quando a autoridade monolítica era contestada pelos "pesquisadores", a obediência servil observada nas experiências anteriores desaparecia sem deixar vestígio. Assim é possível deduzir que as *súmulas vinculantes* e o ensino jurídico massificado reforçam a autoridade monolítica de leis materialmente inconstitucionais e provocam maior submissão dos agentes do sistema de justiça criminal às tais leis, ainda que atrozes os resultados das suas ações. Daí a importância da "oxigenação" da jurisprudência e da doutrina por pensadores críticos do sistema de justiça criminal. Sem a presença desses agentes sociais a autoridade monolítica da lei, principalmente aquela materialmente inconstitucional, jamais será afastada do senso comum teórico dos juristas.[46]

Para arrematar, é preciso reconhecer que os experimentos de Milgram e de Zimbardo[47] inegáveis formas de se comprovar que a crueldade se relaciona a certos padrões de interação social de maneira muito mais íntima que às características de personalidade ou outras idiossincrasias individuais dos seus exe-

---

44. Segundo Warat, tal postura nos impede de receber os sinais novos, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação, alienando-nos e minimizando/aniquilando a força criativa. Mas, a nova postura a ser assumida pelo jurista não deve consistir em desprezo à dogmática jurídica: o jurista deve evitar o dogmatismo, pois a dogmática deve ser o ponto de partida para a abertura de novos caminhos. Do contrário, sendo a lei ignorada, as tensões sociais ficam expostas às mais diversas ideologias, inexistindo qualquer compromisso com o outro, coisa que provocaria o retorno ao estado de horda. WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Safe, 1994. p. 82.

45. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 189-191.

46. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 19-26.

47. HANEY, Craig; BANKS, Curtis; ZIMBARDO, Philip. Interpersonal dynamics in a simulated prison. *International Journal of Criminology and Penology*, vol. I, p. 69-97, 1973.

cutores. A orgia de crueldade que surpreendeu Zimbardo em seu experimento é o resultado de um vicioso arranjo social e não do vício dos participantes. Da mesma forma, no holocausto ou no sistema de justiça criminal do Brasil neoliberal, as ações cruéis são facilmente praticadas porque a maioria das pessoas se encaixa no papel dos sujeitos investigados pelos referidos experimentos, bastando que esse papel tenha sido devidamente fortalecido e legitimado por uma autoridade superior; em ambos os casos, na *lei* (nazista ou neoliberal). Então, parece que devemos criar um mecanismo capaz de selecionar agentes para comporem o sistema de justiça criminal com força e coragem para resistir ao comando da autoridade ilegítima, recusando-se a excetuar quaisquer ações que sejam materialmente contrárias aos fundamentos, objetivos, direitos e garantias, previstos na Constituição da República.

3. CONCLUSÃO: *DIE STRAFRECHT WELLE*

É possível constatar a situação típica da *modernidade líquida* (Bauman) onde muitos não veem qualquer perspectiva de melhoria nas suas vidas. São pessoas fulminadas por um elevado grau de ceticismo e de cinismo, germinados na globalização neoliberal que a todos "coisifica", além de causar grande desemprego e injustiça social. Desse modo, havendo grande insatisfação social, a *ideologia*, a *disciplina* e o *controle social* se tornam os auspícios dos regimes totalitários. Com discursos inflamados, governantes fascistas conquistam rapidamente a simpatia do povo, que busca "o pai da horda" (Freud). A propósito, não raro, alunos admiram muito aqueles professores "rigorosos" – autoritários –, e, não por acaso, muitas pessoas sentem saudade de Getúlio Vargas, apelidado de "o pai dos pobres", ou do regime militar instalado após o *golpe* de 1964. E, dentro dessa lógica, são proferidos discursos políticos que conquistam o eleitorado inculto e elegem "hitlers", embora muitos nem conheçam a simetria das suas palavras com as do líder nazista.

Assim é criado um laço social, cuja união entre as pessoas de uma sociedade ganha força a partir da eleição de um inimigo. Normalmente, o inimigo é o *estrangeiro*. Mas, como ocorre no Brasil, pode ser o *outsider* (BECKER, 2008), não consumidor, cuja *força de trabalho* não interessa à economia neoliberal, de modo que o *biopoder*, rotineiramente, a destrói por meio de ações policiais, "banalizando o mal". É preciso esclarecer que os movimentos sociais que buscam *transformar* paradigmas advêm da união de pessoas. Mas, essa adesão ao movimento social, que acabará lhe dando coesão, somente será legítima se for voluntária, ou seja, fruto de um processo de *desalienação política*.

Assim, uma vez escolhido(s) o(s) inimigo(s) e atado o laço social contra ele(s), instala-se uma *democracia formal*, onde a minoria não possui qualquer relevância política e deve se submeter à vontade da maioria, se quiser sobrevi-

ver. A chamada *razão de estado* é invocada para justificar as violações aos direitos e garantias individuais e coletivas previstas na Constituição. Essa técnica *völkisch* consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez. Porém, tudo isso não passa de um "jogo-de-cena" para esconder os objetivos reais do *poder hegemônico* (GRAMSCI, 1982) ou classe hegemônica, cuja estratégia de ação envolve, inclusive, aproveitar-se da fascinação alienante do líder que representa esse poder.

Não há dúvida que o exercício de poder fascina, mormente aqueles mais débeis que buscam nessa projeção política a redenção dos mais íntimos recalques. Por isso, a criação de *mecanismos de controle do poder* é algo inexorável em uma democracia, antes que seja tarde. Do contrário, a autocracia, e o fascismo que dela decorre, tem maiores chances de se instalar em qualquer sociedade, sendo a *violência do sistema punitivo* o ápice e o fulcro dessa forma de governo.

Portanto, para conter *a onda do direito penal*, é fundamental que se lute contra as violações da Constituição de 1988. Essa luta depende da atuação de atores sociais (líderes emancipados) dispostos a levantar suas vozes contra as propostas autoritárias que constantemente são emanadas do nosso Congresso Nacional, ainda mais quando se percebe que as *tecnologias de massa* (celulares, Internet e televisão) facilitam a disseminação de ideias fascistas.

A construção da democracia e do seu poder de influenciar os rumos da sociedade que estamos inseridos, depende do aprofundamento teórico e prático do estudo crítico das ciências criminais, não podendo ser aceito um paradigma científico não vinculado ao *materialismo dialético* e à *filosofia da libertação*.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

ARGÜELLO, Katie. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BECKER, Howard S. Outsiders: *estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONJUR. *Déficit* no sistema prisional é de 170 mil vagas. *Revista Consultor Jurídico*. 27.11.2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-nov-27/deficit-sistema-prisional-brasileiro-170-mil-vagas].

CORREAS, Óscar. *El neoliberalismo en el imaginario jurídico. Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

Em 11 anos, Rio registra 10 mil mortos em "confrontos". *O Estado de S. Paulo*, Cad. Notícias, 09.11.2009. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/geral,em-11-anos-rio-registra-10-mil-mortos-em-confrontos,463334,0.htm].

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 30. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2005.

GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. 4. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

HANEY, Craig; BANKS, Curtis; ZIMBARDO, Philip. Interpersonal dynamics in a simulated prison. *International Journal of Criminology and Penology*. vol. I. p. 69-97, 1973.

LUND, Kátia; SALLES, João Moreira (dirs.). *Notícias de uma guerra particular*. [Filme-vídeo]. DVD. 56 min. color. son. Brasil, 1999.

LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou revolução?* 4. ed. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 26. ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. Trad. Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MILGRAM, Stanley. *Obedience to autority: an experimental view*. Londres: Tavistock, 1974.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. 4. ed. rev. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 1999.

OLMO, Rosa Del. *América Latina y su crimonología*. 4. ed. México: Siglo XXI, 1999.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad. *Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010*. San José Costa Rica: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (Pnud), 2010.

RAMOS, Maria Augusta (dir.). *Justiça*. [Filme-vídeo]. 2 discos DVD/NTSC, 107 min. color. son. Brasil/Holanda, 2004.

RODRIGUES, Fernando. Bancos pagam feriado na praia de 47 juízes. *Folha de S. Paulo*, Cad. Brasil, 11.09.2006.

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

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006.

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL JOINVILLE. Empresa renova contrato para utilizar trabalho dos detentos da Penitenciária Industrial de Joinville. Disponível em: [www.sjc.sc.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=248].

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Safe, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática, de Antônia Elúcia Alencar – *RT* 895/471;
- A inserção do controle social nas escolas criminológicas: do monismo social à criminologia crítica, de Antonio Henrique Graciano Suxberger – *RCP* 5/214;
- Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos, de Marcelo Semer – *RBCCrim* 69/95;
- Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal, de Luciana de Medeiros Fernandes – *RBCCrim* 69/46;
- Direitos, fundamentais para quem? Mídia, direito penal e criminalização da pobreza, de Raphael Boldt e Aloísio Krohling – *RT* 893/385;
- Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental, de Frederico Figueiredo – *RBCCrim* 70/100; e
- Uma análise histórica da imposição do medo do Direito Penal aos setores subalternos da população brasileira, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – *RBCCrim* 90/373.

55913

O TEMPO DA JUSTIÇA CRIMINAL NOS EUA, BRASIL E PORTUGAL EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

2

LUDMILA MENDONÇA LOPES RIBEIRO

Doutora em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Mestre e bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Bacharel em Direito pela UFMG. Pesquisadora e Coordenadora do CPDOC/FGV-SP.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Este artigo tem por objetivo a revisão dos estudos já realizados sobre a temática "Tempo da Justiça Criminal" em três países distintos: Estados Unidos da América, Portugal e Brasil. Com isso, pretende-se, por um lado, sumarizar as mensurações realizadas nestes estudos sobre as diferenças entre tempo legal e tempo necessário pela justiça criminal para processamento de um delito; e, por outro, comparar os determinantes do tempo do processo criminal no âmbito desses três países. Um estudo desta natureza é relevante, porque esta temática tem despertado um interesse cada vez maior da academia brasileira, carecendo, portanto, de um maior aprofundamento sobre as conclusões que outros estudos sobre o tema chegaram em outras realidades.

PALAVRAS-CHAVE: Tempo da justiça criminal - Direito processual penal - Sociologia jurídica.

ABSTRACT: The goal of this article is to review previous studies that have been carried out about "Criminal Justice time" in three different countries: the United States, Portugal and Brazil. This paper summarizes measurements made in these studies, addressing the differences between legal time and time required by criminal justice to process a crime. It also compares the determining factors related to time of prosecution in these three countries. This study is relevant because in the last few years a great number of scholars have been analyzing this topic in Brazil without taking into account the conclusions that have already been made and are available in international literature. Further clarification on studies' findings on the same topic, in different countries, might help researches.

KEYWORDS: Criminal justice time - Criminal Procedure Law - Legal sociology.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O ponto de partida das análises sobre o tempo da justiça criminal: uma revisão dos estudos norte-americanos sobre o tema - 3. O tempo da justiça criminal portuguesa - 4. O tempo da justiça criminal brasileira - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Uma das temáticas mais relevantes referentes ao direito em ação é a relativa à capacidade do sistema judicial em processar de forma eficiente as demandas que chegam ao seu conhecimento. De acordo com Santos (1996), um desses indicadores é o tempo despendido pelos sistemas judiciais (Cíveis, Criminais, Trabalhistas, entre outros) na realização de suas respectivas missões organizacionais.

A problemática atual dos sistemas de justiça criminal relativa a sua incapacidade de processar adequadamente os delitos que chegam ao seu conhecimento ocorre especialmente pela demora excessiva no julgamento de uma dada infração. O efeito perverso deste problema é a sua contribuição para a disseminação da ideia de impunidade, dada a probabilidade de a punição acontecer em um horizonte muito distante do tempo presente. Em um cenário como este, estudos que visem à avaliação da produção decisória do sistema de justiça criminal emergem como análises de particular importância.

Assim, o estudo do tempo de processamento de um delito pelo sistema de justiça criminal é importante porque este é um indicador da própria capacidade das organizações em implementar a ideia de justiça. Se longo, é cada vez menos provável corrigir falhas técnicas na condução administrativa dos procedimentos ou localizar testemunhas, eventuais vítimas, possíveis agressores; se curto, corre-se o risco de suprimir direitos consagrados na Constituição e nas leis processuais penais, instituindo, em lugar da justiça, a injustiça (ADORNO; IZUMINO, 2007).

A sociologia contemporânea tem analisado cada vez mais esta temática na tentativa de: (a) calcular o tempo despendido pelo sistema de justiça criminal no processamento de uma infração penal; e (b) compreender em que medida os tribunais aplicam os dispositivos legais que regulam o tempo de um processo criminal.

No que se refere ao cálculo do tempo propriamente dito, o pressuposto para a realização deste tipo de estudo diz respeito ao contraste dos conceitos de tempo legal e tempo necessário (SANTOS, 1996).

O tempo legal para o processamento de um delito seria aquele estabelecido pela lei, pelos Códigos. Já o tempo necessário pode ser entendido como o tempo ideal de duração de um processo, tempo este que harmoniza rapidez e eficiência com proteção dos direitos (o que, em algumas situações, demanda a extensão do prazo prescrito em lei). Assim, um sistema de justiça será considerado tanto mais eficiente quanto menor a diferença existente entre o tempo legal e o tempo necessário, uma vez que:

"O Conselho da Europa tem considerado que um processo estará em atraso logo que dure mais que o tempo exigido pelo sistema penal vigente, consi-

derando as exigências decorrentes das regras processuais, constitucionais e outras que garantam direitos ou interesses legítimos do acusado, da vítima ou de terceiros" (SANTOS, 1996, p. 397).

Nesses termos, parte dos estudos realizados nos Estados Unidos, Portugal e Brasil dedicados à análise do tempo dos tribunais tem como objetivo calcular o tempo da justiça criminal e compará-lo ao tempo legalmente prescrito pelos Códigos. O propósito deste cálculo é verificar a diferença entre os limites prescritos pelos Códigos e a realidade dos tribunais, problematizando a questão da implementação do direito no âmbito das estruturas jurídicas e, com isso, apontando para a importância de se refletir sobre a diferença existente entre o direito no papel e o direito em ação.

Uma segunda perspectiva de análise adotada pelos pesquisadores desses três países é a que diz respeito à compreensão dos determinantes do tempo da justiça. Essas análises, no entanto, tendem a possuir elementos diferenciados de acordo com a tradição jurídica em ponto: *common law* ou *civil law*.

De acordo com Siegel e Senna (2007), o sistema judiciário dos Estados Unidos da América pode ser definido como partidário da tradição jurídica da *common law*. Neste sistema, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Neste sistema jurídico, a análise do caso se faz a partir de determinados precedentes e não por meio de determinados diplomas legais que regulem aquela questão. Quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente.

No entanto, com relação ao tempo máximo de duração de uma demanda criminal processada nos Estados Unidos da América, há uma emenda constitucional (*Speed Trial Act*) que aproxima este sistema jurídico do sistema da *civil law* ao estabelecer que o tempo máximo de processamento de um delito é de 100 dias.

O sistema da *civil law* é de origem romano-germânica, o que equivale a dizer que dentro de seu arcabouço institucional todas as controvérsias devem ser dirimidas de acordo com os diplomas legais que regem aquela questão e, dessa forma, casos semelhantes podem implicar decisões diferentes na medida em que a solução anterior de um caso não produz vinculação da matéria para a decisão de casos subsequentes. Ou seja, no âmbito deste sistema, a resolução da controvérsia se dá pela interpretação do diploma legal e não pela vinculação de precedentes (SIEGEL; SENNA, 2007). Neste sistema, o que é estabelecido não é o prazo de duração global do processo, mas o tempo que cada um dos operadores do direito pode despender na realização de um ato processual.

O ponto relevante a ser destacado para esta análise é que diferentes tradições jurídicas implicam não apenas tempos diferenciados para processamento de uma demanda criminal, mas, ainda, estudos com ênfases distintas sobre as causas da morosidade no âmbito da justiça criminal. Por exemplo, no âmbito da *common law*, o foco dos estudos está muito mais relacionado ao papel que os elementos organizacionais (número de juízes, causas, dentre outras) possuem na determinação do tempo de duração do processo; já no âmbito da *civil law*, o objetivo principal de tais estudos é compreender em que medida o tempo do processo é delimitado, a partir das características dos envolvidos, em detrimento das características legais e processuais do fato.

A partir desta primeira apresentação do tema, os objetivos deste artigo são: (a) apresentar os estudos já realizados sobre a temática "Tempo da Justiça Criminal nos Estados Unidos da América, Portugal e Brasil"; (b) sumarizar as mensurações realizadas nestes estudos sobre as diferenças entre tempo legal e tempo necessário; (c) comparar os determinantes do tempo do processo criminal no âmbito dessas duas tradições jurídicas viabilizando a inserção da análise comparada nos estudos sobre tempo da justiça criminal atualmente desenvolvidos no Brasil.

Para tanto, este artigo encontra-se estruturado em quatro seções. A primeira discute os estudos sobre o tempo de processamento da justiça criminal norte-americana; a segunda apresenta os estudos realizados em Portugal; e a terceira, as análises que tiveram lugar no cenário Brasil. A quarta e última seção sumariza as principais consonâncias encontradas por estes estudos, referentes ao tempo da justiça criminal brasileira.

2. O PONTO DE PARTIDA DAS ANÁLISES SOBRE O TEMPO DA JUSTIÇA CRIMINAL: UMA REVISÃO DOS ESTUDOS NORTE-AMERICANOS SOBRE O TEMA

Nos Estados Unidos da América, a década de 1960 foi marcada por uma série de transformações políticas e sociais que terminaram por colocar a reforma do sistema judicial como algo relevante para a seara de estudos criminológicos/sociológicos. De acordo com Siegel e Senna (2007), a polêmica em torno do tempo de duração do processo, seja no meio acadêmico, seja na sociedade como um todo, se tornou evidente quando do julgamento do caso "Kofler *vs.* Noth Carolina" no ano de 1967. Isso porque neste julgamento um dos pontos principais da argumentação era que a demora do processo ofendia aos princípios da Constituição americana e, por conseguinte, o direito subjetivo do réu a ter acesso breve à justiça, razão pela qual ele deveria ser prontamente libertado.

Diante deste cenário, a Suprema Corte Americana afirmou que o direito ao julgamento rápido integrava o art. 6.º da Constituição e, por isso, deveria ser

respeitado enquanto tal, fazendo com que todos aqueles que não tivessem o seu direito respeitado fossem restituídos pelos dados causados. Na exposição de motivos desta interpretação, foi colocado que o direito ao julgamento rápido deve ser efetivado, de preferência, em todos os casos, visto que apenas desta forma é possível: (a) aumentar a credibilidade no processo, fazendo com que a testemunha possa se apresentar ao júri o mais rápido possível; (b) possibilitar que os acusados fiquem presos provisoriamente por um tempo inferior ao necessário; (c) afastar excessiva publicidade; (d) evitar que os promotores de justiça venham a impetrar recursos desnecessários; e (e) evitar qualquer tipo de demora que possa afetar a habilidade do acusado em defender-se (SIEGEL e SENNA, 2007).

Este julgamento despertou não apenas o interesse pela temática, mas também sucessivos debates sobre o que seria um tempo justo e o que deveria ser, dentro deste cenário, colocado como morosidade judicial.

Em 1971, um artigo publicado pela revista *Newsweek* colocou a morosidade judicial como uma das questões mais importantes e problemáticas na visão dos cidadãos americanos. Entre as principais explicações para o atraso no julgamento das causas levadas ao judiciário, a pesquisa publicada em tal revista apontava as seguintes: ausência de recursos físicos, incapacidade de gestão e aumento do número de demandas levadas a conhecimento do Judiciário sem adequada expansão da estrutura organizacional existente neste.

A partir deste diagnóstico, a reportagem se encerrava pontuando que uma simples mudança na forma de interpretação da 6.ª Emenda Constitucional não seria capaz de alterar este quadro de lentidão. Assim, os cidadãos americanos deveriam pressionar o Poder Judiciário a empreender uma mudança geral na estrutura de funcionamento de todo o sistema (LANDES, 1971).

Tomando como base esta reportagem, no início da década de 1970, Levin (1975) empreendeu um estudo sobre a morosidade processual em cinco cortes criminais, para todos os casos processados durante os anos de 1965 e 1966. A partir da análise destes casos, o autor pôde constatar que a mediana de tempo para processamento de uma causa criminal era de 160 dias em Pittsburgh, 144 dias em Columbia, 81 dias em um dos tribunais de Chicago e 14 dias em Minneapolis.

Para a análise dos determinantes deste tempo de processamento, o autor levou em consideração as características legais e processuais do caso e as características contextuais do juízo. Os resultados desta análise indicaram que, apesar de a morosidade processual ser uma função de vários diferentes elementos (como características do caso e do juízo, bem como dos advogados e dos acusados), a questão mais problemática da morosidade diz respeito aos seus efeitos, posto que, quanto maior o tempo de processamento, maior a probabilidade de o acusado ser absolvido pela prática de um crime grave.

As conclusões desse estudo, aliadas às pesquisas de opinião que locavam a lentidão da justiça como uma das principais causas do descrédito na justiça americana, motivaram o Congresso Americano a publicar, no ano de 1974, o *Speed Trial Act*. Esta disposição legal assinalava que todos os casos criminais, a partir de certo limite temporal, deveriam ser, necessariamente, objeto de apreciação pelo juízo competente e este ato apenas não ocorreria caso as partes (defesa e acusação) acordassem em sentido contrário.

Para se garantir o direito do réu de ser julgado no menor tempo possível e, ao mesmo tempo, garantir a credibilidade dos tribunais no âmbito da sociedade americana, a Suprema Corte fixou o prazo de 60 dias como tempo médio de duração para os processos criminais (BRIDGES, 1982).

Em 1978, este dispositivo legal foi reinterpretado pela Suprema Corte e, com isso, ficou estabelecido que:

"Under the provisions of the federal Speed Trial Act, the maximum permissible time for processing criminal cases initiated after July 1, 1978, is 100 days from arrest to trial" Trotter e Cooper (1981, p. 114).

Esta solução "mágica" foi amplamente criticada por advogados, promotores, juízes e cientistas sociais. De acordo com eles, o problema é que este tipo de solução, pela via legal, não seria capaz de alterar as práticas cotidianas dos tribunais. Ou seja, apenas a análise sobre as causas principais da demora em justiça criminal poderia apontar as soluções para este problema. Assim, a única forma de resolver o problema seria aumentar a produção de conhecimento sobre o tema (TALARICO, 1984).

Um dos primeiros estudos realizados após a publicação desta decisão da Suprema Corte foi o de Nimmer (1978), o qual colocou que o tempo de processamento das demandas criminais estava muito mais associado à relação pessoal existente entre promotores, defensores e juízes, bem como às motivações pessoais que estes possuíam para o processamento da causa, do que às regras formais que orientavam o processamento das causas. Esta visão, no entanto, começou a ser alterada a partir do momento em que o *National Center for State Courts* empreendeu um grande *survey* acerca dos determinantes do tempo de processamento dos tribunais cíveis e criminais em diversas regiões dos Estados Unidos da América.

Esta pesquisa foi intitulada *Justice delayed: The pace of litigation in urban trial courts* e teve como grande mérito o fato de ter analisado 21 cortes gerais de jurisdição em cidades de diversos Estados nos Estados Unidos. Em cada corte, a equipe coletou uma amostra de aproximadamente 500 casos civis e 500 criminais encerrados no ano de 1976.

A partir destes dados, Church et al (1978) mensuraram o tempo mediano entre a data do crime e a data do procedimento que encerrava o processo, para casos criminais cujo encerramento ocorreu no ano de 1976. Os resultados

apontaram para o fato de que o tempo mediano mínimo para se processar um crime era 64 dias e o máximo era 343 dias. A corte mais rápida era Portland, onde só 3% dos processos analisados duraram mais de 180 dias.

Por outro lado, no Município de Bronx, 75% dos processos analisados duraram mais de 180 dias entre a data do crime e o procedimento que encerra o processo. Levando-se em consideração que o tempo médio estabelecido pelo *Speed Trial Act* era de 100 dias para qualquer procedimento criminal, é possível constatar que em apenas sete das cidades pesquisadas o tempo mediano era este ou se situava abaixo deste valor.

A segunda etapa desta pesquisa era compreender quais eram os principais fatores que contribuíam para a extensão ou redução deste tempo de processamento. De acordo com os autores, estes fatores poderiam ser sumarizados da seguinte maneira (Quadro 1):

Quadro 1

Principais variáveis que explicam o tempo de processamento das causas processadas pelo sistema de justiça dos Estados Unidos no ano de 1976

Variável	*Importância*
Prisão durante o processo	A prisão durante o processo reduz o tempo de duração deste porque: (a) o réu deseja sair logo da prisão; (b) o Estado norte-americano não deseja ser processado por manter o réu na prisão por prazo além do necessário.
Recursos para a suprema corte	Especialmente nos casos que contam com advogado particular e nos quais o réu está em liberdade enquanto o processo tramita, este é um tipo de recurso usado especificamente com o expediente de protelar a decisão. Ou seja, considerando que o réu possui o direito de apelar para as últimas instâncias, ele o faz, ainda que ciente de que tal ato apenas resultará no retardo da decisão. Soma-se a isso o fato de que os advogados particulares recebem por hora trabalhada e, dessa forma, quanto mais tempo o processo demandar, maiores serão os honorários destes.
Atuação de advogados públicos no processo	A defesa do réu ocorrer, primordialmente, por meio de advogado público é importante porque os advogados públicos, em razão do excesso de trabalho, não podem se dedicar a causa sobremaneira, como assim o fazem os advogados particulares. Este fato, por si só, implicaria redução do prazo de duração do processo, já que o desejo do advogado público é acabar com o processo o mais rápido possível e, por isso, preferirá acordos em detrimento de uma decisão judicial.
Características específicas do caso	Casos que incluem júri popular tendem a demandar mais tempo pela própria complexidade da causa. Segundo os autores, processos que possuem este tipo de procedimento duram, em média, duas semanas mais do que os processos julgados pelo juiz singular ou processos que se encerram através da Plea Bargain (acordos entre advogados, promotores e juízes para punição e encerramento do caso sem a promulgação de uma sentença).
Lugar do processamento da causa	Como nos Estados Unidos da América cada Estado tem liberdade para estabelecer quais são os procedimentos a serem aplicados quando da lesão ou ameaça de lesão a um determinado bem jurídico, a pesquisa verificou que esta diferenciação de procedimentos é também responsável pelas diferenças no tempo despendido para o processamento de uma demanda criminal de mesma natureza.
Tempo de duração da causa nos anos pretéritos	Uma constatação bastante interessante desta pesquisa diz respeito à inflexão da curva do tempo demandado para o processamento da causa ao longo dos anos. Segundo os autores, o tempo de processamento da causa nos anos anteriores são importantes preditores do tempo de processamento da causa nos anos vindouros.

Fonte: Church et al (1978)

Por fim, a pesquisa patrocinada pelo *National Center for State Courts* constatou que, na seara criminal, as atitudes e as práticas informais dos advogados e dos juízes têm importante influência sobre a morosidade processual. Essa influência, inclusive, apenas pôde ser constatada a partir de entrevistas com os operadores do direito, já que as estatísticas publicadas no relatório anual de cada organização não são capazes de revelar os acordos informais que resultam na extensão ou redução do prazo entre o início e o encerramento do processo. Soma-se a isso o fato de que os valores, crenças e atitudes da comunidade que circunda o tribunal também influenciam sobremaneira o tempo que este despende no processamento dos crimes (CHURCH et al, 1978).

Swigert e Farrell (1980), por sua vez, analisaram a informação de 50% de todos os assassinatos que resultaram em prisão em flagrante entre os anos de 1955 e 1973 numa jurisdição urbana grande dos Estados Unidos. Ao aplicar aos 444 casos as técnicas de regressão linear, eles constataram que a variável dependente (neste caso, o tempo entre a prisão em flagrante e o procedimento que encerra o processo) variava entre um e 75 meses, com média temporal de 9,1 meses e um desvio padrão de 9,26. Os resultados desta análise demonstraram ainda que os preditores mais importantes da quantidade de tempo que decorre entre a prisão em flagrante e a disposição final são: a liberdade dos réus durante o processo e o fato de o réu ser de cor branca. Ambos atuam como causa de extensão do tempo de processamento.

Ou seja, réus que gozavam de liberdade provisória e que eram de cor branca tendiam a ter um processo mais demorado do que aqueles mantidos em custódia ou de cor escura. Outra conclusão importante deste estudo é que o lapso de tempo afeta significativamente a severidade da punição final recebida pelo acusado: processos mais longos possuem maior probabilidade de absolvição, enquanto processos mais curtos implicam maior probabilidade de condenação.

Outro estudo de referência realizado a esta época foi o empreendido por Bridges (1982), que analisou todos os casos criminais julgados pelos tribunais federais entre os anos de 1971 e 1981, no intuito de verificar em que medida a publicação do *Speed Trial Act* (inicialmente) em 1974 havia alterado o tempo de processamento da causa. A hipótese do autor era a de que, nos anos subsequentes a este diploma legal, o tempo médio de duração dos processos criminais seria menor do que costumava ser antes da promulgação deste dispositivo legal.

Os dados coletados pelo autor evidenciaram que, nos anos subsequentes à publicação do *Speed Trial Act*, a cada ano que passava, o tempo médio de duração dos processos de crime de homicídio era alterado. No entanto, a pequena redução do tempo e o prazo médio de julgamento das causas criminais

de aproximadamente 100 dias levaram o autor a encerrar seu trabalho com a seguinte pergunta: em que medida a redução do tempo médio (consideradas todas as causas de natureza criminal) a partir de 1974 pode ser atribuída à publicação de *Speed Trial Act*?

Neubauer e Ryan (1982) vão tentar responder a esta pergunta ao examinar três cortes criminais de diferentes partes dos Estados Unidos. O propósito desses autores era testar a ideia de que a cultura local tem um papel importante na determinação do tempo de processamento. Para tanto, eles analisaram quatro características do caso e do réu, e encontraram os seguintes resultados:

1. *A natureza da ofensa*: casos mais sérios tendem a exigir mais tempo para serem processados.

2. *Recursos em segunda instância*: movimentos e pedidos de novos julgamentos aumentam a probabilidade de demora no caso.

3. *Situação financeira do réu:* o tipo do advogado e a custódia do réu durante o processo são relacionados a sua situação financeira e interferem diretamente no tempo de duração da causa.

4. *Características físicas dos réus*: réus negros (em casos de homicídio) tendem a ser processados mais rapidamente do que réus brancos.

A partir de uma regressão na qual o tempo era a variável dependente e as quatro variáveis acima sumarizadas eram as independentes, os autores puderam constatar que: (a) a existência de recursos em segunda instância contribui para a disposição mais prolongada de caso; (b) a custódia do réu reduz o tempo de processamento, em média, em 60%; (c) o advogado privado, por sua vez, aumenta o tempo em 30%.

Com relação às características do réu, os autores constataram que esses fatores, apesar de importantes para o controle, não influenciam o tempo de duração, visto que não são estatisticamente significantes. Outra explicação lançada pelos autores para este fato é a de que as características do réu não apareceram como estatisticamente significantes na medida em que mensuram o mesmo tipo de característica que a prisão durante o processo e a presença de advogado privado (NEUBAUER; RYAN, 1982).

Em artigo publicado um ano depois, Neubauer (1983) construiu uma medida de morosidade em uma perspectiva analítica diferente. De acordo com o autor, o problema principal das pesquisas conduzidas neste campo estava relacionado à ausência de comparação entre diferentes tribunais. Essa falha, por si só, poderia explicar as diferenças de tempo, tendo em vista que as regras de cada Estado costumam ser diferentes quanto ao processamento das causas. Assim, usando os dados que reuniu em quatro cortes (Providence; Dayton; Las

Vegas; Detroit), Neubauer tentou explicar as causas principais da morosidade na justiça criminal.

Primeiro, ele dividiu o tempo de duração do processo em três fases específicas (antes da corte, corte de acusação e corte de julgamento). Depois, calculou o peso de cada fase no tempo total do procedimento, verificando que, em geral, a fase do Ministério Público é a que possui maior peso no total.

Uma das possíveis explicações para este fenômeno, qual seja, o grande peso da fase do Ministério Público, no entender do autor, é que os acordos entre defensores e promotores por uma pena mais branda, em detrimento do processo criminal completo, têm lugar nesta fase. Entre as principais conclusões deste estudo, destaca-se a importância de se assumir que o tempo do processo penal é na realidade um somatório de tempos individuais que envolvem agências distintas e regras completamente diferentes, que possuem em si mesmas as explicações para a extensão ou redução do tempo (NEUBAUER, 1983).

Na segunda parte de seu trabalho, Neubauer (1983) concentrou-se em procurar compreender quais são os principais fatores que poderiam explicar as diferenças de tempo de processamento entre os quatro tribunais. Entre as principais variáveis que apareceram como estatisticamente significantes estão as seguintes: (a) incidente de insanidade mental; (b) não comparecimento do réu nos interrogatórios ou audiências; e (c) ano no qual o processo foi iniciado.

O trabalho de Neubauer serviu de subsídio para a realização da conferência para a redução do tempo de processamento dos tribunais americanos, realizada em setembro de 1985. Neste momento, Mahoney et al (1985) apresentaram os resultados preliminares de uma pesquisa que tinha como objetivo mostrar as principais mudanças operadas nas cortes americanas no período compreendido entre os anos de 1976 e 1985.

Os dados deste estudo eram provenientes de amostras de aproximadamente 500 casos civis e 500 casos criminais em cada corte, de questionários completados por administradores dos tribunais e de observações e entrevistas com operadores do direito. A análise de tais informações demonstrou que mudanças gerenciais nos tribunais, como criação de mecanismos de monitoramento e avaliação dos casos cíveis e criminais, foram as alterações que mais contribuíram para a redução do tempo de processamento das causas.

Com isso, os autores passaram a enfatizar a importância de criar mecanismos que permitissem o acompanhamento do que ocorre na realidade cotidiana dos tribunais de forma a impedir que os operadores do direito manipulem o tempo de processamento das causas de acordo com interesses outros que não a realização da justiça.

Luskin e Luskin (1986) também realizaram um trabalho comparado, mas estes, por sua vez, utilizaram o banco de dados organizado por Neubauer (1983) como ponto de partida para a sua análise. Em análise dos casos criminais processados em Detroit entre abril de 1976 e março de 1978, os autores constataram que o tempo médio de processamento era de 76 dias, com um desvio padrão de 94 dias. Depois deste cálculo, os autores usaram 11 variáveis para apontar que tipo de variável poderia explicar a variação do tempo dos processos criminais em Detroit. Entre os principais resultados encontrados por eles, destacam-se os seguintes (Quadro 2):

Quadro 2

Principais variáveis que explicam o tempo de processamento das causas criminais iniciadas e encerradas entre abril de 1976 e março de 1978 em Detroit – Estados Unidos

Variável	Direção de causalidade entre a variável e o tempo de processamento.
Natureza da defesa	Advogados públicos tendem a dar menos atenção ao caso, fazendo com que ele demande mais tempo para alcançar a fase de sentença.
Prisão durante o processo	Como o réu está preso e a prisão é entendida como um dos piores efeitos do processo nos EUA, todo o esforço do sistema de justiça criminal é concentrado para reduzir ao máximo este efeito.
Seriedade do delito	Quando o réu é acusado de um delito extremamente grave e, por isso, sujeito à pena de morte, ele possui razões estratégicas para contribuir com a demora do processo.
Condenação anterior	A condenação anterior atua como elemento de extensão do prazo do processo porque influi no tamanho e na gravidade da pena. Assim, a menos que o réu já esteja preso, ele tende a contribuir estrategicamente com a dilatação do prazo.
Natureza do juízo	Juízos especiais fazem com que o caso demande mais tempo para ser processado do que casos mais simples, que podem ser julgados diretamente pelo juízo singular.
Número de acusados	Quanto maior o número de acusados, maiores os problemas de coordenação e, por conseguinte, maior o tempo despendido no processamento da causa.
Provas adicionais	O pedido de provas adicionais para a supressão de qualquer dúvida quanto aos indícios de autoria e materialidade resulta em extensão do tempo de processamento.
Avaliação psicológica	O simples pedido de avaliação psicológica implica deslocamento do réu e, por conseguinte, retardo do processo.
Ausência do acusado	A ausência do acusado a algum dos atos processuais causa morosidade, uma vez que este tem de ser adiado e, por conseguinte, remarcado para outra data.
Interrogatório do acusado	O fato de o acusado não ser interrogado imediatamente ou de ele ser interrogado duas vezes, em momentos distintos do processo, faz com que este se torne moroso.
Fatores organizacionais do Tribunal	São fatores que influenciam sobremaneira o tempo de duração do processo: a necessidade de revisão dos atos da corte por um tribunal central, o número de casos que cada tribunal possui para julgar (de anos passados, inclusive), a obrigação de processar o caso dentro do tempo delimitado pela Suprema Corte, a descentralização da negociação para o nível local (em detrimento do estadual), o número de casos que cada juiz tem obrigação de julgar.

Fonte: Luskin e Luskin (1986)

Em razão das dificuldades de mensuração dos diversos itens que compunham a última variável (organização do tribunal), esta foi sistematizada em uma única variável: se o tribunal possuía ou não casos antigos (de mais de um ano) aguardando por algum ato processual, qualquer que fosse este. Eles também excluíram variáveis como sexo, idade e raça dos autores e vítimas do caso, já que análises anteriores apontaram que esses fatores influenciam as chances de o caso ser ou não registrado pela polícia e a severidade das sentenças, mas pareciam ter pouca influência no tempo de processamento da causa. Por fim, estes autores estimaram um modelo de regressão linear múltiplo em que o tempo era entendido como uma função das variáveis descritas acima.

Os resultados deste modelo apontaram que todas as variáveis por eles incluídas eram estatisticamente significantes, contudo, as que demonstravam maior efeito de "aceleração" ou "retardamento" do processo eram aquelas relacionadas à organização do tribunal. Em outras palavras, os autores concluíram que, pelo menos para o caso de Detroit, a cultura local parece ser a melhor explicação para a morosidade processual.

Já o estudo de Flemming et al (1987) procurou analisar os dados oficiais de nove tribunais distintos tendo como foco o ano de 1980, objetivando calcular a média do tempo de processamento de cada um destes e, ainda, compreender por que tribunais com organização semelhante possuíam tempos tão diferenciados.

Quanto aos determinantes do tempo, a equipe de pesquisadores constatou que apenas a existência de recursos às cortes superiores era uma variável que contribuía para o aumento do tempo de processamento em todos os nove tribunais. Com relação às demais variáveis (seriedade da ofensa, presença de arma de fogo, características pessoais do acusado, custódia do réu durante o processo, presença de advogado particular e congestionamento das varas criminais), algumas produziam efeito positivo em alguns tribunais, enquanto outras produziam efeito negativo, impedindo generalizações, tanto em termos dos tipos de reforma a serem empreendidos para redução da morosidade nos tribunais, quanto também no que se refere às causas desses.

Dadas essas conclusões, este trabalho se encerra enfatizando que apenas a análise comparada permitiria o maior conhecimento do que se processa no âmbito de cada tribunal e dos tipos de reforma que cada qual necessita para se tornar mais ágil, efetivo e eficiente.

Na direção apontada por Flemming et al (1987), tem-se a publicação do trabalho de Luskin e Luskin (1987), os quais utilizaram a base de dados organizada por Neubauer (1983) para comparar a duração dos processos criminais em

Detroit, Providence e Dayton. Como variáveis independentes foram utilizados os seguintes fenômenos:

1. *Características do caso*: tipo de advogado, antecedentes criminais do acusado, seriedade da ofensa, juiz regular da vara ou juiz substituto.

2. *Complexidade do caso*: número de acusados.

3. *Eventos do caso*: julgamento do caso, recursos das decisões interlocutórias, pedidos de novos exames/provas, incidente de insanidade mental, ausência do réu em quaisquer dos atos do processo.

4. *Organização do tribunal*: calendário do juízo, controle do tempo de duração dos processos pela corregedoria do juízo ou órgão similar a este, presença/ausência de estatísticas constantes computando o tempo de duração dos processos/procedimentos, presença/ausência de um juiz administrativo, possibilidades de acordos (*plea bargain*) descentralizados (nos escritórios dos promotores).

Os modelos estatísticos foram organizados separadamente para cada um dos tribunais e os resultados demonstraram, para todos eles, que o réu se encontrar custodiado durante o processo era um dos fatores mais importantes para a redução do tempo. O advogado público, por sua vez, provocou a redução do tempo em 11 dias em Dayton, em 13 dias em Providence e não interferiu em absoluto no tempo de duração do processo em Detroit.

Com relação às variáveis procedimentais do caso, tem-se o fato de que, se o caso é levado a julgamento, este demanda 69 dias a mais em Detroit, 172 em Providence e 78 em Dayton, indicando que a forma mais ágil de "encerramento" dos casos criminais nos EUA parece ser mesmo a *Plea Bargain*.

Por outro lado, os autores constataram que a presença de órgãos/instrumentos de monitoramento do desempenho dos juízos e, por conseguinte, do tempo de duração dos procedimentos, aliada às políticas de teto máximo de duração do processo, parece ter um efeito preponderante na redução do tempo deste (LUSKIN e LUSKIN, 1987).

No ano de 1988, Mahoney publicou os resultados finais da pesquisa que analisou as causas julgadas entre 1976 e 1985 em diversas cortes dos EUA. Entre os resultados mais importantes deste estudo, relacionados apenas às causas criminais, constatou-se que os tribunais experimentaram um aumento de 54% no número de causas a serem julgadas todos os anos no período de 1976 a 1985; no entanto, o tempo de processamento foi substancialmente reduzido em quase todos esses juízos.

Na análise da morosidade dos processos de natureza criminal, especificamente, os autores se concentraram sobre os casos denominados *felony*, ou seja,

aqueles que, em virtude da natureza da conduta, implicam punições superiores a um ano de prisão e, por isso, possuem procedimentos razoavelmente semelhantes, de tal forma que a comparabilidade entre os 18 tribunais é garantida. A partir deste recorte metodológico, o primeiro cálculo realizado pelos autores foi o relativo ao tempo despendido pelos tribunais entre a data da prisão do acusado do delito (já que todos os crimes graves, dentre os quais se destaca o homicídio, implicam a prisão inicial do acusado) e o seu encerramento.

Este cálculo indicou que alguns tribunais foram capazes de reduzir o tempo de processamento durante o período analisado, enquanto outros não. Entre as principais razões apontadas pelos autores para a redução do tempo de processamento de alguns dos tribunais, tem-se o fato de várias cortes terem implementado um programa de recompensas monetárias para os juízos que conseguissem reduzir o tempo de processamento de suas respectivas causas e ainda um programa de punições àqueles que, por ventura, tivessem dado ensejo a alguma morosidade.

De acordo com Mahoney et al (1988), apesar de este incentivo monetário ter sido importante para a redução do tempo de processamento, outros fatores merecem ser destacados, como, por exemplo, o aumento da capacidade de articulação dos operadores do direito envolvidos na atividade de processamento da demanda – defensores, promotores e juízes, sob uma única liderança, que se propuseram a julgar as causas antigas que ainda se encontravam tramitando no juízo, impedindo que qualquer processo ultrapassasse o tempo estabelecido como razoável (por esta liderança) para sua prática.

No ano seguinte, a equipe de Goerdt et al (1989) publicou os resultados da análise que teve como base os dados do *National Center for State Courts* para casos criminais iniciados e encerrados em 26 tribunais distintos no período compreendido entre os anos de 1983 e 1987. Com isso, foi possível constatar que 98% dos processos criminais julgados em tais cortes são encerrados em até 180 dias após a prisão em flagrante. O estudo destacou ainda que cortes que podiam processar casos criminais relativamente rápidos eram as que também processavam casos cíveis de maneira mais ágil, sugerindo que os esforços para redução da morosidade alteram o funcionamento do tribunal como um todo e não apenas de uma dada seara.

Em 1991, Goerdt et al (1991) publicaram o estudo denominado *Reexamining the pace of litigation in 39 urban trial courts*, que nada mais é do que uma extensão e um reexame dos dados publicados por Mahoney et al (1988). Uma constatação importante deste estudo é que os tribunais mais morosos eram também aqueles com maior passivo de processos, ou seja, aqueles que demandavam uma intervenção pontual para que o problema dos processos antigos

fosse solucionado de forma que o tribunal pudesse se concentrar apenas nos novos processos sem se preocupar com os anteriores.

Os resultados da pesquisa indicaram que, 10 anos após a publicação do *Speed Trial Act*, a maioria das cortes analisadas na pesquisa tinha reduzido o seu tempo de processamento. Contudo, algumas delas apresentaram um aumento do tempo, o que apontava a importância de a referida medida ser analisada com certo criticismo. Isso porque se a redução do tempo de processamento fosse o resultado tão somente da implementação de tal diploma legal, todos os tribunais deveriam ter experimentado uma redução do tempo, o que não parecia ser o caso.

Assim, ao final dos anos 1980, era consenso nos EUA que qualquer política destinada a reduzir o tempo de processamento ou a morosidade dos tribunais criminais deveria, em primeiro lugar, analisar quais eram as possíveis causas da morosidade em cada um dos tribunais, posto que as diversas pesquisas apontavam para diferentes realidades. Apenas para se ter uma ideia do quão distintas eram essas realidades, em alguns processos analisados, o advogado público fazia reduzir o tempo de processamento, enquanto em outros, a presença de um advogado público aumentava o tempo de processamento.

Esta conclusão aponta ainda para a veracidade das conclusões de Luskin e Luskin (1986), os quais destacaram que a articulação entre os operadores do direito (defensores, promotores e juízes) parecia ser um dos fatores que mais contribuíam para a redução do tempo de processamento.

O início dos anos 1990 foi marcado pela continuidade de estudos nesta temática, especialmente após a publicação do resultado *Doggett* vs. *United States*, no ano de 1992. De acordo com Siegel e Senna (2007), este caso reacendeu a discussão sobre a importância do tempo de processamento das causas criminais porque o réu foi absolvido em razão de a Corte Americana ter despendido oito anos e seis meses entre o registro do caso no tribunal e o recolhimento do indivíduo à prisão. De acordo com os autores, apesar de casos como este serem raros, o fato de eles acontecerem mostra a relevância de uma supervisão constante dos juízos.

Este caso foi ainda relevante porque reviu os limites do *Speed Trial Act*. Em razão desta decisão, a partir daquele momento não haveria mais um tempo limite ou pré-fixado (como os 100 dias fixados ao final da década de 1970) a partir do qual o caso seria considerado moroso. De acordo com Siegel e Senna (2007), as razões para isso fundavam-se na ideia de que a morosidade deveria ser analisada diante do caso concreto e, dessa forma, se em alguns casos 100 dias era um limite razoável, em outros esse limite parecia excessivamente longo. Contudo, ainda na atualidade, em diversos casos, o limite de 100 dias,

salvo determinação especial, continua a ser utilizado como baliza para mensuração da morosidade e, por conseguinte, aplicação das penalidades cabíveis a quem dá ensejo a esta.

A década de 1990 foi também marcada pela diversificação dos tribunais foco de análise da morosidade processual. Por exemplo, Buts e Halemba (1994) analisaram a morosidade processual em 123 Tribunais da Infância e da Juventude situados nos Estados Unidos e concluíram que a mediana de tempo para processamento das infrações criminais cometidas por jovens é de 91 dias – superior aos 86 dias medianos que Goerdt (1991) pontua para o encerramento das demandas criminais que têm adultos como acusados.

A pesquisa de Buts e Halemba (1994) tinha como base de dados os questionários preenchidos por oficiais de cartórios, juízes, defensores e promotores. Com isso, foi possível ainda perceber que 20% dos operadores do direito não estavam satisfeitos com o tempo despendido para o processamento da demanda criminal nas varas da infância e da juventude.

Por outro lado, a análise das informações oficiais de cada tribunal, concatenadas com as informações fornecidas pelas respostas aos questionários, permitiu aos autores concluírem que as causas da morosidade são múltiplas e variadas. Dessa forma, apenas estudos que procurem enfatizar a organização dos tribunais, em conjunto com as características dos envolvidos, características processuais e características legais do caso, serão capazes de viabilizar a constituição e a implementação de uma série de medidas tendentes a reduzir a morosidade.

Já ao final da década de 1990, Ostrom e Hanson (1999) fizeram uma grande revisão acerca dos estudos já publicados sobre os determinantes do tempo de processamento dos tribunais. Este estudo teve como objetivo esclarecer os fatores que explicam por que alguns tribunais seguem os limites temporais fixados pela *American Bar Foundation* enquanto outros não[1] e, com isso, problematizar as regras propostas para melhoria do funcionamento dos tribunais no que diz respeito ao tempo de processamento.

Para a realização dessa pesquisa, além da revisão da literatura sobre o tema, os autores utilizaram a informação disponibilizada por cortes de julgamento localizadas em várias partes dos Estados Unidos (Albuquerque, Novo Mexico; Austin, Texas; Birmingham, Alabama; Cincinnati, Ohio; Grand Rapids, Michi-

1. A *American Bar Foundation* estipula que 90% dos casos criminais devem ser resolvidos em até 120 dias, 98% em até 180 dias e 100% devem ser resolvidos em até 365 dias após o registro do crime.

gan; Hackensack, Nova Jersey; Oakland, Califórnia; Portland, Oregon; e Sacramento, Califórnia). A primeira constatação dos autores utilizando esses dados foi que, em média, as demandas criminais nos tribunais pesquisados demoram 245 dias para serem encerradas.

Em um primeiro plano, o dado que mais chamou a atenção dos autores, com relação ao tempo de processamento propriamente dito, foi que, em média, apenas 52% dos casos criminais se encerravam em 180 dias. Este percentual é bastante inferior aos 98% fixados pela *American Bar Foundation*, diretriz temporal para funcionamento dos tribunais.

A partir destes bancos de dados, os autores amostraram 400 casos julgados no ano de 1994 para coleta de informações minuciosas não apenas a respeito dos casos, mas também sobre os envolvidos nestes. Com essa amostra, foi possível a eles constatar que, em regra, os casos de homicídio são os que demoram mais tempo para serem encerrados. Este estudo apontou ainda que as características do réu são as que melhor explicam as diferenças em termos do tempo necessário para o processamento da ação.

Outras variáveis que apareceram como determinantes do tempo de processamento foram: a severidade da ofensa, o método de resolução (julgamento ou acordo) e o estado do réu (se em custódia ou em liberdade provisória). Com isso, os autores concluíram que as principais variáveis que explicam a morosidade e o percentual de aumento de tempo que cada uma delas ocasiona, controlando pelas demais, podem ser sumarizadas na Tabela 1:

Tabela 1

Principais variáveis que explicam a morosidade processual e percentual de aumento que cada uma delas provoca do tempo de processamento de causas criminais – Tribunais Criminais Americanos – Ano de 1994

Variável	Percentual de aumento do tempo de processamento
Ofensa de maior potencial ofensivo	27%
Uso de arma de fogo	14%
Múltiplos acusados	25%
Prisão preventiva por não comparecimento a uma das audiências	21%
Condenação anterior por crime	43%
Aguardo do julgamento em liberdade (fiança)	64%
Advogado privado	25%

Fonte: Ostrom e Hanson (1999, p. 24)

Wilson e Klein (2006), por sua vez, analisaram o processamento criminal de 342 homens que foram originalmente detidos por violência doméstica dentro da jurisdição da corte de Massachusetts no período compreendido entre fevereiro de 1995 e março de 1996. O acompanhamento de tais casos foi realizado até dezembro de 2004. A partir desta base de dados longitudinalmente construída pelo acompanhamento do caso desde o seu registro pela polícia até o encerramento nos tribunais, foi possível analisar as etapas que os processos de violência doméstica têm de percorrer após sua detenção, quais sejam: persecução penal, sentença inicial e disposição final do caso. Com isso, eles constataram que o tempo médio despendido entre a fase de acusação e a disposição inicial era de 259 dias.

No tocante aos determinantes do tempo, usando um modelo estatístico multivariado, os autores puderam constatar que a condenação prévia por um crime violento na juventude faz com que o tempo de processamento seja reduzido em 64% em comparação com homens que até a idade de 46 anos nunca tinham sido processados ou condenados pela prática de um delito violento (WILSON; KLEIN, 2006).

Por fim, Listokin (2007) inicia seu trabalho com uma extensa revisão sobre os estudos acerca da morosidade processual publicados nos Estados Unidos nos últimos 20 anos. De acordo com o autor, apesar de este fenômeno ter movimentado a agenda de pesquisas criminológicas durante os anos 1980, esta temática parece ter sido esquecida pelos pesquisadores ao longo dos anos 1990 e, por conseguinte, ao longo da década de 2000. Entre as principais causas deste fenômeno, no entendimento do autor, está o fato de os estudos sobre tempo colocarem esta variável não como algo que necessita ser explicado, mas como um fator que é estrategicamente manejado por aqueles que almejam uma condenação mais branda.

Em outras palavras, de acordo com Listokin (2007), as causas da morosidade não são mais estudadas com tanto afinco porque, nos dias de hoje, nos processos criminais que têm lugar nos EUA, o tempo de duração mais longo é uma construção artificial dos operadores do direito na tentativa de reduzir a severidade da sanção. Por fim, cumpre destacar que, apesar de os estudos sobre morosidade processual terem o seu número reduzido a partir da década de 1990, ao contrário do que se poderia esperar, essa revisão de estudos denota que, especialmente nos últimos anos, para os quais há pesquisas disponíveis, o tempo de processamento das causas criminais é substancialmente maior do que o tempo de processamento demandado no final dos anos 1960 (Tabela 2).

Tabela 2

Sumarização do tempo médio de processamento
das demandas criminais nos Estados Unidos
Por pesquisas realizadas nos Estados Unidos no período de 1960 a 2008

Estudo	Local	Ano	Tempo médio de processamento* (em dias)	Diferença entre o tempo do caso e o *Speed Trial Act*
Levin (1975)	Pittsburg	1966	160	n.a
	Columbia	1966	144	n.a
	Chicago	1966	81	n.a
	Minneapolis	1966	14	n.a
Speed Trial Act – 1978	USA	1978	100	n.a
Swigert e Farrell (1980)	USA	1955 a 1973	273	n.a
Bridges (1982)	USA	1971 a 1981	190	90
Neubauer (1983)	Providence, Rhode Island	1977	190	90
	Dayton, Ohio	1977	97	-3
	Las Vegas, Nevada	1977	137	37
	Detroit, Michigan	1977	55	-45
Luskin e Luskin (1986)	Detroit, Michigan	1976 a 1978	76	-24
Butts (1996)	USA	1992	91	-9
	Cincinnati	1994	121	21
	Grand Rapids	1994	151	51
	Portland	1994	158	58
	Oakland	1994	230	130
	Sacramento	1994	251	151
	Austin	1994	289	189
	Birmingham	1994	401	301
	Hacksensack	1994	395	295
Wilson e Klein (2006)	Massachusetts	1995-1996	259	159

*Período compreendido entre a data do fato e a data da sentença e condenação.
n.a.: Período anterior à publicação do *Speed Trial Act*.
Fonte: Listokin (2007)

De acordo com a Tabela 2, nos Estados Unidos da América, no ano de 1966 eram necessários 180 dias para se encerrar o processamento de uma causa

criminal; no ano de 1996 eram necessários 259 dias. Ainda de acordo com as informações sumarizadas nesta tabela, entre todos os tribunais que tiveram o tempo médio mensurado, apenas três apresentaram tempo médio de processamento inferior ao prescrito pelo *Speed Trial Act*.

Este fato, por si só, reenfatiza a importância do criticismo colocado por Talarico (1984) acerca do entendimento do papel desta solução mágica, visto que apenas a mudança no dispositivo legal, sem mudanças no cenário institucional no qual este é aplicado, não é capaz de gerar as alterações necessárias que, neste caso, se relacionavam à redução do tempo de processamento da causa.

Isso porque, conforme destacado pelos estudos realizados sobre o tema nos EUA (sumarizados na Tabela 3), as causas da morosidade processual são múltiplas e bastante variadas, razão pela qual a simples alteração de um diploma legal não é capaz de reduzir, por si só, o tempo despendido pelo sistema de justiça criminal na atividade de processamento de um crime.

Tabela 3

Sumário dos principais estudos realizados nos Estados Unidos acerca das temáticas determinantes do tempo do processo criminal – Desde a década de 1970 até o ano de 2007

Variáveis apontadas pelos estudos como causas da morosidade processual	Referências
Fatores organizacionais do tribunal	Levin (1975), Mahoney et al (1988), Buts e Halemba (1994)
Natureza da relação pessoal existente entre promotores, defensores e juízes	Nimmer (1978), Mahoney et al (1988)
Liberdade provisória	Church et al (1978), Swigert e Farrell (1980), Neubauer e Ryan (1982), Luskin e Luskin (1986), Flemming et al (1987), Ostrom e Hanson (1999)
Recursos para os tribunais superiores	Church et al (1978), Neubauer e Ryan (1982), Flemming et al (1987)
Atuação de advogados públicos no processo	Church et al (1978)
Não uso do *Plea Bargain*	Church et al (1978), Flemming et al (1987), Ostrom e Hanson (1999)
Lugar do processamento da causa	Church et al (1978)
Presença de morosidade nos anos anteriores – ano no qual o processo foi iniciado	Church et al (1978), Neubauer (1983), Luskin e Luskin (1986)
Réus de cor branca	Swigert e Farrell (1980), Neubauer e Ryan (1982), Ostrom e Hanson (1999)
Crimes qualificados	Neubauer e Ryan (1982), Luskin e Luskin (1986), Ostrom e Hanson (1999)

Presença de advogado particular	Neubauer e Ryan (1982), Luskin e Luskin (1986), Ostrom e Hanson (1999)
Ausência de órgãos específicos destinados a monitorar o tempo dos tribunais	Mahoney et al (1985), Flemming et al (1987)
Condenação anterior	Luskin e Luskin (1986), Ostrom e Hanson (1999), Wilson e Klein (2006)
Julgamento do caso por um juízo especial	Luskin e Luskin (1986), Ostrom e Hanson (1999)
Grande número de acusados	Luskin e Luskin (1986)
Pedido de provas adicionais	Luskin e Luskin (1986)
Incidente de insanidade mental – avaliação psicológica do réu	Neubauer (1983), Luskin e Luskin (1986)
Ausência do acusado em quaisquer dos atos do processo	Neubauer (1983), Luskin e Luskin (1986)
Ausência de interrogatório imediato do réu	Luskin e Luskin (1986)

Por fim, apesar de esses estudos demonstrarem um aumento do tempo médio de processamento na seara criminal mesmo após a publicação do *Speed Trial Act*, é importante destacar que, como será verificado nas seções subsequentes, esses valores ainda são bem menores que os mensurados no âmbito da tradição jurídica da *civil law*.

Apenas para se ter uma ideia da magnitude desta diferença, no segundo tipo de tradição jurídica, os prazos são calculados em termos do número de meses ou anos despendidos para encerramento do processo, em detrimento do cálculo em termos do número de dias, como ocorre com os estudos realizados no âmbito da tradição jurídica da *common law*.

No entanto, para a melhor compreensão do tempo de processamento das demandas criminais no âmbito da tradição *Civil Law*, é mister a revisão dos estudos realizados sobre este tema em Portugal e no Brasil.

3. O TEMPO DA JUSTIÇA CRIMINAL PORTUGUESA

No âmbito da tradição jurídica da *civil law*, o país que produziu um maior número de estudos sobre o tempo da justiça criminal é Portugal. Isso porque, desde 1989, o Centro de Estudos Sociais, da Universidade de Coimbra, tem produzido um número cada vez maior de análises destinadas ao entendimento sociológico do desempenho dos tribunais nas sociedades contemporâneas.

O núcleo de pesquisa responsável por este tipo de projeto é coordenado por Boaventura de Souza Santos e tem como objetivo principal discutir a capacidade, efetividade e eficiência dos tribunais portugueses em uma sociedade em profundo processo de mudança, como era Portugal ao final dos anos 1980.

O escopo desta pesquisa são os dados fornecidos pelo Ministério da Justiça português, que foram estudados dentro de uma perspectiva quantitativa com o objetivo de analisar em que medida os tribunais deste país poderiam ser considerados instituições capazes, não apenas de resolver litígios, como ainda de promover o controle social. Nesse cenário, a morosidade mereceu atenção especial, na medida em que constitui uma das variáveis, por meio da qual é possível avaliar o desempenho das instâncias judiciais no que se refere à aplicação da lei. Os resultados desta pesquisa encontram-se sistematizados no livro *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, publicado pela editora Afrontamento, no ano de 1996.

Assim, a primeira semelhança importante a ser destacada entre os estudos desenvolvidos nos Estados Unidos da América e os desenvolvidos em Portugal diz respeito à razão para início deste tipo de pesquisa. Nos EUA, o florescimento desta temática ocorreu, em um primeiro momento, a partir da publicação de pesquisas de opinião que apontavam a morosidade como uma das maiores causas de descrédito na justiça. Em um segundo momento, este florescimento deveu-se à publicação do *Speed Trial Act*, o qual fixou como limite máximo de tempo para processamento de causas criminais o montante de 100 dias.

Em Portugal, o interesse pelo tempo de duração dos processos judiciais em geral e criminais em especial floresceu quando da aprovação do novo Código Processo Penal português, no ano de 1987 (Dec.-lei 78/1987). Isso porque, àquela época, colocou-se em discussão não apenas a necessidade de se reformar institutos que não mais faziam sentido para a realidade portuguesa da época, mas, também, a necessidade de esta sociedade contar com uma justiça mais rápida e capaz de solucionar os conflitos de maneira mais efetiva do que vinha sendo até então realizado.

A grande inovação colocada por este Código foi o prazo único de 10 dias para a realização de qualquer ato. Isso porque o Código de Processo Penal português anterior, tal como o Código de Processo Penal brasileiro, estabelecia uma série de prazos diferenciados para a realização dos atos processuais. Ainda quando desta reforma do Código de Processo Penal português, ficou estabelecido que os prazos legais do inquérito seriam de seis meses para réus presos e de oito meses para réus soltos (art. 276). Já o art. 306 do mesmo diploma legal estabeleceu que o prazo máximo de duração da instrução criminal seria de dois meses para réus presos e de seis meses para réus soltos. Portanto, a partir de 1987, em Portugal, o processo penal deve durar oito meses, em se tratando de réu preso, e 10 meses, em se tratando de réu solto.

Dessa forma, as pesquisas iniciadas no ano de 1989, em Portugal, se destinavam a verificar em que medida o tempo estabelecido pela reforma do Código de Processo Penal de 1987 como necessário para o processamento de uma

causa criminal desde a data do crime até a data da sentença era respeitado pela atividade cotidiana dos tribunais. Além deste primeiro objetivo, essas pesquisas se destinavam a compreender quais eram os fatores que contribuíam para a extensão do prazo de duração de tais processos criminais.

Assim, a primeira etapa da pesquisa coordenada por Santos et al (1996) pôde verificar que, entre os anos de 1989 e 1993, o tempo decorrido entre a prática do crime e a sentença se alterou ligeiramente, passando de 920,4 dias (2,5 anos) em 1989 para 794,1 dias (2 anos) em 1993. A partir desses valores, foi possível à equipe de pesquisadores concluir que, em média, um processo criminal durava de 28 a 32 meses no período compreendido entre os anos de 1989 e 1993.

Analisando o peso percentual dos processos que se encerraram em um ano, contando desde a data do crime até a data do julgamento, observa-se uma evolução de 20,1% (em 1989) para 29,2% (em 1993). Com isso, foi possível constatar que a maioria dos crimes se resolveu em menos de três anos, apesar de uma percentagem significativa de casos ter duração superior a cinco anos (SANTOS et al, 1996).

Ainda de acordo com esta pesquisa, no período compreendido entre os anos de 1989 e 1993, metade dos processos criminais portugueses era encerrado em até 1,9 ano após a data do crime. Essa tabela indica ainda uma tendência de redução do tempo de processamento, dada a redução percentual do número de casos que se encerram em um período superior a três anos.

No estudo publicado por Ferreira e Pedroso em 1997, foram analisados processos encerrados no período compreendido entre os anos de 1990 e 1995, com o intuito de compreender os principais fatores que atuavam como variáveis de redução ou aumento do tempo de processamento em cada tipo de área – pois o que interfere na morosidade de um processo de natureza civil não é, necessariamente, o que interfere na duração de um processo criminal. Os resultados desta pesquisa permitiram aos autores constatar que:

"Em 1990 e 1995 resolveram-se, respectivamente, 64,8% e 62,4% dos processos em um ano e 17,5% e 19,9% entre um e dois anos. Refira-se, no entanto, que nesta fase processual sobreviveram mais de três anos 5.223 (9,7%) e 8.407 (10%), respectivamente em 1990 e em 1995. De salientar, no entanto, que entre a data do crime e a data da sentença, em primeira instância, os processos que duraram mais de três anos cresceram de 25,3% (12.250) em 1990 para 30,9% (24.954) em 1995. Estes resultados demonstram que, nesta óptica, o desempenho do sistema judicial piorou e a investigação judicial continua a ser um ponto de estrangulamento do sistema judicial criminal" (FERREIRA; PEDROSO, 1997, p. 94).

Na tentativa de melhor compreender as razões do aumento da morosidade processual no período compreendido entre 1990 e 1995, a equipe do CES,

sob a coordenação da Profa. Conceição Gomes, analisou três casos de longa duração nos tribunais de Coimbra, Setúbal, Lisboa e Monsanto. As principais conclusões deste trabalho referem que o primeiro grande ponto de bloqueio do fluxo do sistema de justiça criminal português é a fase de investigação criminal, pois, além da demorada investigação policial, os processos tendem a "parar" nos institutos de medicina legal, sempre que a perícia médica se faz indispensável ao esclarecimento do caso (GOMES, 1998).

Somam-se a isso os atrasos decorrentes do não pronunciamento do Ministério Público no prazo adequado, do não comparecimento de testemunhas e do próprio acusado nas audiências de inquirição, a demora no cumprimento das cartas precatórias para a oitiva de testemunhas e a demora do próprio magistrado em marcar a data da audiência, principalmente quando esta suscita a realização do júri (GOMES, 1998).

Já no entender de Fonseca (2004), uma das razões para a morosidade da justiça criminal, especialmente no período compreendido entre os anos de 1992 e 2001, é a queda da produtividade judicial. De acordo com a autora, a ausência de um sistema de punição de magistrados, escrivães e promotores pela demora excessiva no processamento da causa faz com que muitos destes permaneçam com o processo por um tempo muito além do razoável. Assim, se em 1992, cada funcionário era responsável por 117 processos, hoje cada qual é responsável por apenas 69 processos, e, ainda assim, o tempo de processamento da ação praticamente dobrou nesses nove anos.

No estudo publicado por Gomes no ano seguinte, realizado a partir da solicitação do Ministério da Justiça, o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa identificou o tamanho da morosidade no Judiciário português em geral e na seara criminal em especial. Com isso, foi possível verificar que, para o período compreendido entre os anos de 2000 e 2004, os crimes contra a vida demoravam, em média, 15 meses para receberem uma sentença.

Este prazo, contudo, é bastante similar ao prescrito pela lei portuguesa como adequado para o processamento de crimes cujos réus encontram-se em liberdade. Isso porque o Código de Processo Penal português estabelece que o prazo para o processamento de crimes (em geral) é de oito meses para réus presos e de 14 meses para réus soltos. Contudo, como esses dados não fazem diferenciação entre réus presos e réus soltos, não é possível verificar em que tipo de processo a morosidade é mais pronunciada (GOMES, 2005).

Investigando os determinantes do tempo de processamento das causas criminais, os autores puderam verificar que a presença de algumas características aumenta a probabilidade de o caso durar mais do que o prescrito pela legislação,

quais sejam: (a) a insuficiência de infraestruturas judiciárias e de recursos humanos; (b) o aumento considerável de litígios em resultado de alterações de ordem legislativa, social, econômica ou outra; (c) a crescente complexidade dos casos; (d) a ausência ou limitação de recurso aos meios alternativos de resolução de conflitos; (e) a excessiva burocratização dos procedimentos judiciais; e f) a opacidade do sistema judicial (Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2005).

De acordo com Duarte (2007), a morosidade dos processos criminais é devida, sobremaneira, aos recursos aos tribunais superiores, os quais implicam grande dispêndio de tempo e, por conseguinte, esquecimento do caso. Por isso, os processos que contam com advogados particulares são os mais lentos, já que estes não poupam esforços em manejar todos os tipos de recursos previstos nos Códigos Penais e de Processo Penal portugueses. Tanto é assim, que 30% do tempo do processo criminal são destinados apenas ao recurso às instâncias superiores.

Portanto, considerando os estudos realizados pela equipe de pesquisadores do Centro de Estudos Sociais (CES), é possível verificar que, no período compreendido entre os anos de 1989 e 2004, o tempo da justiça criminal portuguesa não apenas diminuiu (como um todo), como se tornou bastante semelhante ao prescrito pelo Código de Processo Penal português como adequado ao processamento dos réus presos durante o processo (Tabela 4).

Tabela 4

Sumarização do tempo médio de processamento dos processos criminais encerrados em Portugal no período compreendido entre os anos de 1989 e 2004

De acordo com pesquisas realizadas em Portugal neste mesmo período

Ano	Tempo médio de processamento Desde a data do fato até a condenação (em dias)	Diferença entre o tempo médio do caso e o tempo estabelecido pelo Código de Processo Penal*
1989	920	500
1990	893	473
1991	939	519
1992	885	465
1993	794	374
2000	510	90
2001	480	60
2002	450	30
2003	420	0
2004	420	0

*Considerando-se o prazo de 14 meses para réus soltos, já que os dados coletados não fazem diferenciação entre réu preso e réu solto.

n.a.: Período anterior à publicação do CPP.

Os dados apresentados na Tabela 4, em um primeiro plano, são interessantes. Revelam que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde o tempo de processamento das causas criminais permaneceu superior ao *Speed Trial Act,* mesmo vários anos após a publicação deste, em Portugal, 16 anos após a publicação do novo prazo de processamento, os processos criminais eram encerrados dentro do prazo prescrito legalmente.

No que concerne à natureza dos estudos realizados, outra ressalva também é importante: nas pesquisas sobre o tempo de duração do processo criminal, as fontes de informação utilizadas não são as oficiais, como nas pesquisas realizadas em Portugal (cujas fontes de informação são os bancos de dados do Ministério da Justiça). Neste caso, a contagem de tempo é fruto de pesquisas, na maioria dos casos, realizadas diretamente nos processos criminais julgados em um determinado ano ou em um determinado período de tempo.

Por fim, com relação às causas da morosidade processual no âmbito da justiça criminal portuguesa, observa-se que o excesso de formalismos, em um primeiro plano, e as próprias limitações colocadas pela tradição *civil law*, em um segundo plano, são apontados como as principais causas para a extensão do prazo do processo para além do previsto em lei (Tabela 5).

Tabela 5

Sumário dos principais estudos realizados em Portugal sobre as temáticas determinantes do tempo do processo criminal – Desde a década de 1990 até o ano de 2007

Variáveis apontadas pelos estudos como causas da morosidade processual	Referências
Problemas no andamento da fase de investigação	Ferreira e Pedroso (1997), Gomes (2005)
Pedido de perícia médica	Gomes (2005)
Ausência de pronunciamento do Ministério Público no prazo adequado	Gomes (2005)
Não comparecimento de testemunhas e do próprio acusado nas audiências de inquirição	Gomes (2005)
Cartas precatórias	Gomes (2005)
Julgamento do caso por um juízo especial (júri)	Gomes (2005)
Ausência de órgãos específicos destinados a monitorar o tempo dos tribunais	Fonseca (2004)
Insuficiência de infraestruturas judiciárias e de recursos humanos	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2005)
Aumento considerável de litígios	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2005)
Crimes qualificados (casos mais complexos)	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2005)
Não uso do Plea Bargain (dada a ausência deste recurso ou de outros capazes de tornar a justiça mais rápida)	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2005)

Excessiva burocratização dos procedimentos judiciais	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2005)
Recursos para os tribunais superiores	Duarte (2007)
Presença de advogado particular	Duarte (2007)

Primeiro, em relação às informações sumarizadas pela Tabela 5, é importante salientar que problemas como julgamento do caso por um juízo especial (júri), ausência de órgãos específicos destinados a monitorar o tempo dos tribunais, crimes qualificados (casos mais complexos), recursos para os tribunais superiores e presença de advogado particular são fatores que, em ambas as realidades, aumentam o tempo de duração do processo criminal.

Segundo, essas informações são importantes porque, no Brasil, todos os estudos sobre tempo de duração do processo criminal fazem referência às pesquisas do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

Os pesquisadores brasileiros se utilizam não apenas da mesma metodologia para cálculo do tempo global e do tempo parcial de processamento (tempo da fase de investigação e tempo da fase judicial), como também das variáveis apontadas por esses estudos como possíveis explicações para a morosidade no cenário brasileiro. Neste sentido, cumpre agora apresentar os estudos realizados sobre este tema no cenário nacional.

4. O TEMPO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Para compreender o tempo de processamento de uma causa pelo sistema de justiça criminal brasileiro, o primeiro procedimento a ser realizado é calcular o prazo prescrito pelo Código de Processo Penal neste sentido. Nestes termos, a opção apresentada aqui foi a de transcrever o tempo do processamento dos crimes dolosos contra a vida. Isso porque esses são os casos que demandam um tempo mais longo para serem julgados, em detrimento dos crimes comuns, os quais se encerram com a publicação do resultado do julgamento (art. 592 do CPP).

De acordo com Mirabete (2000), o tempo previsto pelo Código de Processo Penal para o processamento do delito de homicídio doloso é diferenciado do tempo prescrito para o processamento de outros crimes comuns (como, por exemplo, o estupro) porque, no Brasil, os crimes dolosos (intencionais) contra a vida não são julgados por um juiz singular, mas por um tribunal composto de juízes leigos que, por meio do depósito de votos sim/não, absolvem ou condenam o autor do fato.

Assim, para cálculo de tais tempos, conforme sugerido por Adorno e Izumino (2007), foram identificados todos os prazos estabelecidos no Código de

Processo Penal, com destaque para: tempo de duração dos inquéritos; intervalo entre o inquérito e a denúncia; intervalo entre o oferecimento da denúncia pelo promotor e o aceite desta pelo juiz; intervalo entre o aceite da denúncia pelo juiz e o interrogatório do réu; duração da instrução criminal; tempo gasto com as providências ordinárias do rito processual, tais como oitiva de testemunhas, defesa prévia, alegações finais, pronúncia, libelo e contralibelo acusatório, e julgamento pelo tribunal do júri.

Ao final deste exercício, foi possível constatar que, para crimes comuns, o tempo prescrito pelo Código Penal, de acordo com a situação jurídica do réu (preso ou solto), é de 129 dias para réu preso e 179 dias para réu solto. Importante salientar que, de acordo com a classificação de Santos (1996), este é o prazo denominado morosidade legal para os crimes comuns, posto ser este o tempo formalmente prescrito pelo Código de Processo Penal.

Já para os crimes dolosos contra a vida, o Código de Processo Penal prescreve como tempo de duração legal, desde o registro do delito pela autoridade policial até o primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri, o prazo de 310 dias (ou 10,3 meses) para o caso de réu solto e 260 dias para o caso de réu preso.

Considerando essas informações, é possível afirmar que, no Brasil, o tempo de processamento dos crimes dolosos contra a vida, legalmente, é 2,01 vezes maior para os casos de réu preso e 1,73 vez maior para os casos de réu solto. Esses resultados apontam, por sua vez, para a expectativa de um processo penal mais complexo, no caso de crimes dolosos contra a vida, em comparação com o processo de crimes comuns.

Esses resultados apontam ainda para diferenças no funcionamento da justiça criminal brasileira e portuguesa no que se refere ao tempo de processamento. Isso porque, se em ambas há uma diferenciação de tempos legais dependendo da situação jurídica do réu (preso ou solto), apenas no Brasil há uma diferenciação de tempos legais de acordo com a intencionalidade e o objeto do delito – visto que, nesta localidade, legalmente, os crimes dolosos contra a vida possuem um tempo maior de processamento do que os crimes comuns.

Uma vez apresentadas as disposições legais relativas ao tempo do processo criminal no Brasil, tem-se início a revisão das pesquisas realizadas nesta localidade propriamente dita.

Adotando uma perspectiva histórica para a apresentação dos estudos já realizados no Brasil sobre o tempo de processamento da justiça criminal, é possível afirmar que o primeiro acerca da diferença entre morosidade legal e morosidade necessária foi o intitulado *Continuidade autoritária e construção da*

democracia.[2] Esta pesquisa, coordenada por Paulo Sérgio Pinheiro, teve como objetivo analisar os processos de linchamento ocorridos no Brasil no período compreendido entre os anos de 1980 a 1989. Neste período, foram identificados aproximadamente 3.519 casos de linchamentos ocorridos em todo o território brasileiro.

Dado o volume e a impossibilidade de analisar detidamente todo esse universo, foi necessário realizar uma seleção dos casos a serem analisados em profundidade. Para tanto, os critérios adotados foram os seguintes: presença da opinião pública por intermédio da mídia; intervenção do poder público por meio das agências policiais, judiciais e judiciárias; e participação da sociedade civil, organizada e não organizada, seja em virtude da identificação das comunidades onde os casos ocorreram, seja em virtude da intervenção dos movimentos sociais.

O resultado desse trabalho foi a identificação de 162 casos, ocorridos no eixo Rio-São Paulo. Destes, foi possível ter acesso aos inquéritos e processos penais, totalizando cerca de 90 volumes, de 28 casos ocorridos no Estado de São Paulo. A análise desses 28 casos de linchamento ocorridos em São Paulo permitiu verificar que a morosidade necessária é acentuada nos crimes que envolvem a violação de direitos humanos, ultrapassando em vários números de dias o tempo médio do processo dos crimes de homicídio doloso, que era, a esta época, de um ano e meio no município de São Paulo.

De forma geral, o tempo médio de processamento dos linchamentos que tiveram lugar em São Paulo, no período compreendido entre os anos de 1980 a 1989, é bastante elevado. A análise desses dados demonstrou que a média é de 74,34 meses, tempo 738% maior que o estabelecido pelo Código de Processo Penal como necessário à duração deste tipo de ação penal.

A segunda conclusão do estudo se refere às causas da morosidade necessária – basicamente, requisições de laudos ausentes e complementares, solicitação de informações a outros órgãos, mandatos de citação e intimação não cumpridos. Ou seja, nos casos dos linchamentos ocorridos em São Paulo no período de 1980 a 1989 e que receberam uma condenação do Judiciário até o ano de 1989, as causas para a extensão do prazo prescrito do Código de Processo Penal são relacionadas a uma série de atividades indispensáveis ao andamento do processo, mas que, em razão do excesso de formalismos, demoram demasiado tempo para serem cumpridas (PINHEIRO et al, 1999).

2. Este trabalho baseou-se nas pesquisas desenvolvidas pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e centrou-se na investigação do tempo de processamento de casos de violação de direitos humanos.

O segundo estudo desenvolvido também nesta seara foi o realizado por Izumino (1998), a qual coletou informações sobre casos de violência contra a mulher, registrados nas delegacias de mulheres de São Paulo no ano de 1996. A partir desta amostra, a autora analisou a intervenção judicial em conflitos nas relações de gênero que resultaram em desfecho fatal para mulheres ou em lesões corporais.

Izumino (2004) constatou que nos casos em que se verificou desfecho fatal, 40,96% dos processos instaurados foram encerrados entre 12 e 24 meses. Em idêntica proporção (21,69%), situam-se processos que tiveram desfecho em menos de 12 meses ou entre 24 e 36 meses. É bem menor a proporção de processos encerrados em 48 meses (8,43%), e menor ainda a proporção daqueles que consumiram tempo superior a 48 meses (1,20%).

Portanto, de acordo com a autora, para casos de violência doméstica nos quais há a morte da mulher pelo seu parceiro ou por alguém da família, espera-se que o encerramento do processo criminal, que coloca a punição ou a absolvição do autor do fato, ocorra em um prazo médio de 12 a 24 meses, contados da data do delito.

No livro intitulado *Morosidade da Justiça: causas e soluções*, o tempo da Justiça é analisado por diversas monografias de direito organizadas por Svedas et al (2001) para a publicação em um único volume. De acordo com os autores, a morosidade processual, apesar de ainda não se constituir como foco dos estudos diretamente relacionados ao funcionamento dos tribunais, deve ser mais bem compreendida para que soluções pontuais possam ser propostas para o tema.

A causa maior da morosidade processual no Brasil reside no formalismo processual, que faz com que muitos processos que chegam ao STF demorem de três a cinco anos para que se decida quem é o juiz competente ou se é adequado este ou aquele caminho procedimental.

Com relação aos responsáveis, ou seja, a quem dá ensejo a esta morosidade, observa-se que os funcionários dos cartórios são os que mais contribuem para a extensão dos prazos processuais para além dos limites previstos em lei. De acordo com o levantamento dos autores, os juízes são responsáveis por 10% do tempo de uma ação, os advogados por 20% da demora, e o cartório (a burocracia) retém o processo 70% do tempo total de processamento (SVEDAS et al, 2001).

A análise dos determinantes do tempo de processamento foi feita de maneira detalhada por Vargas (2004), a qual estudou todos os Boletins de Ocorrência

de estupro[3] registrados na cidade de Campinas, entre os anos de 1980 e 1996. Para proceder à descrição do tempo despendido nas fases de processamento, a autora utilizou informações sobre 446 registros iniciais de estupro e seus desdobramentos. Os primeiros registros datam de 1988 e os últimos desdobramentos na justiça, de 1999.

A análise estatística do tempo entre o registro da queixa e a sentença, neste caso, demonstrou que são fatores que influenciam o tempo de processamento dos casos de estupro: (a) idade da vítima, já que réus acusados de estupro de vítimas com até 14 anos de idade têm seus processos tramitando quase quatro vezes mais rápido do que aqueles com vítimas de 14 anos ou mais; e (b) prisão durante o processo, posto que o fato do réu ter sido preso durante o processo reduz em cinco vezes o tempo do registro da queixa até a sentença.

Apesar da grande contribuição do trabalho de Vargas (2004) para o entendimento do tempo da Justiça Criminal, bem como dos fatores associados à morosidade processual, sua análise restringiu-se a poucos casos, não permitindo identificar padrões e regularidades e menos ainda fazer generalizações.

Em estudo publicado em 2005, Vargas, juntamente com Blavatsky e Ribeiro, analisou o tempo de tramitação dos processos de homicídio no Estado de São Paulo, a partir de duas bases de dados: a da Fundação Seade (que possuía informações sobre homicídios simples e dolosos) e a resultante da análise de todos os casos de homicídio doloso cujo arquivamento do processo ocorreu no ano de 2003.

A escolha da base de dados da Fundação Seade se deveu ao fato de esta interligar as informações relativas às bases de dados das instituições da área de Justiça, de Segurança Pública e da Penitenciária do Estado de São Paulo, viabilizando, dessa forma, a análise dos dados relativos aos casos de homicídio (simples e dolosos) iniciados e encerrados no período compreendido entre os anos de 1991 e 1998.

Os resultados desta base indicavam que, no Estado de São Paulo, entre os anos de 1991 e 1998, um delito de homicídio doloso demorava, em média, 2,69 anos (983 dias) para ser julgado pelos tribunais.

A segunda base trabalhada por Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005) referia-se a todos os processos de homicídio arquivados pelo Tribunal do Júri de uma

3. Importante destacar que a análise de Vargas (2004) se restringiu ao crime de estupro porque este delito possui regras diferenciadas referentes ao tempo de processamento quando a vítima é menor de 14 anos. Isso porque, nesses casos, de acordo com o art. 217-A do CP, há presunção de violência e, por conseguinte, aumento do juízo de reprovação sobre este delito.

cidade paulistana no ano de 2003. Após uma análise minuciosa de todos os 93 processos e reunião das informações em uma base estatística, foi possível constatar que as seguintes variáveis afetam o tempo compreendido entre o registro da ocorrência e a sentença final (Quadro 3):

Quadro 3

Principais variáveis que explicam o tempo de processamento do homicídio doloso

Casos encerrados no ano de 2003 em Campinas (93 no total)

Variável	Direção de causalidade com o tempo de processamento
Tipo de crime	Crimes mais graves aumentam o tempo de processamento, pois, em regra, contam com a presença de advogado particular a utilizar os recursos processuais protelatórios que podem levar a materialização da prescrição.
Réu revel	Implica aumento do tempo, dada a dificuldade dos funcionários judiciais em se comunicarem com outros cartórios e delegacias de polícia para, desta forma, encontrar o réu.
Problemas na fase policial	A fase com maior tempo de duração é a do inquérito policial, dada a dificuldade de obtenção de provas, de demora na realização de perícias e, inclusive, de identificação do autor do delito.
Adiamento do julgamento	O adiamento do julgamento, em qualquer fase do processo, faz com que o tempo de processamento seja aumentado. Advogados particulares manejam este instituto neste sentido e a ausência de defensores públicos faz com que ele termine por ocorrer sucessivas vezes.
Dificuldade na localização de testemunhas	Implica aumento do tempo em razão da demora dos tribunais em processarem as cartas precatórias
Prisão do indivíduo ao longo de todo o processo ou em algum momento do processo	Fazem com que o tempo de processamento seja muito menor, pois a maioria desses casos pede urgência dos tribunais.
Natureza da defesa	Advogados particulares fazem com que o processo dure mais, ou para que seu cliente seja beneficiado com a prescrição, ou para que este alcance uma pena menor.
Número de recursos	O uso de recursos legalmente previstos visa a atender os interesses do acusado da prática do delito de homicídio, dado que os atrasos no processamento podem implicar uma punição menor ou mesmo na extinção do processo pelo decurso do tempo.

Fonte: Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005)

Com a análise dessas duas bases de dados, as autoras puderam constatar que as variáveis determinantes do tempo das três fases principais do procedimento (inquérito policial, denúncia, processo) atuam seguindo a seguinte relação: para cada dia de acréscimo, em cada um destes tempos, há o acrescimento de uma unidade, na probabilidade de se ter um processo mais moroso; ou seja, que demande mais tempo do que o delimitado pelos Códigos para percorrer todas as fases previstas entre o registro da ocorrência e a sentença final do júri.

De acordo com as autoras, esta constatação aponta para o efeito cumulativo dos atrasos dos processos, pois o fato de uma fase demorar mais do que o previsto indica que as fases subsequentes também demandaram um tempo maior do que o prescrito para se encerrarem.

Este resultado enfatiza ainda a constatação de Santos (1996, p. 442) acerca da morosidade nos tribunais portugueses, qual seja: "a morosidade é tanto mais forte quanto mais variadas, intensas e cumulativas forem as suas causas".

No ano de 2006, tem-se a publicação do trabalho intitulado *Fluxo do crime de homicídio no sistema de justiça criminal em Minas Gerais*, desenvolvido pela Fundação João Pinheiro sob a coordenação de Eduardo Cerqueira Batitucci. Analisou uma amostra de processos julgados pelos dois Tribunais do Júri de Belo Horizonte no período compreendido entre os anos de 1985 e 2003.

Os resultados indicam que a maior parte do tempo de processamento é referente ao encerramento do Inquérito Policial, o qual demora, em média, 304 dias. Quando o Inquérito Policial, já terminado, é devolvido, pelo Ministério Público, à Organização Policial para a continuidade das investigações, o tempo médio ultrapassa 680 dias. Estes resultados evidenciam a falência do modelo investigativo adotado pela Polícia Civil em Minas Gerais e sua incapacidade institucional de fazer frente às demandas dos casos de homicídio doloso (BATITUCCI E CRUZ; SILVA, 2006).

Ainda neste ano, em dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da UFSC, Ruschel (2006) analisou os casos de homicídio doloso julgados em primeiro grau no ano de 2004, na cidade de Florianópolis. Com isso, o autor pôde constatar que os réus foram processados em um tempo médio de 784 dias, sendo que o menor tempo dos processos penais estudados foi de 303 dias e o maior tempo foi de 2378 dias. Ou seja, o tempo máximo identificado foi sete vezes maior que o menor tempo.

Quanto aos elementos que podem dar ensejo à morosidade constatados nesta pesquisa, tem-se que as cartas precatórias e os recursos de *habeas corpus*, bem como outros pleitos ao juiz, prolongaram a duração do processo penal. Casos com recursos aos tribunais superiores são os que demandam mais tempo, pois, são necessários de um a nove meses para a volta da resposta ao Fórum, acrescidos de mais dois meses para agendamento de uma nova data para julgamento na concorrida agenda do juiz.

Análise recente, porém circunscrita ao tempo policial –, ou seja, a fase compreendida entre a data do fato e a data de início do caso na justiça criminal –,

é a coordenada por Ratton e Fernandes (2007). Este trabalho analisou os casos de homicídio doloso que ocorreram na cidade de Recife, nos anos de 2000 a 2004 cujas autorias foram esclarecidas.

Os resultados desta pesquisa apontam que o tempo médio de duração do período compreendido entre a data do fato e data de sua distribuição no Judiciário é de 86,55 dias para casos que envolvem apenas um réu e 150,29 para casos que envolvem mais de um réu. Considerando que o tempo previsto para a duração desta fase é de 35 (se o réu estiver preso) ou 65 dias (se o réu estiver solto), é possível afirmar que os casos de homicídio doloso ocorridos em Recife sofrem de certa morosidade para o encerramento do inquérito policial.

No ano de 2007, foi publicado trabalho de Adorno e Izumino (2007), que analisaram a questão da morosidade no julgamento de crimes singulares, como os casos de linchamento. Para tanto, eles se basearam nos resultados relativos a 10 casos de linchamento, que tiveram lugar em São Paulo entre os anos de 1980 a 1989 e que se constituíam em parte da base de dados resultante do projeto temático de pesquisa realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP), sob a coordenação de Paulo Sérgio Pinheiro.

Em um primeiro plano, os autores calcularam a morosidade legal (aquela resultante da contabilização dos prazos previstos no Código do Processo Penal), a qual estabelecia o dispêndio de 10,2 meses para conclusão de todos os procedimentos judiciais e judiciários, desde o registro da ocorrência policial até a sentença judicial transitada em julgado.

Em seguida, os autores mensuraram a morosidade necessária nestes casos, qual seja o tempo médio real para processamento de uma causa de linchamento em São Paulo. Para tanto, eles utilizaram como base os dados estatísticos relativos ao tempo de processamento destes crimes que foram julgados pelo IV Tribunal do Júri do Fórum Regional da Penha (município de São Paulo) entre os anos de 1984 e 1988. As conclusões desta pesquisa indicam que a maioria dos casos de linchamento julgados no Fórum da Penha nesse período demorou entre 12 e 24 meses para receber uma sentença de absolvição, condenação ou desclassificação do delito.

Portanto, no Brasil, até o ano de 2007, as pesquisas sobre o tempo de duração do processo penal tiveram como foco, primordialmente, os casos de homicídio doloso. Esta constatação, por sua vez, aponta para diferenças e semelhanças em relação às pesquisas realizadas nos EUA e em Portugal.

No que se refere às semelhanças, observa-se que, tanto no Brasil como nos EUA, as pesquisas sobre o tempo de duração de um processo criminal são

realizadas a partir da consulta a casos concretos, em detrimento da análise do sistema de informação dos tribunais propriamente ditos, tal como é verificado pelas pesquisas realizadas em Portugal.

Quanto às diferenças, tem-se que, nos EUA e em Portugal, as pesquisas se destinam a avaliar o tempo da justiça criminal como um todo, em detrimento de analisar o tempo da justiça criminal para delitos específicos. Isso ocorre porque, apenas no Brasil, o tempo de processamento é distinto de acordo com a natureza do delito, o que, por sua vez, implica necessárias diferenças metodológicas em relação à forma de mensurar o tempo do processo criminal.

Retomando a questão do tempo de duração dos processos de homicídio doloso no Brasil, é possível afirmar que, em todos os estudos realizados desde o início da década de 1990 até o ano de 2007, ficou evidente a incapacidade dos tribunais estaduais em implementar os dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao tempo de processamento, denotando a morosidade legal que caracterizava o processamento desta causa (Tabela 6).

Tabela 6

Sumarização do tempo médio de processamento dos casos de homicídio doloso analisados pelas pesquisas brasileiras que tiveram lugar no período compreendido entre os anos de 1999 e 2007

Ano	Tempo médio de processamento Desde a data do fato até a data da condenação (em dias)	Diferença entre o tempo médio do caso e o tempo estabelecido pelo Código de Processo Penal*
1980-1989	2230	1920
1990-1998	983	673
1985-2003	911	601
2004	784	474

*Considerando-se o prazo de 310 dias para réus soltos, já que alguns dos dados coletados não fazem essa diferenciação entre réu preso e réu solto.

Quanto à análise dos determinantes do tempo de processamento, nota-se que, no Brasil, esta enfatiza como causas da morosidade os seguintes fatores: o fato de o crime ter sido praticado na forma qualificada, a excessiva burocratização dos procedimentos judiciais, a presença de liberdade provisória durante o processo, a existência de cartas precatórias, os problemas enfrentados durante a fase de investigação e os recursos para os tribunais superiores (Tabela 7).

Tabela 7

Sumário dos principais estudos realizados no Brasil sobre a temática determinante do tempo do processo criminal

Desde a década de 1990 até o ano de 2007

Variáveis apontadas pelos estudos como causas da morosidade processual	Referências
Ausência do acusado em quaisquer dos atos do processo	Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005)
Crimes qualificados (casos mais complexos)	Izumino (1998), Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005)
Excessiva burocratização dos procedimentos judiciais	Pinheiro et al (1999), Svedas et al. (2001)
Julgamento do caso por um juízo especial	Código de Processo Penal (1941)
Liberdade provisória	Vargas (2004), Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005)
Pedido de perícia médica	Pinheiro et al (1999)
Pedido de provas adicionais	Pinheiro et al (1999)
Presença de advogado particular	Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005)
Presença de cartas precatórias	Pinheiro et al (1999), Ruschel (2006)
Presença de morosidade nos anos anteriores - ano no qual o processo foi iniciado	Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005)
Problemas no andamento da fase de investigação	Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005), Batitucci, Cruz e Silva (2006)
Recursos para os tribunais superiores	Svedas et al (2001), Vargas, Blavatsky e Ribeiro (2005), Ruschel (2006)

Com relação às informações sumarizadas pela Tabela 7, é importante salientar que fatores como ausência do acusado em quaisquer dos atos do processo, pedido de perícia médica e presença de advogado particular são fenômenos que nas três realidades aumentam o tempo global de processamento do delito.

Segundo esta tabela, é possível verificar ainda que os fatores que determinam a extensão do tempo do processo para além do previsto pelo Código de Processo Penal em Portugal aparecem também nas análises brasileiras como fatores que aumentam o tempo de processamento do crime.

Contudo, não é possível afirmar que os tempos dos processos criminais são determinados pelos mesmos fatores em ambas as localidades. Isso porque as pesquisas realizadas no Brasil partem das conclusões alcançadas nas pesquisas portuguesas e, com isso, apenas as variáveis que aparecem como relevantes para o tempo naquela análise são, usualmente, testadas no cenário brasileiro. Esses resultados apontam, portanto, que as variáveis selecionadas possuem impactos semelhantes no tempo global de processamento em ambas as realidades analisadas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste artigo foi realizar uma revisão dos estudos sobre tempo da justiça criminal em uma perspectiva comparada. Para tanto, foram revisadas as pesquisas realizadas nos Estados Unidos da América, Portugal e Brasil com o objetivo de verificar: (a) qual é a diferença entre o tempo prescrito pelas legislações (tempo legal) e o tempo despendido para o processamento de uma causa criminal (tempo necessário); e (b) quais são os principais fatores que de acordo com esta revisão explicam o aumento ou a redução do tempo de processamento de um dado delito.

No que concerne ao primeiro objetivo, foi possível constatar que, em cada país, as legislações sobre o tempo de duração do processo criminal são distintas, em termos de: (a) ano de publicação da legislação; (b) limite de tempo fixado; (c) situação jurídica do réu; e (d) natureza do delito (Tabela 8).

Tabela 8

Diferenças e semelhanças entre as legislações sobre o tempo da justiça criminal nos EUA, Portugal e Brasil

País	Nome do diploma legal	Ano da legislação	Prazo estabelecido*	Há diferenças de tempo de acordo com a situação jurídica do réu (preso ou solto)?	Há diferenças de tempo quanto à natureza do crime?
EUA	Speed Trial Act	1978	100	Não	Não
Portugal	Código de Processo Penal Português	1987	420	Sim	Não
Brasil	Código de Processo Penal Brasileiro	1941	310	Sim	Sim

*Para prazos diferenciados, usou-se como parâmetro o réu solto e o maior tempo global de processamento.

Analisando detalhadamente a Tabela 8, é possível verificar que a legislação brasileira é a mais antiga sobre o assunto. No entanto, o prazo por ela estabelecido é bastante superior ao determinado pela legislação americana e inferior ao previsto na portuguesa.

Um segundo ponto importante a ser destacado a partir da Tabela 8 diz respeito ao fato de os Códigos de Processo Penal, brasileiros e portugueses, estabelecerem limites temporais diferenciados de acordo com a natureza jurídica do réu durante o processo: preso ou solto. A ausência de tal previsão legal no

âmbito da legislação americana pode estar relacionada ao fato de esta pertencer a uma tradição jurídica diferenciada.

Ou seja, como a realidade americana opera a partir da lógica do precedente, casos anteriores que discutam a necessidade de o réu preso ser processado mais rapidamente podem servir de precedente para processos futuros que possuam réus presos, para que estes réus sejam julgados mais rapidamente. Contudo, para que isso ocorra, não se faz necessária a inscrição de tal regra no âmbito da Constituição Federal ou de qualquer outra regra.

Já no Brasil e em Portugal, caso a regra não esteja inscrita no diploma legal, dificilmente, ela poderá ser aplicada na realidade cotidiana dos tribunais. Assim, para garantir que os réus presos terão um tratamento diferenciado pelas estruturas burocráticas, esses diplomas legais trazem previsões expressas sobre esses fatos em seu interior.

Uma vez destacadas as conclusões relativas ao primeiro objetivo desta revisão bibliográfica, cumpre enfatizar a semelhança e a diferença dos estudos dos determinantes da morosidade processual nos três países. Neste sentido, o primeiro ponto a ser destacado diz respeito à metodologia empregada em cada uma dessas análises.

Este ponto é importante porque, no Brasil e nos Estados Unidos da América, as bases de dados que viabilizam o estudo dos determinantes do tempo da justiça criminal são resultado da consulta individual a uma amostra de processos criminais encerrados em um dado período, em uma dada localidade. Já em Portugal, os estudos realizados sobre esta temática utilizam a base de dados do próprio sistema e, por isso, ao contrário das demais realidades, em vez de trabalharem com a amostra, eles trabalham com o universo de todos os processos encerrados naquele período de tempo. Há vantagem deste método em relação aos demais, porque ele permite a produção de informações mais confiáveis não apenas sobre o tempo da justiça criminal, como também sobre os fatores que influenciam este tempo.

Outra ressalva metodológica importante de ser realizada: no Brasil, a análise do tempo da justiça criminal não é realizada de maneira geral, mas de acordo com a natureza do crime. Isso ocorre porque o Código de Processo Penal deste país estabelece regras diferenciadas para o processamento do delito de acordo com a natureza e a intencionalidade deste. Assim, crimes dolosos contra a vida possuem, legalmente, um processamento mais longo do que crimes comuns, merecendo, portanto, uma análise distinta. Contudo, como nos EUA e em Portugal essas distinções não ocorrem, o que é analisado em tais pesquisas é o tempo global da justiça criminal, pouco importando a natureza do delito.

Comparando os resultados encontrados em cada uma dessas pesquisas, referentes aos fatores capazes de explicar o tempo de duração do processo, foi

possível constatar que são variáveis contribuintes para a extensão do tempo de duração de um caso criminal as sumarizadas no Quadro 4:

Quadro 4

Sumário das variáveis apontadas pelas pesquisas como explicativas do aumento do tempo de duração do processo penal nos Estados Unidos da América, Portugal e Brasil

Variáveis apontadas pelos estudos como causas da morosidade processual	EUA	Portugal	Brasil
Atuação de advogados públicos no processo	X		
Aumento considerável do número de litígios		X	
Ausência de interrogatório imediato do réu	X		
Ausência de órgãos específicos destinados a monitorar o tempo dos tribunais	X	X	
Ausência do acusado em quaisquer dos atos do processo	X	X	X
Ausência de pronunciamento do Ministério Público no prazo adequado		X	
Condenação anterior	X		
Crimes qualificados (casos mais complexos)	X	X	X
Excessiva burocratização dos procedimentos judiciais		X	X
Fatores organizacionais do tribunal (insuficiência de profissionais, profissionais não preparados para o exercício da função)	X	X	
Grande número de acusados	X		
Julgamento do caso por um juízo especial	X	X	
Liberdade provisória	X		X
Lugar do processamento da causa	X		
Não uso do Plea Bargain (para Portugal e Brasil dada a ausência deste recurso ou de outros capazes de tornar a justiça mais rápida)	X	X	
Natureza da relação pessoal existente entre promotores, defensores e juízes	X		
Pedido de perícia médica	X	X	X
Pedido de provas adicionais	X		X
Presença de advogado particular	X	X	X
Presença de Cartas Precatórias		X	X
Presença de morosidade nos anos anteriores – Ano no qual o processo foi iniciado	X		X
Problemas no andamento da fase de investigação		X	X
Recursos para os tribunais superiores	X	X	X
Réus de cor branca	X		

Portanto, o que a revisão dos estudos sobre o tempo de duração do processo criminal denota é que os tribunais americanos, portugueses e brasileiros, em regra, desrespeitam o prazo legalmente estabelecido para processamento

deste tipo de ocorrência, ultrapassando-o para além de um mínimo razoável. A exceção é o sistema de justiça criminal português, que, desde o ano de 2003, vem apresentando tempos médios de processamento criminal semelhantes aos estabelecidos pelo Código de Processo Penal português.

Essas pesquisas apontam ainda que esta transgressão da regra tende a ser mais provável quando o caso apresenta determinadas características, tais como advogado particular, acusado aguardando o julgamento em liberdade, dentre outras. Esses fatores indicam que, quaisquer que sejam as sensibilidades jurídicas em questão, os tribunais operam sob a perspectiva de morosidades seletivas, posto que o padrão de tempo é diferenciado, especialmente, de acordo com as características processuais do caso.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, S. Cidadania e administração da justiça criminal. In: E. DINIZ, E. et al (ed.). *O Brasil no rastro da crise*. São Paulo/Brasília: Hucitec/Anpocs/Ipea, 1994.

_____; IZUMINO, W. P. Justice in time and the time of justice. *Tempo Social*. vol. 19. n. 2. São Paulo: Scielo, nov. 2007.

_____ et al. O tempo da justiça: a questão da morosidade processual. In: _____; PINHEIRO, P. S. et al (eds.). *Continuidade autoritária e construção da democracia*. São Paulo: Fundação Ford/NEV USP, 1999.

ALMEIDA, V. A. F. *Métodos quantitativos para ciência da computação experimental*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

AZEVEDO, R. G. Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista brasileira de ciências sociais*. vol. 16. n. 47. p. 97-110. São Paulo: Scielo, out. 2001.

BATITUCCI, E. C.; CRUZ, M. V. et al. Fluxo do crime de homicídio no sistema de justiça criminal de Minas Gerais. *Anais do 30.º Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*. Caxambu: Anpocs, 2006.

BRIDGES, G. The Speedy trial act of 1974: effects on delays in federal Criminal litigation. *The Journal Of Criminal Law And Criminology* 71(1) 1982.

BUTS, J. A.; HALEMBA, G. J. Delays in juvenile justice: findings from a national survey. *Juvenile and family Court Journal*. vol. 31. 1994.

CANO, I. Mensurando a impunidade no sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro. Congresso Latino-Americano de Ciência Política: *Democracia e Desigualdades*, n. 3, 2006. *Anais*... Campinas: Unicamp, 2006.

CHURCH, T. J.; CARLSON, A. et al. Justice delayed: the pace of litigation in urban trial courts. [S.L.]: The National Conference of Metropolitan Courts, 1978.

CNJ, C. N. D. J. *Relatório de avaliação dos Projetos de Lei relacionados à reforma do Judiciário no Brasil*. M. D. R. D. Judiciário, 2008.

DUARTE, M. Acesso ao direito e à Justiça: condições prévias de participação dos movimentos na arena legal. *Oficina do CES*. n. 270. Coimbra:Centro de Estudos Sociais, fev. 2007.

FERREIRA, A. C.; PEDROSO, J. Os tempos da justiça: ensaio sobre a duração e morosidade processual. *Oficina do CES*. n. 99. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997.

FLEMING, M. The price of perfect justice. *Judicare*. vol. 59. n. 7. feb. 1975.

FLEMMING, R. B., NARDULLI, P. F. et al. The timing of justice in felony trial courts. *Law & Policy*. vol. 9. n. 2. 1987.

FONSECA, G. Recentrar o debate sobre a justiça em Portugal. Anais do Congresso luso-afro-brasileiro de ciências sociais. n. 7. p. 16-18. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Sociais, set. 2004.

FRAGOSO, H. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

GELMAN, A.; HILL, J. Data analysis using regression and multilevel/hierarchical models. *Analytical methods for social research*. n. xxii. p. 625. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

GOERDT, J. et al. *Examining Court delay: The pace of litigation in 26 urban trial courts*. Williamsburg: National Center For State Courts, 1989.

_____ et al. *Re-examining Court delay: The pace of litigation in 26 urban trial courts*. Williamsburg: National Center For State Courts, 1991.

GOMES, C. *Por que são tão lentos? Três casos especiais de morosidade na administração da justiça*. Coimbra: [s.n.], 1998.

_____. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: [s.n.], 2005.

GOMES, L. F; BIANCHINI, A. Aspectos criminais da Lei de Violência contra a Mulher. *Jus Navigandi*. ano 10. n. 1.169. p. 13. Teresina, set. 2006. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8916].

IZUMINO, W. P. *Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Ana Blume Fapes, 1998.

LANDES, W. M. An Economic analysis of the Courts. *Journal Of Law And Economics* 14. 1971.

LEVIN, M. A. Delay in five criminal courts. *Journal of legal studies*. vol. 4. 1975.

_____. *Urban politics and the criminal courts*. Chicago: University of Chicago Press, 1977. vol. X.

LISTOKIN, Y. Crime and (with a lag) punishment: the implications of discounting for equitable sentencing. *American Criminal Law Review* 44 (1). 2007.

LONG, J. S.; FREESE, J. *Regression models for categorical dependent variables using stata*. Texas, USA: Stata Press Publication, 2001.

LUSKIN, M. L.; LUSKIN, R. C. Why so fast, why so slow? Explaining case processing time. *The Journal Of Criminal Law And Criminology* 77 (1). 1986.

_____; _____. Case processing times in three courts. *Law And Policy* 9 (2). 1987.

MAHONEY, B.; NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS et al. *Changing times in trial courts*. [Williamsburg, Va.]: National Center for State Courts, 1988. vol. XVIII.

_____; SIPES, L. L. et al. *Implementing delay reduction and delay prevention programs in urban trial courts: preliminary findings from current research. National Conference on Court Dlay Reduction*. Denver/Colorado: [s.n.], sep. 1985.

MIRABETE, J. F. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

MISSE, M.; VARGAS, J. D. O fluxo do processo de incriminação no Rio de Janeiro na década de 50 e no período 1998-2002. *Anais do XIII Congresso Brasileiro de Sociologia – Desigualdade, Diferença e Reconhecimento*. Recife: [s.n.], 2007.

NEUBAUER, D. W. Improving the analysis and presentation of data on case processing time. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 74. n. 4, winter 1983.

_____; RYAN, J. P. Criminal courts and the delivery of speed justice: the influence of case and defendant characteristics. *The Justice System Journal*. vol. 7. n. 2., 1982.

NIMMER, N. T. *The nature of system change: reform impact in the criminal courts*. United States: American Bar Foundation, 1978.

NORONHA, M. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Cortes, 1999.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *Os actos e os tempos dos juízes: contributos para a construção de indicadores da distribuição processual nos juízos cíveis*. Coimbra: CES, 2005.

OSTROM, B. J.; HANSON, R. A. *Efficiency, timeliness, and quality: a new perspective from nine state criminal trial courts*. [S.L.]: National Center for State Courts; State Justice Institute, 1999.

PINHEIRO, P. S. E. A. *Continuidade autoritária e construção da democracia*. São Paulo: NEV/USP, 1999.

RATTON, J. L.; FERNANDES, F. *Homicídios no fluxo do sistema de justiça criminal em Pernambuco (2003-2004)*. Recife: Ministério Público de Pernambuco, 2007.

RIBEIRO, L. M. L.; DUARTE, T. L. Padrões de seleção no processamento dos homicídios dolosos: o tempo dos casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entre os anos 2000 e 2007. *Anais do 32.º Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*. Caxambu: Anpocs, 2008.

RUSCHEL. A. *Análise do tempo dos processos penais de homicídio no Fórum de Justiça de Florianópolis julgados em 2004*. Dissertação de mestrado, Florianópolis, UFSC, 2006.

SANTOS, B. S. Democratizar a universidade: universidade, para quê? para quem? *Estudos Nosso Tempo*. n. 5. p. 87. Coimbra: Centelha, 1975.

_____ et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, F.; ALMEIDA, A. Teoria informacional e a seleção de relatores na Câmara dos Deputados. *Dados*. vol. 48. n. 4. p. 693-736. 2005.

SAPORI, L. F. *Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SIEGEL, L. J.; SENNA, J. J. *Essentials of criminal justice*. Belmont: Thomson Higher Education, 2007.

SVEDAS, A. M. et al (orgs.). *Morosidade da justiça: causas e soluções*. Brasília: Consulex, 2001.

SWIGERT, V. L.; FARRELL, R. A. Speed trial and the legal process. *Law and Human Behavior*. vol. 4. n. 3. p. 135-145. 1980.

TALARICO, S. M. The trials and tribulations of court reform: a review essay. *Justice Quarterly*. vol. 1. n. 1. 1984.

TROTTER, J. A.; COOPER, C. S. State Trial Court Delay: efforts at reform. *The American University Law Review*. vol. 31. 1982

VARGAS, J. D. Análise comparada do fluxo do sistema de justiça para o crime de estupro. *Dados*. vol. 50. p. 671-697. 2007.

_____. *Estupro: que justiça?* Tese de Doutorado em Sociologia, Rio de Janeiro, Iuperj, 2004.

_____; BLAVASTKY, I. et al. *Metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na justiça criminal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

WILSON, D.; KLEIN, A. *A longitudinal study of a cohort of batterers arraigned in a Massachusetts District Court 1995 to 2004*. Massachusetts: The National Institute of Justice, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial, de Marlise Scheid Sausen – *RBCCrim* 78/163;
- A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade", de Selma Pereira de Santana – *RBCCrim* 52/250; e
- Direito ao processo penal no prazo razoável, de Aury Celso Lima Lopes Junior – *RBCCrim* 65/209.

1 DIÁLOGO COM OS PRESTADORES DE SERVIÇOS: UM ESTUDO DE CASO

MAÍZ RAMOS JUNQUEIRA

Mestre em Educação pela UFRGS. Assistente Social do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Neste artigo apresenta-se parte dos resultados obtidos em pesquisa realizada junto a Vara de Execução das Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Alegre/RS, responsável pela execução da prestação de serviços à comunidade. Discute-se o diálogo estabelecido com os prestadores de serviços mediante a realização de estudo de caso junto a uma entidade conveniada ao Poder Judiciário, buscando-se dar visibilidade a esses sujeitos. Conclui-se que a prestação de serviços à comunidade se revela um profícuo campo de possibilidades de transformação dos sujeitos, podendo contribuir para o desenvolvimento humano e sua felicidade, objetivos fundamentais da educação.

PALAVRAS-CHAVE: Penas e medidas alternativas - Prestação de serviços à comunidade - Educação.

ABSTRACT: This article presents part of the results obtained in a research carried out at the Court for the Execution of Penalties and Alternative Measures from the judicial district of Porto Alegre - RS, which is in charge of the actual services that are rendered to the community. We discuss the dialogue which took place with service providers by means of a case study with an institution that has a partnership with the Judiciary branch in an attempt to give visibility to these subjects. The conclusion drawn is that community service is a rich field of possibilities for changing people and can contribute to human development and joy, which are the fundamental objectives of education.

KEYWORDS: Penalties and alternative measures - Community service - Education.

SUMÁRIO: 1. Situando o tema - 2. O estudo de caso - 3. O diálogo com os prestadores como desafio - 4. O contexto das entrevistas - 5. A voz dos prestadores: 5.1 Uma voz unívoca: a importância do acolhimento, integração e não discriminação; 5.2 O olhar dos prestadores para a realidade institucional: despertar de valores e sentimento de utilidade; 5.3 Aprendi-

zagens profissionais – Ponto de discordância entre os prestadores; 5.4 A (re)inserção social no discurso dos prestadores; 5.5 Limites da responsabilização no cumprimento da prestação de serviços à comunidade; 5.6 O sentimento de injustiça; 5.7 Os prestadores pelos prestadores: visão dos entrevistados sobre seus pares; 5.8 Outras experiências de prestação de serviços à comunidade; 5.9 Mudanças promovidas pela prestação de serviços à comunidade na perspectiva dos prestadores – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. SITUANDO O TEMA

As penas e medidas alternativas[1] se inserem no contexto do fracasso do modelo de punição baseado na privação da liberdade. Gomes[2] recupera a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, como marco precedente desse movimento, sendo reconhecida a *dignidade* inerente a todos os seres humanos. Embora não tratasse especificamente sobre a punição, em seu art. V propunha que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes". Outros documentos internacionais foram editados posteriormente, sendo recomendada a aplicação de penas não privativas da liberdade.[3]

O contexto mundial favorável às penas e medidas alternativas influenciou a legislação brasileira a partir da década de 1980. A conjuntura política do país, caracterizada pelo processo de abertura democrática, após duas décadas de ditadura militar, possibilitou a reforma e a construção de novas leis na perspectiva dos substitutivos penais. No ano de 1984, foi promulgada a Lei 7.209/1984, que alterou o Código Penal de 1940, e a Lei 7.210/1984, que instituiu a Lei de Execução Penal (LEP). A Constituição Federal de 1988 reafirmou os princípios dessas transformações legislativas, avançando em outros aspectos, notadamente na área dos direitos sociais.

---

1. O presente artigo é um resumo de parte do material empírico pesquisado e das conclusões da dissertação de mestrado intitulada "Prestação de Serviços à Comunidade: impacto e (in)visibilidade no cumprimento da pena/medida alternativa", apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em novembro de 2010, tendo como orientadora a Profa. Dra. Carmem Maria Craidy.
2. GOMES, Geder Luiz Rocha. *Substituição da prisão: alternativas penais: legitimidade e adequação*. Salvador: JusPodivm, 2008.
3. Merecem destaque as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos pela Organização das Nações Unidas (1955), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade (1990), conhecidas como "Regras de Tóquio".

Na década de 90, novas legislações consolidaram e ampliaram as penas e medidas alternativas no Brasil. A Lei 9.099/1995 inaugurou os Juizados Especiais Criminais. Posteriormente, a Lei 9.714/1998, ampliou o rol das sanções alternativas na legislação[4] e o tempo quando impostas como substituição à prisão para até quatro anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Recentemente, foram criadas novas leis que estendem ainda mais as possibilidades de substituição penal: Lei 10.826/2003 (Lei do Desarmamento), e Leis 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e 11.343/2006 (Lei Antidrogas).

De acordo com Gomes,[5] a referida legislação inaugurou um *novo modelo de Justiça Penal* no Brasil. Convivem, nessa perspectiva, dois sistemas paralelos: o primeiro, denominado pelo autor de *clássico*, privilegia o encarceramento como forma de punição; o segundo, o *alternativo*, sanciona os delitos praticados com penas e medidas alternativas, mantendo a pessoa no convívio comunitário, familiar, profissional e social.

Azevedo,[6] ao analisar os substitutivos penais sob a ótica da criminologia crítica, afirma, contudo, a permanência da centralidade da prisão no sistema penal brasileiro. A autora destaca que a aplicação das penas e medidas alternativas não significou a diminuição da população carcerária, mas a ampliação do controle social mediante a expansão do poder punitivo. Por sua vez, a pesquisa realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Ilanud (2006)[7] corrobora a noção de que os substitutivos penais não significaram a diminuição da população carcerária. Pelo contrário, o estudo indica o aumento dessa população nos últimos anos. Ainda que semelhantes as características socioeconômicas dos seus destinatários, são diferentes os delitos praticados, contribuindo para o baixo impacto na diminuição do número de presidiários.

---

4. O Código Penal já previa as seguintes penas e medidas alternativas: multa, prestação de serviços à comunidade, limitações de final de semana, proibição de cargo ou exercício profissional, proibição do exercício de profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículos. A Lei 9.714/1998 acrescentou quatro novas possibilidades: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de frequentar lugares e prestação de outra natureza.
5. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
6. AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005.
7. SPOSATO, Karyna Batista; TEIXEIRA, Alessandra (coord.). *Levantamento nacional sobre a execução de penas alternativas: relatório final de pesquisa*. São Paulo: Ilanud, 2006.

As alternativas penais inicialmente tiveram uma aplicação muito tímida, especialmente na década de 1990, pela falta de estruturas de acompanhamento, fiscalização e monitoramento. É somente com a criação do Programa Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça, no ano 2000, que se instituiu uma política pública nessa área, objetivando a difusão da aplicação das alternativas penais no Brasil.

Larrauri,[8] em análise sobre a experiência internacional das penas alternativas, reflete sobre os efeitos do *populismo punitivo*[9] nesse campo. Além do aumento do número de pessoas encarceradas, a autora cita a diversificação e a expansão da aplicação das penas alternativas. Outros efeitos importantes são o enfraquecimento do discurso de que essas penas possuem potencial reabilitador e a tendência de estabelecer maior controle e vigilância sobre o comportamento dos seus destinatários, procurando, mais do que incidir sobre a motivação, detectar riscos ou impedir comportamentos delitivos.

O contexto atual brasileiro, seguindo a tendência apontada por Larrauri, caracteriza-se pelo significativo aumento da aplicação das penas e medidas alternativas e das suas estruturas de execução, gerando importantes desafios para os rumos do sistema penal. Ainda que possa significar o aumento do controle social (AZEVEDO, 2005), representa a possibilidade de redirecionar a centralidade histórica da pena de prisão, consolidando e fortalecendo o *sistema alternativo*.

A prestação de serviços à comunidade é reconhecida como a pena/medida alternativa com maiores possibilidades de concretização das finalidades de ressocialização declaradas na legislação brasileira, sendo, conforme Geder Luiz Rocha Gomes, a mais aplicada no Brasil e no mundo. Já para Lemgruber,[10] trata-se da "pena alternativa por excelência".

---

8. LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *RBCCrim* 53/66-87.

9. *Populismo punitivo* é definido por Larrauri nos seguintes termos: "En opinión de Bottoms (1995:39) artífice de la expresión, *populismo punitivo* se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente em la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso. También Roberts-Satalans-Indermaur-Hough (2003:4-5) definen el populismo punitivo como aquella situación en la que consideraciones electorales priman sobre consideraciones de efectividad. Añadiendo como rasgo que las decisiones de política criminal se adoptan con desconocimiento de la evidencia y basándose en asunciones simplistas de uma opinión pública no informada". LARRAURI, Elena. Op. cit., p. 67.

10. LEMGRUBER, Julita. O controle da criminalidade: mitos e fatos. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira. *Insegurança pública: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*. São Paulo: Nova Alexandria, 2002. p. 155-185.

A prestação de serviços à comunidade pode ser aplicada em substituição à prisão, na proporção de uma hora por dia de condenação, como condição para a transação penal ou para a suspensão condicional do processo. Consiste na realização de tarefas gratuitas em entidades sem fins lucrativos, públicas ou filantrópicas, conveniadas com o Poder Judiciário.

Greggiani et al[11] definem a prestação de serviços à comunidade como "uma alternativa ao encarceramento e à impunidade (...) como uma função social, com um caráter educativo, preventivo e notadamente ressocializador". As autoras salientam a dimensão educativa dessa alternativa penal, não somente para o cumpridor, mas para o conjunto da sociedade: "(...) a PSC não tem por objetivo o castigo e, sim, busca a educação, a socialização do prestador de serviços e a consciência da própria sociedade no seu papel de reintegração".[12]

Conforme apontado nos estudos de Stumpf,[13] Girardi[14] e Junqueira,[15] a participação da sociedade, representada pelas entidades conveniadas ao Poder Judiciário, é fundamental para a eficácia da prestação de serviços à comunidade. Salienta-se que tal participação é recomendada pelas Regras de Tóquio e prevista na Lei de Execução Penal brasileira.

A prestação de serviços à comunidade, além de manter seus cumpridores em liberdade, contribui para o trabalho desenvolvido pelas entidades conveniadas, mediante a oferta de mão de obra não remunerada e compulsória. A lei estabelece que as tarefas desenvolvidas devam ser atribuídas conforme as aptidões dos prestadores de serviços, sendo fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

É importante ressaltar, contudo, que a prestação de serviços à comunidade demanda aspectos estruturais significativos, objetivando o acompanhamento,

---

11. GREGGIANI, Cedile Maria Frare et al. Prestação de serviços à comunidade: existe um caminho? *Relatório Azul: garantias e violações dos direitos humanos: 1999/2000*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2000. p. 441-443.
12. Idem, p. 442.
13. STUMPF, Maria Inez Osório. Penas alternativas: rotina de procedimentos como explicitação do trabalho do Serviço Social. *Revista Serviço Social e Sociedade* 72/145-159.
14. GIRARDI, Mônica Lilian Gay. *Prestação de serviços à comunidade: uma alternativa viável à privação de liberdade*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUC, 2007.
15. JUNQUEIRA, Maíz Ramos. *Prestação de serviços à comunidade: impacto e (in)visibilidade no cumprimento da pena/medida alternativa*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2010.

monitoramento e fiscalização da execução da pena/medida. Nesse sentido, a pesquisa do Ilanud concluiu que a existência de juízo especializado e de um corpo técnico é condição central para a efetivação das penas e medidas alternativas.

Além das entidades conveniadas e do Poder Judiciário, a prestação de serviços à comunidade envolve, evidentemente, a participação dos seus beneficiários – os "prestadores de serviços". Esses sujeitos, como seres singulares, têm uma história, interpretam e dão sentido ao mundo, configurando diferentes trajetórias de vida. Inseridos em um contexto social (CHARLOT; LAHIRE)[16-17] atribuem significados à prestação de serviços à comunidade, conformando possibilidades diversas no cumprimento da pena/medida alternativa. São, portanto, atores importantes na execução da prestação de serviços à comunidade, que devem ser considerados na análise sobre a temática.

No estudo realizado sobre a execução da prestação de serviços à comunidade na Comarca de Porto Alegre, entretanto, evidenciou-se a *invisibilidade* dos prestadores de serviços, situação que se expressou em documentos institucionais que relatam o histórico da relação de corresponsabilidade construída pelas entidades conveniadas e Poder Judiciário.[18] Apesar da significativa trajetória de discussão coletiva sobre o trabalho, é bastante restrita a participação desses sujeitos, evidenciando a escassez de iniciativas que efetivamente lhes deem "voz".

O presente artigo pretende apresentar o diálogo estabelecido com os cumpridores da prestação de serviços à comunidade na Comarca de Porto Alegre/RS mediante a realização do estudo de caso de uma entidade conveniada, objetivando contribuir para a *visibilidade* desses sujeitos. Acredita-se que a "voz" dos prestadores possa contribuir para o aperfeiçoamento da execução da pena/medida alternativa, oferecendo parâmetros para a reflexão sobre a dimensão educativa da prestação de serviços à comunidade.

---

16. CHARLOT, Bernard. *Da relação com o saber: elementos para uma teoria*. Porto Alegre: Artmed, 2000.

17. LAHIRE, Bernard. *Sucesso escolar nos meios populares: as razões do improvável*. São Paulo: Ática, 2004.

18. Foram analisados relatórios dos encontros promovidos pela equipe técnica da Vepma com as entidades conveniadas nas últimas duas décadas. Os resultados desse estudo estão publicados no artigo produzido pela autora em parceria com a equipe técnica da Vepma que se intitula "Prestação de Serviços à Comunidade na Comarca de Porto Alegre/RS: corresponsabilidade com as entidades conveniadas" e se encontra no prelo para publicação no número 22 da Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

2. O ESTUDO DE CASO

Conforme já referido, a pesquisa foi realizada na Comarca de Porto Alegre/RS, onde a prestação de serviços à comunidade é executada pela Vara de Execução das Penas e Medidas Alternativas (Vepma). Foram utilizadas diferentes fontes de informações, proporcionando a complementaridade entre os dados e uma leitura abrangente do real. Além do estudo de caso, que será relatado neste artigo, foram aplicados os seguintes instrumentos e estratégias de pesquisa: observação participante junto à equipe técnica da Vepma, questionário aplicado às entidades conveniadas ao Poder Judiciário e análise de documentos institucionais. A pesquisa, em síntese, buscou refletir sobre o impacto da prestação de serviços à comunidade na vida dos seus destinatários, entendendo-se a pena/medida alternativa como possibilidade de educação, responsabilização e (re)inserção social. Buscou-se, ainda, dar *visibilidade* aos prestadores, diante da relevância desses sujeitos para o processo de execução da prestação de serviços à comunidade.

O estudo de caso foi pensado como modalidade metodológica capaz de dar conta de duas dimensões fundamentais no processo de pesquisa: o desenvolvimento da prestação de serviços à comunidade no contexto de uma entidade conveniada e, principalmente, a *visibilidade dos sujeitos prestadores*. Tal modalidade, mediante a adoção da perspectiva etnográfica que combinou observação participante com a realização de entrevistas, possibilitou uma análise contextualizada e profunda sobre o tema do estudo, revelando importantes indícios do objeto investigado.

O estudo de caso é definido por Sarmento,[19] com base em Merriam, como "o exame de um fenômeno específico, tal como um programa, um acontecimento, uma pessoa, um processo, uma instituição ou um grupo social".[20] O autor complementa tal conceito com as ideias de Yin, que considera o estudo de caso "uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro do seu contexto real de vida, especialmente quando as fronteiras entre o fenômeno e o contexto não são absolutamente evidentes".[21]

Conforme Sarmento, o estudo de caso diferencia-se de outros formatos metodológicos por se situar em uma *unidade* que se pretende conhecer na sua

19. SARMENTO, Manuel Jacinto. O estudo de caso etnográfico na educação. In: ZAGO, Nadir; CARVALHO, Marília Pinto de; VILELA, Rita de Amélia Teixeira (orgs). *Itinerários de pesquisa: perspectivas qualitativas em sociologia da educação*. Rio de Janeiro: DP & A, 2003. p. 137-179.

20. Idem, p. 137.

21. Idem, ibidem.

globalidade. Trata-se, portanto, do estudo de *um* caso, bem delimitado. Mesmo que possa ser similar a outros casos em alguns aspectos, é sempre *singular*,[22]

A escolha do "caso" a ser estudado foi realizada mediante discussão com a equipe técnica da Vepma. Escolheu-se uma entidade conveniada levando-se em conta os seguintes critérios: tempo de convênio com a Vepma, optando-se por privilegiar uma das entidades pioneiras no trabalho realizado na Comarca, número elevado de prestadores de serviços e experiências significativas com a prestação de serviços à comunidade.

Com base nesses critérios, definiu-se a Associação de Cegos Louis Braille (Acelb) como entidade a ser estudada. Entendeu-se que a descrição e a análise dessa experiência singular poderiam oferecer um panorama da execução cotidiana da prestação de serviços à comunidade, especialmente quanto aos significados atribuídos pelos prestadores.

A Acelb é uma organização não governamental que atua nas áreas do esporte, assistência social, atendimento a idosos e deficientes visuais. Foi criada em 1973 por um grupo de cegos, inicialmente com atuação centrada na prática de esportes por deficientes visuais. Atualmente, possui em torno de 500 associados.

No ano 2000 foi concretizada a Casa Lar do Cego Idoso, principal projeto assistencial da instituição. Idealizada pelos próprios cegos participantes da entidade, como alternativa a situação de idosos que viviam mal-atendidos ou não eram aceitos por suas famílias, a Casa Lar tem capacidade para atender 80 idosos, e possui, em média, 40 internos.

A Acelb é uma das entidades conveniadas mais antigas que recebem prestadores na Comarca de Porto Alegre. O convênio foi firmado em 21 de março de 1988, época em que a prestação de serviços à comunidade ainda era executada como projeto-piloto, desenvolvido pela Magistrada Vera Muller, em parceria com a Associação de Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris). Desde então, foram muitas as experiências na execução da pena/medida alternativa.[23]

---

22. Como ressalva metodológica, chama-se a atenção para o fato de que o estudo de caso, no contexto de uma pesquisa qualitativa, não possibilita generalizações. Possuindo *valor em si*, o estudo de caso, além de elucidar aspectos do objeto em estudo, pode servir de comparações para o leitor, que poderá considerar elementos que venham a contribuir para a reflexão sobre a sua própria experiência.

23. De acordo com informações disponibilizadas pela equipe técnica da Vepma, em abril de 2010, desde o ano de 2003 já passaram pela Acelb em torno de 263 prestadores. Salienta-se que antes deste ano não há registros em um sistema que possa fornecer tal informação de maneira precisa.

A "imersão" na Acelb possibilitou um contato direto e prolongado com a realidade, notadamente mediante a *observação participante*. Este formato metodológico significa, em síntese, a inserção do pesquisador na realidade estudada, tornando-se parte dela e interagindo com seus atores. Centra-se, portanto, no processo de *interação*, podendo gerar transformações tanto na realidade quanto no próprio pesquisador.

Foram feitas entrevistas em profundidade durante o processo investigativo. Os entrevistados não foram escolhidos *a priori*, mas ao longo da interação da pesquisadora com o campo, implicando processo cumulativo de coleta de dados. Os entrevistados foram definidos no desenvolvimento da observação participante, mediante o estabelecimento de contatos na instituição, conhecimento de percursos biográficos e observação do cotidiano.

Foram adotados os critérios indicados por Minayo[24] para se estabelecer a amostragem em pesquisas qualitativas – *diversificação* e *saturação*.[25] Foram entrevistados cinco prestadores de serviços individualmente e realizada uma entrevista grupal com oito prestadores.[26] Ressalta-se que a entrevista grupal teve papel complementar no estudo, possibilitando a observação da interação entre os participantes e o surgimento de assuntos significativos que não foram tratados durante as entrevistas individuais.

3. O DIÁLOGO COM OS PRESTADORES COMO DESAFIO

O diálogo com os prestadores configurou-se o principal desafio do estudo. O objetivo de *dar voz* a esses sujeitos foi perseguido durante todo o período de inserção no campo, culminando na realização das referidas entrevistas individuais e entrevista coletiva com eles.

---

24. MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. São Paulo: Hucitec, 2008.

25. O critério da *diversificação* está relacionado à representatividade dos sujeitos em relação ao universo estudado. A amostra, nessa perspectiva, deve contemplar a heterogeneidade das experiências e das trajetórias dos prestadores no contexto da entidade. Mediante o critério da *saturação* não há necessidade de definição *a priori* do número de entrevistas realizadas. Depois de determinado número de entrevistas, os temas se tornam repetitivos, possibilitando ao pesquisador enxergar as questões do estudo sob várias perspectivas e pontos de vista, não trazendo mais novidades ao pesquisador.

26. Também foram realizadas entrevistas com dirigentes da entidade que não serão abordadas no presente artigo.

As dificuldades encontradas para estabelecer o diálogo com os prestadores já haviam sido vivenciadas pela pesquisadora quando da sua participação como colaboradora no *I Encontro dos Prestadores de Serviços à Comunidade de Porto Alegre*. O evento, promovido pela Vepma, ocorreu em 17.04.2009 e contou com a participação de poucos cumpridores, mesmo com a proposta de que as horas de permanência no Encontro contassem como cumprimento de pena em dobro.[27]

As dificuldades de exposição dos prestadores possivelmente estejam associadas ao *estigma*[28] que carregam pelo fato de cumprirem pena/medida. Como relata Faleiros,[29] uma condenação criminal marca e etiqueta (*labelling*) os sujeitos, mesmo sendo mais branda que a prisão. É como se fosse um "carimbo" que a pessoa tem inscrito na sua trajetória pessoal.

O primeiro movimento junto aos prestadores foi o de identificá-los, observando suas atividades na instituição e a forma como se relacionavam com os funcionários, idosos e demais prestadores, configurando uma espécie de "mapeamento". Mediante a observação da rotina dos prestadores, os contatos informais estabelecidos e as discussões com a equipe da Vepma realizou-se o processo de escolha dos cumpridores que seriam entrevistados.

É importante, entretanto, fazer uma ressalva metodológica no que diz respeito à composição da amostra. Todos os prestadores, com os quais a mestranda manteve contato 3/4 nas observações, nas entrevistas individuais e coletiva ¾ cumpriam *pena* alternativa. Tal característica adicionou um viés significativo à pesquisa, pois o diálogo com os prestadores não contemplou sujeitos que cumprissem *medida* alternativa. Salienta-se que a prestação de serviços à comunidade no contexto de cumprimento de uma *pena* apresenta características singulares, como o fato de se tratar de uma condenação criminal,[30] com possi-

27. O evento, que foi o primeiro realizado nessa modalidade na Comarca de Porto Alegre, foi proposto no contexto das atividades preparatórias para a 1.ª Conferência Nacional de Segurança Pública (1.ª Conseg), que ocorreu entre os dias 27 e 30.08.2009. O objetivo do Encontro era avaliar as penas e medidas alternativas e propor melhorias para a sua aplicação. Foram convocados 134 prestadores, mas compareceram somente 22 no evento.

28. GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

29. FALEIROS, Vicente de Paula (coord.). *Penas alternativas valem a pena? Relatório final de pesquisa*. Brasília: SEAU do TJDFT, 2001. p. 89.

30. Como já referido, a prestação de serviços à comunidade pode ser aplicada como transação penal, suspensão condicional do processo, sursis e pena substitutiva.

bilidade de reversão para a pena de prisão no caso de descumprimento. Além disso, o tempo de permanência na entidade é mais longo, em geral em torno de dois anos.

A primeira tentativa de entrevistar um prestador foi realizada após a pesquisadora se encontrar na entidade há pouco mais de um mês. Uma informante-chave apresentou um rapaz que naquela data concluía o cumprimento de sua pena. O jovem aparentava ter em torno de 25 anos de idade, com boa apresentação e facilidade para se comunicar. Segundo o coordenador, o rapaz havia iniciado a prestação de serviços em outra instituição, sendo a Acelb a sua segunda experiência. Caracterizado como um cumpridor com perfil de média complexidade[31] pela equipe da Vepma, inclusive sendo necessária a sua transferência da primeira entidade, o jovem havia cumprido adequadamente suas horas na Acelb, sendo avaliado de maneira positiva pelo coordenador.

A pesquisadora praticamente não havia interagido com o indicado para entrevista durante sua permanência na entidade. Mesmo assim, aceitou a indicação da informante-chave, considerando a trajetória do jovem interessante para a pesquisa.

Não foi possível entrevistar o jovem na data da indicação da entrevista. Contudo foi realizada nessa oportunidade a apresentação da pesquisa ao prestador e feito o convite para participar da entrevista. Ele se mostrou bastante receptivo, dizendo que gostaria de falar sobre sua experiência.

Foi agendada uma data para que o rapaz retornasse à entidade e concedesse a entrevista. Na data combinada, entretanto, o jovem não compareceu. Descompromisso? Esquecimento? O que teria levado o prestador a não comparecer à entrevista?

Todos os prestadores que foram entrevistados individualmente tiveram a pena alternativa aplicada em substituição à prisão, na proporção de uma hora por dia de condenação.

31. A noção de *perfil* foi construída pela equipe técnica da Vepma a partir do trabalho com as entidades conveniadas na Comarca de Porto Alegre. O perfil do prestador de serviços é classificado em *baixa, média* e *alta complexidade*. Os indivíduos que apresentam perfil de *baixa complexidade* não possuem maiores dificuldades para o cumprimento da pena/medida, podendo ser imediatamente encaminhados para uma entidade conveniada. A *média complexidade* demanda um acompanhamento mais sistemático por parte da equipe, pelo fato de o cumpridor possuir dificuldades de ordem psicológica ou social. Já, os prestadores de *alta complexidade* requerem uma intervenção multidisciplinar e interinstitucional, objetivando a superação de limitações que vão além do delito e que dificultam ou mesmo impedem o cumprimento prestação de serviços à comunidade num primeiro momento.

Diante do não comparecimento do jovem, foram indicados outros dois prestadores pelo coordenador para entrevista. Ambos já haviam concluído a prestação de serviços à comunidade e residiam próximo à entidade, facilitando o comparecimento.

As indicações do coordenador foram discutidas com a equipe da Vepma, objetivando refletir sobre a relevância dessas experiências para o estudo. Ao conhecer a história de um dos prestadores, contudo, concluiu-se que dificilmente ele compareceria à entidade para conceder a entrevista. O delito cometido teve importantes repercussões em sua vida pessoal e familiar, de modo que a participação na pesquisa possivelmente significasse rememorar um período dramático em sua trajetória, podendo causar constrangimento.

As tentativas iniciais de escolha dos prestadores a serem entrevistados suscitaram importantes reflexões. O não comparecimento do jovem e o constrangimento que a participação na pesquisa poderia causar ao outro prestador remeteram à discussão de Errante[32] sobre a possibilidade (ou não) de coletar narrativas pessoais. Como salienta a autora, a "memória não é simplesmente um exercício de lembranças; há muitas formas de rememorar e diferentes razões por que nós queremos (ou não queremos) rememorar". Coletar narrativas, portanto, não é como uma simples busca em um arquivo; existem memórias e vozes que não podem ser coletadas.

A discussão da autora supracitada contribuiu para que a pesquisadora pudesse pensar estratégias que considerassem a participação dos sujeitos na construção das entrevistas, mediante a centralidade das *interações* nesse processo. Entendeu-se que somente o estabelecimento do respeito mútuo e de uma relação mínima de confiança possibilitaria a negociação das entrevistas com os prestadores. Nesse sentido, Errante fala sobre a necessidade de se construir uma "ponte interpessoal" entre o entrevistador e o narrador, pois "(...) é o vínculo emocional que liga as pessoas... Tal ponte envolve confiança e viabiliza experiências de vulnerabilidade e abertura. A ponte torna-se um veículo para facilitar compreensão mútua, crescimento e mudança" (p. 153).

Zago,[33] por sua vez, caracteriza a entrevista como uma "uma relação social singular", baseada na confiança. A interação entre entrevistador e entrevistado, nessa perspectiva, define a qualidade do trabalho. Nesse contexto, a escolha

32. ERRANTE, Antoinette. Mas, afinal, a memória é de quem? Histórias orais e modos de lembrar e contar. *História da Educação* 8/143.

33. ZAGO, Nadir. A entrevista e seu processo de construção: reflexões com base na experiência prática de pesquisa. In: _____; CARVALHO, Marília Pinto de; VILELA, Rita de

dos entrevistados passou a ser construída de outra maneira, levando em consideração o estabelecimento de uma vinculação mínima com a pesquisadora. O envolvimento desta nas atividades da entidade, os diálogos informais e a convivência permitiram estabelecer uma comunicação mais próxima e espontânea, favorecendo a aceitação da participação na pesquisa.

Os seguintes prestadores[34] participaram das entrevistas individuais:[35]

– Cleiton, 47 anos, ensino médio incompleto, casado e com três filhos menores de idade e estudantes. Residente nas proximidades da Acelb, estava desempregado quando iniciou o cumprimento da prestação de serviços à comunidade. Após concluir a pena, foi contratado como funcionário e, à época da realização da pesquisa exercia, ali, há um ano, a função de motorista. Relatou ter sido condenado a dois anos e seis meses de prestação de serviços por caça ilegal de "ratão do banhado" (*sic*). Cumpriu a pena antes do tempo previsto, com boa avaliação da entidade na época.

– João, 60 anos de idade, casado e com dois filhos adultos, residente na Zona Norte da cidade. Possui pouca escolaridade e é pedreiro há 32 anos. Embora aposentado, ainda exerce suas atividades laborais para ampliar a renda familiar. Referiu ter sido condenado a dois anos de prestação de serviços à comunidade por ter adquirido uma carteira de habilitação falsificada. Considerado um prestador de baixa complexidade, cumpriu sua pena antes do tempo previsto, sendo avaliado de maneira positiva pela entidade, ainda que no início se mostrasse resistente. Quando foi convidado para participar da pesquisa, o Sr. João havia terminado sua pena há aproximadamente um ano e retornava à entidade para iniciar atividades de voluntário.[36]

– Pedro, 44 anos de idade, ensino médio incompleto, residente em outro município. Casado e com três filhos, Pedro é comerciante. Foi condenado a um ano e oito meses por ter provocado um acidente de trânsito que resultou em óbito. Com prognóstico favorável da equipe da Vepma, cumpriu a pena sem di-

---

Amélia Teixeira (orgs.). *Itinerários de pesquisa: perspectivas qualitativas em sociologia da educação*. Rio de Janeiro: DP & A, 2003. p. 287-309.

34. É importante esclarecer que, embora alguns entrevistados já tenham cumprido sua pena, são denominados "prestadores", já que as entrevistas tratam a respeito de suas percepções e experiências nessa condição.

35. Os nomes apresentados são fictícios visando a garantia do anonimato dos sujeitos, conforme combinado no processo de negociação da participação na pesquisa.

36. No dia em que a pesquisadora conheceu o Sr. João ele assinava o termo de adesão para ser voluntário na entidade. Durante a realização da pesquisa, era o único ex-prestador que desempenhava formalmente a função de voluntário.

ficuldades, com excelente avaliação da entidade. Após concluir a pena, no ano de 2001, Pedro permaneceu se envolvendo com a entidade sendo que, no momento da realização da pesquisa, exercia a função de dirigente (2.º tesoureiro).

– Rodrigo, 25 anos, ensino médio incompleto, residente em bairro próximo a Acelb. Solteiro, vive com uma companheira com a qual tem uma filha de tenra idade e duas enteadas. Sem profissão definida, declarou trabalhar com revenda de carros. Com prognóstico reservado da equipe da Vepma, podendo ser considerado um prestador de média complexidade, inicialmente lhe foi indicada outra entidade para o cumprimento da pena. Mediante a não aceitação do prestador, a indicação da entidade foi revista, e ele acabou sendo encaminhado para a Acelb. Rodrigo prestava serviços na instituição sem dificuldades no momento da realização da pesquisa, sendo avaliado de maneira positiva pelo coordenador. Foi condenado a cumprir dois anos de prestação de serviços à comunidade por porte de arma. Iniciou suas atividades na entidade em março de 2009. – Silvio, 27 anos, ensino fundamental incompleto, residente em uma comunidade da região, porém mais afastada da Acelb que a dos demais entrevistados. Vivendo com uma companheira há mais de um ano, casou-se recentemente. Durante a entrevista, declarou histórico de uso de drogas, estando em abstinência desde a união com a companheira. Silvio possui três enteados, todos menores de idade. O jovem trabalha informalmente como servente de obra há cinco anos. Foi condenado a três anos de prestação de serviços à comunidade por porte de arma. Iniciou sua pena em outra entidade, localizada na comunidade onde reside. Por apresentar problemas na primeira instituição, especialmente no que se refere à assiduidade, Silvio foi reencaminhado pela equipe da Vepma. Ele iniciou suas atividades na Acelb em abril de 2009, sendo um prestador com avaliação positiva.

Participaram da entrevista coletiva oito prestadores, e somente um deles não conhecia a pesquisadora. Rodrigo e Silvio, posteriormente, foram entrevistados individualmente, sendo escolhidos pela maior proximidade que tinham com a mestranda e pela relevância de suas trajetórias no cumprimento da prestação de serviços à comunidade.

4. O CONTEXTO DAS ENTREVISTAS

As entrevistas com os prestadores foram previamente combinadas. Eles aceitaram de maneira imediata participar do estudo, não havendo qualquer tipo de reservas. Alguns, mesmo orientados quanto à garantia do anonimato, disseram não se opor à divulgação de seus nomes. O convite para a entrevista pareceu ter o significado de "ser escolhido", resultando em um sentimento de valorização.

Os prestadores, em geral, responderam a todas as questões formuladas. O delito que gerou a pena que estavam cumprindo foi abordado de maneira tranquila pelos entrevistados, ainda que três deles não tenham admitido a autoria.

Uma situação que merece destaque foi o relato de um prestador sobre um delito anteriormente cometido. Sem ser questionado sobre o assunto, ele fez questão de falar sobre o ocorrido, embora já tivesse cumprido sua pena integralmente. Em contato posterior com a equipe da Vepma, verificou-se que a versão narrada pelo prestador era totalmente diferente do que realmente havia ocorrido. Tratando-se de um fato grave, o entrevistado parecer ter "criado" uma versão mais branda, possivelmente sendo esta a apresentada nos seus relatos.

Sob a ótica de Errante, não são somente os entrevistadores que escolhem as vozes que desejam narrar, escolhendo alguns narradores e outros não; os narradores escolhem as histórias que eles desejam que os entrevistadores lhe deem voz, procurando algumas memórias e outras não. As entrevistas com os prestadores, além das limitações próprias da técnica, que demandam a complementação com outras técnicas de coleta de dados, (FONSECA,[37] LAHIRE, 2004), foram permeadas de escolhas e omissões, porque nem todas as memórias são possíveis ou desejáveis de se tornarem públicas. Rememorar, em alguns casos, pode provocar algum tipo de constrangimento ou mesmo sofrimento, de modo que a pessoa prefere "guardar" suas memórias como forma de evitar a dor (ERRANTE, 2000).

As limitações apontadas não significam que as entrevistas não tenham se configurado um momento importante para a pesquisa. Todas se desenvolveram bem, dando visibilidade aos prestadores. Em geral, os entrevistados pareceram apreciar o exercício, encarando a entrevista com seriedade. Com exceção de alguns assuntos que foram tratados com maior resistência, foi possível estabelecer uma relação de confiança mútua, favorecendo o desenvolvimento do trabalho.

A entrevista grupal encontrou maiores dificuldades para sua realização. Dada a importância do trabalho dos prestadores para a entidade, a retirada de um número significativo deles das suas atividades demandou negociação com o coordenador. O grupo foi realizado em um sábado, no horário após o almoço, quando os cumpridores, em geral, realizam uma pequena pausa antes de iniciar o trabalho da tarde.

O grupo contou com a participação de oito prestadores. A pesquisadora exerceu a função de coordenadora, contando com o apoio de uma relatora, que se ocupou essencialmente com o registro da atividade.

37. FONSECA, Cláudia. *Quando cada caso não é um caso: pesquisa etnográfica e educação*. 35 f. (Texto digitado).

É importante salientar que a pesquisadora exerceu um papel bastante diretivo no desenvolvimento do grupo. Os prestadores não contam com uma organização coletiva, não dispondo sequer de algum momento de interação mútua. Não constituem, portanto, um coletivo[38], não possuindo representantes nos espaços de discussão dos seus interesses, neste caso, as penas e medidas alternativas. Qualquer iniciativa nesse sentido, por conseguinte, possivelmente encontrará dificuldades iniciais, como ocorreu no *I Encontro dos Prestadores de Serviços à Comunidade de Porto Alegre.*

As manifestações dos prestadores no grupo tiveram caráter complementar ao que surgiu de maneira mais aprofundada durante as entrevistas individuais. Além de permitir observar a interação entre os cumpridores, sua principal contribuição foi promover algumas falas de caráter mais reivindicatório, com conteúdo semelhante ao do *I Encontro dos Prestadores de Serviços à Comunidade de Porto Alegre,* por exemplo:

– Demanda pelo fornecimento de passagens aos prestadores para deslocamento até a entidade, que deveriam ser fornecidas pelo poder público;

– Demanda por emprego para os cumpridores, visto que muitas vezes o delito é cometido por "falta de dinheiro";

– Questionamento quanto à suspensão de direitos civis durante o cumprimento da pena e registro na folha corrida;

– Oferta de escolarização dentro da carga horária de cumprimento da pena;

– Atividades de profissionalização durante o cumprimento da pena.

As "reivindicações" dos prestadores na entrevista coletiva merecem comentário. Elas enfatizam a importância de que a pena/medida alternativa possa cumprir seus objetivos relacionados à (re)inserção social dos cumpridores. Além disso, corroboram os achados de outros estudos (FALEIROS, CRAIDY e GONÇALVES),[39] que apontam a fragilidade na concretização dos objetivos de acessar direitos no cumprimento da prestação de serviços à comunidade.

---

38. A situação dos prestadores difere da dos cegos que, embora também se configurem como um grupo estigmatizado (GOFFMAN, 1988), possuem formas de organização coletiva, como é o caso da própria Acelb. Não constituir um grupo, para os prestadores, contribui para a sua *invisibilidade*, não havendo possibilidade de denúncia, reivindicação e busca de apoio entre os "iguais".

39. FALEIROS. Op. cit. CRAIDY, Carmem Maria; GONÇALVES, Liana Lemos. *Medidas sócio-educativas: da repressão à educação; a experiência do programa de prestação de serviços à comunidade da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre: UFRGS, 2005.

5. A VOZ DOS PRESTADORES

5.1 *Uma voz unívoca: a importância do acolhimento, integração e não discriminação*

Semelhante aos achados obtidos mediante o uso de outras estratégias e instrumentos de pesquisa utilizados no estudo, o *acolhimento*, *integração* e *não discriminação* foram considerados os aspectos mais significativos para os prestadores, fato salientado por todos os entrevistados. A fala de Cleiton sobre como se sentia antes de se apresentar para dar início ao cumprimento da pena expressa a relevância dos primeiros contatos e a forma como são recebidos na entidade:

"Eu não tenho muita prática em trabalhar, em consertar, né? E eu pensei que eles iam me tirar o couro, entende? (...) Tanto que na época que eu fui condenado, perguntei se eu poderia passar a minha prestação de serviço para sacola básica, mesmo sem estar trabalhando, porque eu imaginava que a coisa seria horrível."

Pedro, por sua vez, expressa a relevância que a acolhida recebida na entidade teve no seu processo de cumprimento da pena alternativa:

"Eu vim aqui e a primeira pessoa que encontrei foi o Odilon, que era o presidente na época. (...) Aí é que eu me sentei e comecei a conversar com ele e ele me deu a entender que meu trabalho era bem importante pra eles, isso pra mim foi interessante. (...) Então, tu chega um pouco frustrado, a minha, na época, a minha preparação era pra que eu não fosse condenado, entendeu? Mas eu fui condenado. Ah, o Odilon, quando ele me recebeu ele foi de fundamental importância para mim, tu nem imagina o quanto o primeiro contato é importante."

O tratamento respeitoso na entidade, observado pela pesquisadora durante sua inserção no campo, é enfatizado por um prestador durante a entrevista como elemento favorecedor do cumprimento da pena alternativa:

"É, a dona (funcionária) aqui, ela é o braço direito do (coordenador), né? E ela é uma pessoa que, assim... ela não manda, ela só pede, sabe? É uma pessoa assim que é duma educação imensa. E da maneira que ela pede, se ela pede uma coisinha a gente faz até duas, porque ela é... especial, gente finíssima" (Cleiton).

Um entrevistado destacou que a *integração* dos prestadores, como parte constitutiva da dinâmica institucional, poderia ser percebida pela pesquisadora nas suas observações. Além disso, ele referiu que o fato de se "sentir integrado" contribuiu de maneira decisiva para que ele permanecesse frequentando a instituição, na função de voluntário, após o cumprimento da pena:[40]

40. Cleiton comentou, durante a entrevista que, antes de ser contratado pela Acelb, permaneceu um período na função de voluntário, participando regularmente de algumas atividades da instituição.

"(...) é uma coisa que você já notou também: aqui prestador é que nem a senhora, é que nem a (funcionária), sabe? Não tem, ninguém trata diferente, ninguém vive jogando na cara algo. Então eu fui vendo que eu não tinha diferença entre um funcionário, entre um visitante, entre os vôs, né? As pessoas me tratavam com respeito, não importava ao que eu tinha feito. Então eu fui gostando da Casa. Tanto que depois que eu saí, terminou, eu continuei vindo."

Perguntado sobre os motivos que o levaram a retornar à entidade na função de voluntário, após o cumprimento da pena, outro prestador respondeu que foi motivado pelos vínculos de *amizade*:

"O pessoal é tudo gente fina, eles aqui que trabalham na Casa, credo. Eu fiz uma amizade muito grande com eles que te digo. (...) A única coisa que tu ganha é a amizade que tu tem com o pessoal aqui (...) Só a amizade que eu peguei com eles aí já é uma grande coisa" (João).

Outro aspecto muito citado pelos entrevistados como relevante foi o fato de *não se sentirem discriminados* na instituição durante o cumprimento da pena:

"Aqui é muito bom. Até os moradores daqui conversam com a gente, aqui é muito melhor do que lá onde eu tava. Muito bom. Aqui eu me sinto bem útil. E não tem preconceito nenhum, até as pessoas que vem aqui, vem visitar aqui, conversam com a gente e tudo" (Silvio).

"Eu não me sinto como prestador aqui porque aqui tu não é julgado como um prestador. Tu é julgado como qualquer outro funcionário. Lógico, tu é um prestador, só que ninguém fica te lembrando, ah, aquele ali é um prestador, aquele lá também" (Rodrigo).

5.2 O olhar dos prestadores para a realidade institucional: despertar de valores e sentimento de utilidade

Corroborando os registros dos prestadores nos documentos institucionais analisados na pesquisa, os entrevistados falaram sobre o significado de conviver com a realidade institucional. A situação dos idosos residentes na Casa Lar, ainda que bem atendidos na entidade,[41] parece mobilizar os prestadores, conforme se lê nos relatos:

41. É importante ressaltar que a Acelb apresenta características de uma instituição total, especialmente no que diz respeito ao isolamento dos seus internos. Um dos aspectos que parece mobilizar de maneira significativa os prestadores é o abandono familiar em que alguns idosos se encontram. Embora bastante séria, trata-se de uma situação comum em instituições que atendem idosos na modalidade de longa permanência. É

"Eu acho aquilo ali muito triste pra uma família largar um pai, deixar daquele jeito ali... eu não tinha consciência pra deixar meu pai ou mãe aí desse jeito. Por que eu... não sei. (...) Eu fico apavorado com isso aí... tira um pai aí, tem cara que atira aí e nem procura... pra um pai criar um filho pra ver isso aí, tá louco! Deus me livre se um filho meu fizer isso pra mim. É muito mais morrer duma vez" (João).

"Eu fico olhando esse monte de senhor e senhora aí e vendo que... Deus o livre, não passa na minha cabeça ver o meu pai num negócio assim. Não é ruim, nada, mas eu penso assim: têm muitos aí que tem... que nem o (idoso), tem 18 filhos, um só vem ver ele. Daí que pai tu foi então? Que pai tu foi, que tu não tem na tua velhice um filho pra te apoiar no teu ombro. Eu acho que quem não tem família tudo bem, mas, se tem filho e coisa, eu acho que jamais tem que botar uma pessoa num lugar assim" (Rodrigo).

O jovem enfatizou ter passado a valorizar mais suas relações familiares mediante a convivência com os idosos na entidade:

"Me ajudou... me ajudou até a dar mais valor pra minha família, entendeu? (...) Valorizar a família, tu aprende a valorizar... que nem eu, minha mãe tá longe, eu quando chegar lá eu quero abraçar, ficar perto dela, entendeu? Me colocar lá do lado dela e aqui dentro quantos deles queriam passar por um momento assim no final do ano. Ter um filho abraçando eles, entendeu? Isso aí que eu penso" (Rodrigo).

A convivência com as limitações dos internos, para alguns prestadores, parece se configurar como fonte de aprendizado, possibilitando a reflexão sobre questões de suas próprias vidas:

"Me sinto bem. Pra mim, eu me sinto bem. É uma terapia que eu faço. Esses dias eu vim pra cá e até descansei a cabeça. Tira aquilo da cabeça, aquele troço que tu ta pensando, que não vai dar certo contigo, tu chega aqui e tira... que tu vê gente pior que o cara. E o cara acha que tá mal, e tu chega aqui e tem gente pior que o cara. Por que tu ainda ta caminhando, tu ainda pode fazer alguma coisa, e eles? Que tão ali, sem perna, sem nada, não têm mais recurso. Tem um monte pior que o cara. O cara... Tu sai daqui, tu tendo saúde, tu sai... dando coice rua afora aí. E eles, os coitados ali, não têm... É uma experiência muito boa na vida do cara essa aí" (João).

---

importante salientar que em nenhum momento os prestadores criticaram o atendimento oferecido pela Acelb aos idosos, pelo contrário, elogiaram em diversas oportunidades os cuidados e a atenção que os "vôs" recebem.

"Mas se ele botar na cabeça, só de ele ver essas pessoas aí passando trabalho, ele não era nem pra se lembrar de fazer mais nada na vida, guria. Já pensou como tem gente aí que vem, que roubou, que deu tiro num, ou assaltou alguém, umas pessoas sem pé e sem cabeça. E vir ajudar a cuidar uns vôs na miséria aí, que não caminham e tão aí. Uma pessoa que pensar não faz, não dá volta a fazer isso, não. Por que isso aí é uma escola pra eles. Isso aí é tipo um... chegar nessas clínicas aí, se tratar. Isso aqui é um tratamento pra pessoa. Se tu botar na cabeça, que tu chega aqui e vê esses vôs passando ali, é uma clínica. É melhor que entrar dentro duma clínica" (João).

"O que faz eu pensar é que um dia o meu pai pode estar daquele jeito ali, né? Então eu já sei como é que eu vou lidar com ele. Tem que ter paciência, sabe? Que ele já vai estar precisando de mim. Então eu já vou saber como é que eu vou lidar com ele. Então isso aí já é uma experiência também. Uma experiência boa, né? Não sei quando é o dia. Pra perder uma visão, só basta estar enxergando. Ainda mais ele que tá com 75 anos" (Silvio).

Alguns entrevistados disseram que se sentem *úteis* pelo trabalho desenvolvido junto aos idosos:

"Eu acho que (ajuda) em tudo, porque eles são sozinhos, a gente conversa com eles, a gente leva café pra eles, tudo o que eles pedirem, a gente alcança. Quanto mais conversar com eles, melhor eles conversam contigo, que daí eles contam, no caso, do tempo que eles eram novos, que nem nós, assim, eles começam a contar tudo, o que fizeram, o que foi bom pra eles, o que foi ruim... daí é bom. (...) Olha, eu me sinto bem [ajudando os idosos]. Que eu 'tô' ajudando, eu cometi um erro, já que eu fui julgado, não adianta eu fugir, fui julgado, é meu, deu. Só que eu cometi um erro lá, mas eu tô ajudando aqui agora" (Rodrigo).

"Bem, o meu trabalho aqui ajudou porque nunca tiveram padeiro, né? E eu, na minha época de prestador aqui, depois que eu vim pra cá, não nos primeiros meses, mas depois de uns dois ou três meses, que eles vieram conhecer meus dons, aí eu comecei, né? Ficar na parte dos salgados, bolos, pão pra casa, né? Que não tem outro que faça. E eu acho que nessas festas que saem uma vez por mês, na quarta-feira[42] também eu sou muito útil" (Cleiton).

A convivência com os idosos, para os entrevistados, parece configurar uma experiência socializadora, favorecendo a vivência de *valores*, por exemplo, alteridade e solidariedade. Um prestador, ao ser questionado sobre o que encontrou de mais significativo na entidade, respondeu:

42. O entrevistado faz referência às festas de aniversário dos idosos residentes, que ocorrem mensalmente na entidade.

"Olha, muito carinho, sabe? Muito carinho e ajuda ao próximo. Se uma pessoa chega aqui, que nunca estendeu a mão pra ninguém, aprende aqui a estender a mão. Por que aqui nós temos quarenta e poucos velhinhos, sabe? Que são muito carentes. São abandonados pelos bem queridos, pelos filhos e parentes e... passam um afeto pra gente e a gente também retribui bastante, aprende, sabe?" (Cleiton).

De acordo com o relato a seguir, a convivência com os funcionários e demais prestadores também parece despertar os valores supracitados.

"O que eu aprendi que um tem que ajudar o outro. Aqui, bem dizer, a gente é uma família unida, sabe? Quando um precisa, a gente sempre tá disposto a ajudar. Isso que é muito importante também, né? (...) Que aqui se eu tô varrendo ali, alguém me chama pra ajudar, eu vou ajudar. Depois eu volto pro meu setor. Aí quando eu preciso de uma ajuda, o outro funcionário vem e me ajuda. Então a gente é unido aqui. Isso que é importante. Um ajuda o outro. Até o (coordenador) ajuda nós, bota a mão na massa" (Silvio).

Embora pouco citada nas entrevistas, a convivência com as diferenças dos cegos também pode suscitar reflexão e aprendizado:

"(...) a gente às vezes esquece que eles são deficientes, eles são pessoas que superam bastante a deficiência deles, as coisas que eles falam pra ti..." (Pedro).

"Eu vou dizer pra senhora, eu acho eles mais inteligentes do que quem enxerga. Por que pra caminhar do jeito que eles caminham, vão em mercado, vão em tudo que é lugar com uma bengala, batendo dum canto pro outro, eu não conseguiria. Se a pessoa, às vezes, sem deficiência, já consegue bater numa parada, numa coisa, imagina uma pessoa que tem deficiência. É ruim daí. Como é que eles pegam ônibus, como é que fazem, sabem certinho onde é que eles têm que ir?" (Rodrigo).

5.3 Aprendizagens profissionais – Ponto de discordância entre os prestadores

Os prestadores apresentaram visões divergentes sobre as aprendizagens profissionais no cumprimento da prestação de serviços à comunidade. Chama a atenção que somente os prestadores sem profissão definida (Rodrigo e Silvio) identificaram tais aprendizagens, ressaltando-as durante a entrevista:

"Se eu quiser sair hoje e pegar um serviço de porteiro, eu já posso pegar. Eu tô ali, eu atendo o telefone, abro o portão, entendeu? Seu eu quiser abrir uma fábrica de fraldas pra mim, eu posso abrir, que eu sei mexer nas máquinas. É duas profissões que já saem também" (Rodrigo).

"Sim, noção como é que se plantava, sabe? Isso aí eu não tinha. Até capinar eu capinava, mas eu não sabia o capinar certo. Eu já aprendi a capinar direi-

tinho. (...) Na terra eu mexia, mas fazer um canteiro que nem aqueles ali, eu não sabia fazer. Eu só botava no chão, assim, sabe? Mas não mexia, não sabia que tinha que mexer a terra, virar a terra, esse aí eu não sabia. (...) Que se eu arrumar um serviço de jardineiro, eu já sei como fazer um canteiro, já sei como plantar as flores certinhas" (Silvio).

"Bom, aqui eu aprendi, aprendi direitinho assim a fazer fralda eu não aprendi ainda, né? Mas eu já tenho uma noção de como é que se faz. (...) Isso é importante pra mim também. Que de repente se eu chego a querer, assim, comprar uma máquina pra fralda pra revender, eu já sei como trabalhar com ela. É uma experiência" (Silvio).

João, que possui longa experiência na função de pedreiro, avalia que as aprendizagens que teve na entidade não se situam na esfera profissional:

"Eu não aprendi nada. O que eles fazem aqui eu sei fazer dentro da cozinha. Se precisar fazer uma limpeza, isso aí eu tava acostumado a fazer em casa. (...) Claro, a gente aprende aqui a lidar com o pessoal, com esses velhos, tratar, isso aí é uma baita duma experiência que o cara aprende" (João).

Cleiton, durante a entrevista, não relata aprendizagens profissionais, mas salienta que foi aproveitado em áreas de seu conhecimento, por exemplo, a cozinha. Já Pedro, empresário, disse que a possibilidade de conviver com o ambiente organizado da entidade pode contribuir para o processo de socialização dos prestadores:

"A organização deles (entidade) é boa, eu acho que o prestador de serviço que vem, ele entra numa empresa organizada né? É... o prestador que chega, ele tem um ambiente bom, né?" (Pedro).

5.4 A (re)inserção social no discurso dos prestadores

A dimensão da (re)inserção social pouco aparece no discurso dos prestadores, com exceção de Cleiton, que acessou trabalho formal mediante o cumprimento da pena. Ele relatou que inicialmente foi inserido em uma empresa por intermédio dos contatos estabelecidos na entidade. Posteriormente, foi contratado pela própria Acelb para desempenhar a função de motorista.

"Eu tava trabalhando na (primeira empresa que o contratou através de contatos estabelecidos no cumprimento da pena) e eu vinha aqui fazer bolo, fazer pizza, quando era festa dos vôs, né? E aí surgiu a oportunidade, a Casa ganhou uma Kombi e aí não tinha motorista e eu como vivia aqui prestando serviço, aí já tava como voluntário... aí (os dirigentes) vieram e conversaram comigo se eu queria trabalhar pra Casa, né?" (Cleiton).

O prestador relatou que se encontrava excluído do mercado de trabalho há um período significativo, de modo que a contratação na entidade teve *impacto* relevante em sua vida:

"Eu tava sem trabalho, eu tava vivendo de bico. (...) Essa caça ao ratão, olha, houve época que eu até agradeci a Deus por ser pego, sabe, ter acontecido isso aqui me mudou minha vida" (Cleiton).

A fala do entrevistado, contudo, expressa o sentido paradoxal da (re)inserção social mediante o cumprimento de uma pena. Tendo o seu direito ao trabalho negado, Cleiton acaba por perceber o delito como algo positivo em sua vida, à medida que seus desdobramentos – o cumprimento da pena – resultaram na garantia de um direito.

É importante ressaltar que, ainda que tenham ocorrido outros casos de contratação de prestadores ¾ tornando-se funcionários nas entidades conveniadas, inclusive na própria Acelb ¾, trata-se de uma experiência que se configura muito mais exceção do que regra. O próprio entrevistado atribuiu a contratação ao seu esforço próprio:

"Eu disse para (assistente social): tô muito agradecido pela Casa aí. Bah, a Casa, olha... além de eu estar prestando serviço aí ela me conseguiu até um trabalho. Ela pegou e bateu no meu ombro e disse, 'olha, isso aí foi tu que conquistou. Se tu fosse um mau prestador, se tu fosse uma má pessoa, eles não te dariam esse serviço. Então te orgulha porque isso aí foi tu que conquistou'. E eu me senti muito orgulhoso, né, Dona? Por que entrei como uma coisa aqui e vim parar como outra. Então fui valorizado e gostei muito da oportunidade. (...) Isso aí partiu de mim, né? Partiu de mim. Eu falei, eu conversei, expliquei a minha situação, né? Isso aí partiu de mim" (Cleiton).

O mesmo entrevistado relata a situação de precarização do trabalho em que vive grande parte dos prestadores que trabalham na entidade. Para esses, parece não haver possibilidade de acesso ao trabalho mediante o cumprimento da pena:

"(...) uns 50% não trabalha, né? Uns 50% vive no desvio mesmo. (...) Desempregados, né? (...) Por exemplo, esse rapaz que tá sentado aí (outro prestador), esse aí é um que... anda só de carrão e não trabalha, né? Não tem ganho nenhum. E assim tem outros também, que trabalham aqui, mas na rua não fazem nada. Isso aí eu 'tô' lhe falando porque eles mesmos dizem, né? (...) Não tem serviço, não tem trabalho" (Cleiton).

O entrevistado disse, ainda, que o cumprimento da pena pode significar prejuízos à atividade laboral dos prestadores, dificultando ainda mais as precárias condições em que muitos deles vivem:

"E esse (prestador) que vem amanhã, ele se queixa bastante, sabe? Que ele trabalha por conta, então cada dia que ele vem pra cá, ele deixa de fazer o serviço dele pra ganhar o pão dele. Mas ele falou que tem que vir, né? E ainda bem que ele veio pra um lugar que ele gosta" (Cleiton).

5.5 Limites da responsabilização no cumprimento da prestação de serviços à comunidade

As entrevistas com os prestadores apontaram limitações quanto à dimensão da *responsabilização* na prestação de serviços à comunidade. Dois relatos se destacam por indicar que os entrevistados, ainda que admitam o delito cometido, não mudaram suas condutas após o cumprimento da pena:

"Bom, eu percebo o seguinte, Dona, que eu continuo errando... Eu não jogo, não tenho vício nenhum, gosto de pescar, gosto de caçar... e continuo fazendo. (...) Mesmo sabendo [que não é permitido], mas só que não tão explícito assim, que nem eu fiz ali na Free Way, sabe? Mas a gente... o meu compadre tem um sítio (...). A gente caça, a gente pesca só que a gente já come lá mesmo, a gente não transporta. E... não tô nem um pouquinho orgulhoso do que aconteceu, sabe? E também não gostaria que acontecesse de novo, mas... continuo fazendo" (Cleiton).

"Sem dúvida, se tu olhar pra minha habilitação, eu ainda tenho multas por excesso de velocidade (...) devo ter umas oito ou dez multas, a cada dois, três anos, por excesso de velocidade, mas assim ó, tipo, localização de pardal, mas eu nunca mais andei acima muito do permitido, sabe?" (Pedro).

Outros relatos indicam as dificuldades que alguns prestadores possuem no sentido de refletir sobre a situação que os levou ao cumprimento da pena:

"Olha, Dona, vou lhe dizer uma coisa, eu 'tô' sempre agitado. Não paro pra pensar, entendeu, assim... Pra mim tudo tá bom, tudo tá ótimo e vou seguindo" (Rodrigo).

"Eu nem penso, nem boto isso na cabeça. Isso que já passou, passou. (...) Tem que cuidar daqui pra frente. Não adianta te lembrar de coisa pra trás, que nada vai dar certo. Caranguejo que puxou pra trás, não funciona. Tu tem que te lembrar é amanhã" (João).

A prestação de serviços à comunidade, entretanto, é percebida como *castigo*, conforme o seguinte relato:

"É um castigo que tu vai ter que vir todo dia fazer aqui. Se é todos domingos, todos domingo no mês... é trinta... eu peguei sete hora por dia, que eu tenho que fazer. São 28 horas por mês. Eu tenho que fazer aquelas 28 horas por mês. Seja domingo, não seja, tem que estar no papel" (João).

O mesmo entrevistado expressa em seu relato o elemento punitivo da sanção, identificado por ele nas obrigações impostas relativas à restrição da liberdade, acarretando prejuízos em sua vida familiar e social:

"(...) não poder viajar, umas férias, quem quer tirar umas férias dentro daquele ano... se tu não pode sair, tu tem que vir aqui fim de semana, seja domingo, seja sábado, aquele mês tu não pode mandar em branco" (João).

A prestação de serviços à comunidade é comparada à privação da liberdade em alguns momentos pelos entrevistados. As falas de João revelam uma postura ambivalente nesse sentido, ora salientando as semelhanças, ora as diferenças entre as duas modalidades de punição:

"Isso aqui é a mesma coisa que tirar um ano lá no presídio. Todos os dias ele tem que cumprir aquele horário. (...) Então a pessoa tem que se flagrar, tem que botar na cabeça que é a mesma coisa que o presídio, só que lá tu fica lá dia e noite, e aqui tu fica em liberdade, tu só tem aquele dia pra fazer. Mas se tu pensar, é a mesma coisa que a cadeia" (João).

"Mas eu acho que tem muita diferença entre lá e aqui. Que aqui tu vem só um dia, faz o teu serviço direito e vai embora. Faz amizade e vai embora. E lá, não. Lá que amizade tu vai fazer com o 'cadeieiro'?" (João).

Outro prestador ressalta a manutenção da *liberdade* como principal diferença da prestação de serviços à comunidade em relação à prisão:

A prestação de serviço é um castigo, alguma coisa assim, mas se a pessoa fosse presa, né? Aí ela perderia a liberdade, perderia muitas coisas (Pedro).

Outro relato salienta o *valor da liberdade* no cumprimento da pena alternativa:

"Mas o bom é que eu tô solto, né? Eu tô pagando a pena, mas eu tô em liberdade. Isso é que é muito bom. (...) Se eu estivesse lá fechado, a única coisa que eu ia ter lá era amigo vagabundo. E de repente eu sair de lá um assaltante de banco, um assassino" (Silvio).

A possibilidade de conversão da prestação de serviços à comunidade em prisão mediante descumprimento é ressaltada nas entrevistas. Ainda que tal manifestação corrobore a crítica de alguns autores quanto à centralidade das penas privativas de liberdade no sistema penal (GOMES, 2000; AZEVEDO, 2005; GOMES, 2008), indica que a previsão abstrata da possibilidade dessa conversão assume um caráter preventivo, de ameaça, podendo representar uma espécie de *limite* para os cumpridores.

"Ah, mas eles vão ter que se comportar (prestadores). Por que eles já sabem que se eles voltarem pra cá, qualquer uma queixa que mandarem daqui, uma

ligação, oh, não quero o fulano aqui, aí ele tá ferrado. (...) Por que se tu não cumprir aqui tu vai cumprir lá no presídio" (João).

5.6 O sentimento de injustiça

Alguns entrevistados disseram sentir-se "punidos injustamente", entendendo que não mereciam a aplicação de uma pena/medida alternativa. O *sentimento de injustiça*, entretanto, parece não resultar no descumprimento da pena/medida, pelo menos nos casos analisados.

Dois entrevistados não admitiram a prática do delito gerador do cumprimento da pena – Rodrigo e, especialmente, João. Silvio, embora também não tenha admitido o delito durante a entrevista, não se sentiu injustiçado.

João, ao ser perguntado sobre como se sentia quando iniciou o cumprimento da pena, respondeu:

"Com raiva (...) porque eu paguei um troço que não fui eu que fiz. Até hoje não me esqueço daquilo... por causa de uma carteira de motorista, tirei a carteira lá no Detran, um despachante tirou e o cara me deu uma carteira falsa" (João).

Rodrigo, por sua vez, relatou ter sido acusado pela Polícia de portar uma arma que não era sua:

"Eles (policiais) pegaram uma arma perto de mim, que eles me deram um tiro, pegaram perto de mim a arma. (...) Daí eu disse que não tinha nada que ver, mas eles disseram que era minha a arma e deu" (Rodrigo).

A visão que Rodrigo possui da Polícia expressa o entendimento corrente da instituição no país: violenta, abusiva e corrupta.[43] Perguntado sobre por que a Polícia atirou nele, o jovem apontou o exercício da brutalidade policial preferencialmente contra moradores da periferia, que configuram um grupo vulnerável da sociedade:

"Vai saber, vila, né, Dona? Todo mundo que mora em vila é vagabundo. (...) conheço pessoas inocentes que já morreram por um... por acharem que ele tem participação em alguma coisa e não tem. Teve um vizinho meu que tava chegando em casa com o remédio pro filho dele e morreu. Morreu na porta de casa" (Rodrigo).

Silvio, também morador de uma comunidade localizada na periferia e considerada bastante violenta, relatou uma visão positiva da Polícia:

43. LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Inácio. *Quem vigia os vigias: um estudo sobe controle externo da Polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

"Quando vem os vagabundos lá, os moradores chamam a Polícia, mesmo eles sendo lá da Vila. Por que quando eles tavam lá, daí os outros invadiram a Vila, eles pegaram e saíram, fugiram e deixaram os moradores sozinhos. Então os vagabundos entraram nas casas pra roubar e depois que a Polícia ficou lá no Morro por seis meses, daí acalmou. Só que daí a Polícia foi embora porque a dona da casa pediu a casa, daí foi na Justiça e a Brigada teve que sair" (Silvio).

João manifestou de maneira mais intensa o sentimento de injustiça, e revelou descrença em relação às instituições do Estado, salientando a existência de outros crimes mais graves que não são punidos:

"Tive que pagar multa, pagar tudo, pagar a condenação e pagar dois anos de serviço... e deu naquela época, na época que eles me condenaram, deu aquele desfalque e até hoje ninguém tá preso. (...) Que desviaram 44 milhões naquela época, tu entrava naquele Detran, tu entrava numa porta e saía na outra com a carteira e até hoje a Polícia não prendeu ninguém" (João).

A visão que esse entrevistado possui do Poder Judiciário é bastante negativa:

"A pior Justiça que existe. Porque tem gente boa, mas tem muito sem-vergonhismo no meio. Isso eu digo até pra eles. Seu eu chegar e dizer pra um delegado, um advogado, eu chego e digo... que não tem... que se foi a época que tu tinha uma justiça que tu perguntava os troços e dava pra confiar, hoje não (...) Quem é punido é nós que não chegamos lá, eles ficam numa boa e nós ficamos punidos" (João).

5.7 Os prestadores pelos prestadores: visão dos entrevistados sobre seus pares

Ao analisar a visão dos prestadores a respeito de seus pares, é importante considerar que eles não constituem propriamente um grupo, não possuindo um padrão estável de interação mútua. Diferente dos cegos da Acelb, também estigmatizados, mas compondo uma comunidade consolidada, os cumpridores estabelecem contatos pontuais entre si, que se limitam às interações cotidianas estabelecidas, em geral, na própria entidade.

As observações da pesquisadora revelaram que os prestadores se colocam na entidade, em geral, de maneira isolada, inclusive em relação ao desempenho das tarefas. O único momento de reunião organizada que o grupo teve parece ter sido a entrevista coletiva, que, como relatado, assumiu um caráter reivindicatório.

No relato dos entrevistados, somente Silvio expressou ter constituído vínculos de amizade com outro prestador, com quem compartilha o trabalho rea-

lizado na horta aos sábados. Já, Cleiton fala da sua relação com os demais prestadores de maneira bastante distanciada, enfatizando a existência de assuntos que não são abordados, por exemplo, o delito cometido:

"Eu não julgo ninguém, sabe? Cada um com seu crime. E aqui, prestador aqui geralmente, se ele entra num assalto, ele não fala o que realmente ele foi preso ou tá prestando, né? Quer dizer que a gente nunca sabe o certo, né? O porquê que ele ta aí. E... me dou bem... conheci bastante gente já aqui entre mulheres e homens, me dou bem com todos eles, né? Não falo sobre artigo... não falo sobre artigo, né? A gente até conversa, tem bastante vizinhos meus, ali onde eu moro que estão prestando serviço aqui, sabe? Mas não me envolvo com o porquê eles caíram aqui ou coisa parecida e me dou bem com todos eles. Mas nunca me metendo assim diretamente na vida. Que é só aquela questão da prestação de serviço ali, que o horário deles e..." (Cleiton)

A relação de Cleiton, ex-prestador e atual funcionário da entidade, foi considerada complicada pela sua identificação com os atuais cumpridores:

"Bem, é aí que é o problema, sabe? Eu, como já fui prestador, trato eles da melhor maneira possível como eu gostaria que me tratassem na época. Peço ajuda pra eles, agradeço pela força que eles me dão, pela ajuda, né? E... como é que vou dizer? (...) O problema é o seguinte, é que às vezes a Casa aqui me pede pra agir de certa forma e eu não consigo. Não consigo porque eu sei que para eles virem prestar serviço já é uma dificuldade, tem uns que não gostam, vem porque a justiça exige, e aí chegar aqui e ter um Cleiton que fique... a senhora entende? (...) Então o (dirigentes) às vezes eles me cobram. 'Cleiton, tu tem que ser mais firme! Tem que ser mais duro! ' Esse aí é o lado que... como eu já fui prestador, eu acho que não é por aí, sabe?" (Cleiton).

João possui uma visão negativa dos demais prestadores, enfatizando a diferença entre a sua situação e a dos demais:

"Vem gente de tudo o quanto é laia aí. Assim como eu vim sem fazer nada, coisa tranquila da vida, mas tem gente que vem aqui tipo bicho. Que ele já aprontou e tá aprontando [risos] (...) Não vai pensar que todo mundo é honesto que não é" (João).

Cleiton, por sua vez, relata situações em que a reunião de pessoas que cumprem pena/medida favoreceu o planejamento de outros delitos:

"(...) nós conversamos bastante sobre o certo e o errado, né? E eu aqui já vi combinarem assalto, por telefone, aqui, né? Já vi fazerem planejamento de coisas pra rua... tem uns que se conhecem aqui, né? Aqui mesmo... vão fazer outras coisas aí fora... mas não digo A e nem B. (...) não falo pra ninguém, né?" (Cleiton).

Pedro, hoje dirigente, percebe a diversidade de perfis de prestadores, avaliando que uma pequena parcela permanece praticando delitos durante o cumprimento da pena:

"Nós temos hoje, tem vários tipos de prestador, tem três ou quatro tipos de prestadores, digamos que destes trinta ou quarenta que tem aqui, digamos que nós temos hoje três prestadores ou dois prestadores que prestam serviço e que talvez ainda estejam ainda na ativa na rua, fazendo o mesmo delito que eles cometiam antes" (Pedro).

Com exceção da última fala, os relatos dos demais prestadores parecem carregados de preconceito, reproduzindo o *estigma* que a sociedade lhes endereça. O receio que as pessoas têm do contato com estigmatizados (GOFFMAN, 1988) talvez explique, pelo menos em parte, as dificuldades dos prestadores de se perceberem "iguais".

5.8 Outras experiências de prestação de serviços à comunidade

Os entrevistados falaram sobre outras experiências que tiveram no cumprimento da prestação de serviços à comunidade. Rodrigo, por exemplo, contou que seria encaminhado para outra entidade, a qual ele se negou a aceitar durante a entrevista inicial com a assistente social da Vepma:

"Sim, eu falei pra ela: a senhora tá louca, vai a senhora pro (entidade). Não adianta, daí mesmo assim ela queria porque queria, aí eu disse, ó, eu to disposto a pagar o que eu devo, só que não como tu quer. Tu me manda pra qualquer outro lugar, menos pro (entidade). E disse pra ela, ou tu me manda pra cadeia, porque lá eu não vou cumprir. Aí ela me deu um mês pra estudar lá e me mandou pra cá" (Rodrigo).

Rodrigo disse que a primeira entidade indicada era um ambiente onde não se sentia bem, de modo que acreditava que não conseguiria cumprir sua pena. O jovem ficou satisfeito com o encaminhamento para a Acelb.

Embora tenha cumprido integralmente sua pena na Acelb, Cleiton relatou a experiência de outros prestadores que teriam passado por entidades "piores":

"(...) tem uns cinco ou seis (prestadores) aqui que são reincidentes, né? Que já tiveram aqui, já conhecem a Casa e tão retornando. E tem outros que vem de outros lugares, que são lugares piores, né? E chegam aqui e falam pra gente: 'ah, pensei que eu ia vir pra um lugar pior que eu tava, mas não. Tal lugar, bah, Deus o livre, é assim, é assado, é horrível'..." (Cleiton).

Silvio, que cumpriu pena em uma creche antes de ser encaminhado para a Acelb, relatou que sua primeira experiência foi negativa:

"Não, pra mim não foi bom, sabe? Não foi bom, lá não foi. Por que quando eu comecei, assim, os pátios eram cheio de mato. Nas calçadas pro lado de fora também, o mato tava todo alto. Então no primeiro dia ela pediu pra mim capinar, e não tinha ferramenta. Eu passei uma semana arrancando mato nos vãozinhos da calçada com a mão. Com a mão eu arrancava, e ficava ali de manhã até o meio dia, sabe? Ali, direto arrancando. Só parava pra tomar água. E de tarde eu continuava, arrancando até a hora da saída, direto, sabe? Não podia parar pra descansar um pouco, sentar. Parar na sombra. (...) Não gostava de lá. Comecei, sabe, a não gostar de ir. Às vezes eu ia de manhã, de tarde eu não ia. Até porque as pessoas assim conversavam contigo, mas assim sabe? Não sei, com medo. Então não ficavam perto de ti, mandavam tu ir lá e lá tu ficava, sabe?" (Silvio).

Silvio, ao falar sobre o *estigma* sofrido na primeira entidade, expressa as expectativas e pré-concepções que, em geral, as pessoas têm em relação aos que receberam uma condenação criminal. Dependendo de como são recebidos e tratados, os prestadores parecem se sentir "marcados", reduzidos a um atributo que possui efeito de descrédito:

"Deve ser medo, eu acho, pelo ato que a gente fez, ou... eu acho que é isso aí. Tem medo da gente fazer alguma coisa, sabe? Ou a gente mesmo tá prestando serviço ir lá e roubar eles. Acho que deve ser isso aí, esse medo que eles devem ter. Eu acho que é isso" (Silvio).

A ausência de vínculos, de *relações de amizade*, é apontada pelo prestador como a principal dificuldade enfrentada:

"Faltou amizade. Lá eu não tinha amizade. Eu só conversava o necessário, sabe? Quando eu ia assinar meu relatório, e era só. Conversava, tinha uma lá que conversava comigo, só uma lá. Uma funcionária lá. Mas também não era assim muito. Não tinha aquela intimidade, conversava o necessário. E era assim. (...)" (Silvio).

As manifestações de Silvio reforçam a importância atribuída pelos prestadores à *integração* e à *não discriminação*, entendidas como aspectos essenciais no cumprimento da pena. O relato do jovem também indica a diversidade de experiências na execução da prestação de serviços à comunidade, de modo que a realidade da Acelb deve ser considerada no seu contexto singular.

5.9 *Mudanças promovidas pela prestação de serviços à comunidade na perspectiva dos prestadores*

Alguns entrevistados enfatizaram mudanças positivas que o cumprimento da pena alternativa provocou em suas vidas. Para Cleiton, ter acessado o mercado formal de trabalho foi um marco significativo:

"Olha, eu não digo a prestação que a prestação de serviço mudou a minha vida, o que mudou minha vida aqui foram os frequentantes da Casa, da Casa Lar aí que me deram uma força imensa, né? Pela pessoa que eu sou e... e a caça do ratão. A caça do ratão é que transformou a minha vida pra melhor" (Cleiton).

Embora Cleiton não identifique na prestação de serviços à comunidade o motivo que lhe proporcionou a vaga de trabalho, ele reconhece que as relações estabelecidas na entidade foram determinantes.

Pedro é quem elabora de maneira mais clara as mudanças que a pena alternativa provocou em sua vida. No caso dele, a prestação de serviços à comunidade parece ter promovido o encontro com o *outro*, com o *mundo* e *consigo mesmo*,[44] favorecendo a adoção de novas formas de ver, sentir e agir:

"Para mim, pelo menos, me organizou. Eu continuo ajudando a Braille por que também tive bastante benefício. Ninguém trabalha para as outras pessoas assim... sem ter um retorno, né? Eu tive um retorno na minha vida excepcional. Hoje a gente vive diferente, estou mais calmo, mais tranquilo, sobra menos dinheiro, mas a gente né? Vive melhor" (Pedro).

"(...) eu tinha uma vida bem desorganizada, sabe? Até em função disso de repente esse acidente ocorreu (...) a PSC acabou sendo um fator determinante pra minha organização pessoal (...) Eu era uma pessoa bem desorganizada sim, sem tempo pra mim, eu não tinha, zero de tempo, sabe? Pra tu ter uma ideia, eu tenho uma filha que hoje tem quatorze anos, eu não me lembro dela que ela tenha assim, sabe, o acompanhamento dela, eu vivia trabalhando dentro de supermercado, sábado, domingo, feriado, era uma contínua noite, era direto. E, além disso, eu era um destruidor de cigarro, fumava três maços por dia até pela tensão. E a PSC me fez ver que eu tinha que ter tempo para vir aqui, como eu tinha que ter tempo pra vir aqui eu acabei associando, se eu tenho tempo para vir aqui, e acabei gostando daquelas horas, sabe? Pra mim era um retiro vir aqui prestar serviço, era um ponto que eu saía daquela pressão em que eu estava, né? Então eu consegui me organizar, graças e Deus hoje eu posso dizer que sou uma pessoa organizada, eu hoje tenho agenda, faço as coisas, eu marco com as pessoas, vou lá e cumpro, ajudo a Associação quase que todos os dias, faço uma hora ou duas horas, ajudo no financeiro, ajudo a Casa Lar em geral praticamente, participo de reuniões, enfim, pra mim, aquele juiz que me deu a condenação na época, ele me deu foi um prêmio" (Pedro).

---

44. ROSSETI-FERREIRA, Maria Clotilde et al. *Rede de significações e o estudo do desenvolvimento humano*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

Silvio também relata que os laços estabelecidos na entidade promoveram uma reflexão sobre sua vida, provocando uma nova forma de ver, sentir e agir em relação à sua família:

"Bom, (a prestação de serviços à comunidade) me arrumou uma família, né? Que todos aqui tinham uma família e eu não tinha ainda quando vim pra cá. (...) Por que a minha família nunca me apoiou. Só me discriminavam. Então eu vinha todo sábado e aí sempre um falava o que tinha feito, saído com a família dele, que tinha aproveitado o fim de semana, e eu sempre sozinho, fico pensando. Chegava em casa e ficava imaginando. Até que chegou o dia que encontrei minha família"[45] (Silvio).

Os prestadores enfatizaram, ainda, as contribuições da pena/medida alternativa para a entidade conveniada. Corroborando o entendimento das próprias instituições, expresso nos questionários respondidos na pesquisa, e a observação da pesquisadora no campo, a mão de obra dos cumpridores foi salientada nesse sentido:

"Olha, ajuda muita coisa pra eles (entidade). Por que é uma mão de obra que eles ganham sem pagar, sem nada, isso ajuda muito eles. Se eles fossem pagar todo mundo que trabalha aí, eles não têm condição de pagar" (João).

"(...) eu vejo o prestador como um excelente colaborador pra entidade, ele dá retorno pra entidade, acho que é fundamental hoje a Braille, se não tivesse os prestadores, ela gastaria muito mais em quadro de pessoal. É uma forma, eu vejo o prestador como um ajudante, um colaborador e pelo menos nós temos tido sorte nisso" (Pedro).

No final da entrevista, Pedro faz algumas sugestões para a melhoria da execução da prestação de serviços à comunidade. Ressalta-se que as sugestões se referem ao trabalho desenvolvido pela Vepma, não sendo entendidas como atribuição das entidades conveniadas:

"Preparar ele antes de colocar na instituição, não sei se teria estrutura, mas isso é uma sugestão que eu deixo pro Juiz lá, pro pessoal, que eles preparem, digamos antes do prestador de serviço vir pra instituição, que ele tenha umas duas ou três reuniões com mais prestadores juntos, de repente com alguém que já está prestando, pra que ele tenha assim uma noção do que ele venha, do que ele venha com uma... Até desarmar ele um pouco, por que ele fica bem armado... Às vezes uns revoltados, acho que isso daria uma estrutura melhor pra pessoa, até no vir desse caminho da Vara até a instituição, acho que seria

45. O jovem informou, na entrevista, ter se unido a uma companheira durante o cumprimento da prestação de serviços à comunidade.

importante, se tivesse como, eu não sei, se dependia muita gente ou não, mas é uma situação que se for feita eu acredito que melhora bastante" (Pedro).

A sugestão de Pedro, além de contribuir para a reflexão sobre o significado do cumprimento da pena, poderia favorecer a construção de uma identidade de grupo, dando maior *visibilidade* ao segmento que possui menos voz e vez na prestação de serviços à comunidade – os prestadores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto em que se vive, marcado pela violência e pela criminalidade, as penas e medidas alternativas assumem importante significado, representando uma opção mais humanizada do que a pena privativa de liberdade. Contudo, para além do discurso de defesa dessas penas e medidas, é necessária a reflexão sobre o seu *impacto* na vida dos cumpridores, contribuindo para o aperfeiçoamento do trabalho. Conforme afirmam Azevedo, Garcia e Anziliero,[46] "a credibilidade dessas modalidades de punição depende, em grande medida, de sua eficácia para responder às funções da pena".

A pesquisa abrangeu os principais atores envolvidos na execução da prestação de serviços à comunidade na Comarca de Porto Alegre – o Poder Judiciário, representado pela equipe técnica da Vepma, as entidades conveniadas e os prestadores, sendo os últimos abordados no presente artigo. Diante da *invisibilidade* dos cumpridores na execução da pena/medida alternativa, a pesquisa buscou dar-lhes "voz" e "vez", mediante o diálogo estabelecido no estudo de caso.

A fala dos prestadores expressou a importância das entidades conveniadas na execução da prestação de serviços à comunidade, corroborando o estudo de diversos autores (STUMPF, 2002; GIRARDI, 2007; JUNQUEIRA, 2010). As entidades conveniadas constituem-se nos *contextos* privilegiados onde ocorre a prestação de serviços à comunidade, configurando e sendo configurados pelos significados atribuídos à pena/medida alternativa, notadamente por parte dos prestadores. A forma como esses sujeitos são acolhidos, percebidos e tratados nas múltiplas interações ocorridas nas conveniadas incidem na sua ação e na atribuição de sentidos, podendo contribuir para a construção de novas formas de ser e de ver o mundo a partir da prestação de serviços à comunidade. As entidades, portanto, representam a possibilidade de construção de um ambiente

46. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; GARCIA, Consuelo da Rosa e; ANZILIERO, Dinéia Largo. Demanda punitiva, realidade carcerária e penas alternativas no Brasil. *Revista da Ajuris* 108/331.

organizado e acolhedor, que favoreça o *processo educativo* dos prestadores na perspectiva do *desenvolvimento humano* (ROSSETI-FERREIRA et al, 2004; CRAIDY e GONÇALVES, 2005).

As "trocas sociais", citadas por Faleiros, ou as "relações sociais", referidas por Rosseti-Ferreira, acontecem fundamentalmente no espaço das instituições conveniadas. São nesses processos relacionais que ocorrem as possibilidades educativas da pena/medida alternativa, favorecendo que os prestadores possam atribuir novos significados às situações vividas.

Os processos relacionais estabelecidos nas entidades foram salientados pelos prestadores que os consideraram aspectos de maior *impacto* em suas vidas. A relevância de se sentir *aceito*, *acolhido*, *integrado* e *não discriminado* foi recorrente nos contatos informais estabelecidos durante a observação participante e nas entrevistas, denotando a importância da questão.

Associada aos processos relacionais estabelecidos nas entidades, a noção de *estigma* (GOFFMAN, 1988) permeou todo o estudo, revelando o seu valor na reflexão sobre a execução da pena/medida alternativa. Embora presente no contexto da prestação de serviços à comunidade, pois, como diz Faleiros uma pena "mais branda" também resulta em uma "marca" na vida dos sujeitos, é muito diferente cumpri-la na prisão ou no âmbito da sociedade:

"Se a prisão tem as características de uma instituição total caracterizada por Goffman (1974) como sendo de controle das atividades e da vida do indivíduo por intermédio do domínio sobre a sua individualidade e sobre seu tempo de internado, a pena alternativa implica uma sociedade disciplinadora que também controla, mas possibilita o enriquecimento dos sujeitos nas diferentes trocas sociais" (FALEIROS, 2001, p. 89).

O contexto das entidades, como no caso da Acelb, revelou as possibilidades de construção de novas relações para superação do *estigma*. Tais relações, além de se apresentarem a condição *sine qua non* para o cumprimento da pena/medida na visão dos prestadores, podem ter desdobramentos significativos, por exemplo, o engajamento dos cumpridores na função de voluntários após o término da prestação de serviços a comunidade.

O exercício do voluntariado após o cumprimento da pena/medida foi uma questão significativa nos dados coletados durante a pesquisa. Há relatos por parte dos prestadores que revelam as possibilidades de ressignificação da prestação de serviços à comunidade. Além da integração e das relações estabelecidas na instituição conveniada, o fato de *conviver com uma realidade diferente*, *sentir-se útil* e *valorizado* parece contribuir para que exerçam o voluntariado.

A pesquisa revelou os desafios da dimensão da *(re)inserção social* no cumprimento da prestação de serviços à comunidade. Ainda que tenham sido relata-

das situações de acesso ao trabalho mediante o cumprimento da pena/medida, por exemplo, a contratação de ex-prestadores para o quadro de funcionários, trata-se de experiências isoladas, possivelmente relacionadas a características das entidades contratantes e dos próprios cumpridores.

Os dados coletados revelaram, ainda, diferentes situações relacionadas às aprendizagens profissionais durante o cumprimento da pena. Para alguns prestadores, as atividades desenvolvidas agregaram conhecimentos e indicaram novos campos de trabalho a partir da convivência com áreas até então desconhecidas. Para outros, contudo, as atividades desempenhadas parecem não ter proporcionado experiências que resultassem em aprendizagens significativas.

O acesso a outros direitos sociais (saúde, educação formal, assistência social, entre outros) foi pouco enfatizado durante as aproximações com a realidade, levando a crer que até o momento as possibilidades de (re)inserção social dos prestadores estão mais associadas à esfera do trabalho. Em relação a isso, é importante salientar a existência de novos projetos que estão sendo desenvolvidos pelas entidades conveniadas e que não foram objeto de análise deste estudo. De qualquer maneira, acredita-se que o *impacto* da dimensão da (re)inserção social na vida dos prestadores, ainda que significativo, pode ser ampliado, sobretudo nos casos de maior vulnerabilidade social.

O estudo realizado apontou, ainda, a necessidade de reflexão sobre outros aspectos relacionados à dimensão da (re)inserção social, especialmente no que diz respeito ao sentido paradoxal da proposta de se considerar a via penal como possibilidade de acesso a direitos. É preciso que se afirme a universalização de políticas públicas sob a condução do Estado, garantindo os direitos dos prestadores não somente após o cometimento de um delito, mas na qualidade de *cidadãos*.

O diálogo com os prestadores revelou importantes subsídios para o debate quanto à dimensão da *responsabilização*. As falas dos entrevistados expressaram dificuldades de refletir sobre o delito e suas consequências e alguns cumpridores relataram situações que levam a crer que não houve mudança da conduta, indicando as limitações da responsabilização mediante o cumprimento da pena alternativa. Tais limitações remetem à discussão sobre a forma com que o sistema criminal está organizado que, pela sua fragmentação, parece dissociar o delito cometido, suas consequências e o cumprimento de uma pena. Acredita-se, semelhante a Rolim,[47] que experiências como a da Justiça Restaurativa possam contribuir para a reflexão sobre esses aspectos, trazendo

47. ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

a vítima para a centralidade do processo e fortalecendo a dimensão reparadora do sistema.

Além das fragilidades constitutivas da forma como o sistema criminal se encontra organizado, outros aspectos também parecem incidir nos efeitos da responsabilização sobre os prestadores. O sentimento de injustiça, justificado mediante o elevado grau de impunidade e a discriminação social promovida pelo sistema criminal, que pune majoritariamente os estratos mais vulneráveis da população, parece possuir efeitos deletérios para a atribuição de sentidos na esfera da responsabilização.

Ainda que o estudo não tenha a pretensão de apresentar soluções práticas para os problemas que aponta, acredita-se que o lançar de algumas luzes sobre determinados aspectos da realidade possa contribuir para a busca de alternativas. A prestação de serviços à comunidade na Comarca de Porto Alegre não se constitui em uma realidade acabada, estando em permanente construção. A recente constituição do Fórum Rede Social de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre[48] revela o caráter inacabado e dinâmico do trabalho, havendo espaço para novas propostas que visem ao aperfeiçoamento da execução da pena/medida alternativa na Comarca.

A experiência junto aos prestadores durante o estudo de caso indicou possibilidades e desafios para a prestação de serviços à comunidade. A *invisibilidade* dos cumpridores, que se expressa nas dificuldades de dar voz a esses sujeitos, parece estar associada, dentre outros aspectos, à inexistência de um espaço coletivo desses atores. A constituição de grupos reflexivos com os prestadores, portanto, poderia configurar-se em uma estratégia para proporcionar *visibilidade* a esses sujeitos. O *olhar* dos prestadores pode trazer novas perspectivas para o processo de permanente construção da prestação de serviços à comunidade, enriquecendo o trabalho desenvolvido.

Além de possibilitar a *visibilidade* dos prestadores, a construção de espaços coletivos poderia fortalecer a reflexão sobre aspectos inerentes à dimensão da responsabilização. Acredita-se que iniciativas nessa modalidade favoreceriam a confrontação com o delito praticado, suas consequências e o significado do cumprimento de uma pena/medida, contribuindo para o desenvolvimento da autonomia e da responsabilidade dos cumpridores.

Por fim, é importante ressaltar a *dimensão do sujeito* no cumprimento da prestação de serviços à comunidade. Inseridos em um contexto social, influen-

48. O Fórum, instituído em maio de 2009, reúne as entidades conveniadas na Comarca, representando uma iniciativa pioneira no país no que diz respeito ao protagonismo da rede social na execução das penas e medidas alternativas.

ciados e limitados por esse contexto, o cumprimento da pena/medida denota uma pluralidade de comportamentos e de formas de perceber dos prestadores, revelando que os sujeitos se definem pelo conjunto de suas relações, compromissos, pertencimentos e propriedades, passados e presentes (LAHIRE, 2004). A prestação de serviços à comunidade é mais uma experiência socializadora por que passam seus cumpridores, podendo, quando aplicada e executada de maneira adequada, contribuir para construir percursos biográficos alternativos, mediante o estabelecimento de novas relações *com o outro, com o mundo e consigo mesmo* (ROSSETI-FERREIRA et al, 2004).

A prestação de serviços à comunidade, portanto, se revela como *possibilidade* de transformação dos sujeitos. De acordo com Rosseti-Ferreira et al, as relações sociais são importantes ao longo de toda vida do ser humano, não somente nos primeiros anos. Tais relações configuram-se como a "contínua arena e motor do processo de desenvolvimento". Como seres "inacabados", homens e mulheres estão em permanente construção, em um processo que nunca se conclui (CHARLOT, 2001).

Enfim, como ensinam Craidy e Gonçalves, "educar é sempre um ato de esperança". Há de se superar o *estigma* e investir no aperfeiçoamento permanente da prestação de serviços à comunidade que, na Comarca de Porto Alegre, se revela um rico campo de possibilidades de contribuição para o *desenvolvimento humano* e a *felicidade*, objetivos fundamentais da educação (CRAIDY e GONÇALVES, 2005).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; GARCIA, Consuelo da Rosa e; ANZILIERO, Dinéia Largo. Demanda punitiva, realidade carcerária e penas alternativas no Brasil. *Revista da Ajuris*. vol. 34. n. 108. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2007.

CHARLOT, Bernard. *Da relação com o saber: elementos para uma teoria*. Porto Alegre: Artmed, 2000.

CRAIDY, Carmem Maria; GONÇALVES, Liana Lemos. *Medidas sócio-educativas: da repressão à educação; a experiência do Programa de prestação de serviços à comunidade da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2005.

ERRANTE, Antoinette. Mas, afinal, a memória é de quem? Histórias orais e modos de lembrar e contar. *História da Educação*. n. 8. p. 141-174. Pelotas: ASPHE/FAE/UFPel, set. 2000.

FALEIROS, Vicente de Paula (coord.). *Penas alternativas valem a pena?* Relatório final de pesquisa. Brasília: Seau do TJDFT, 2001.

FONSECA, Cláudia. Quando cada caso não é um caso: pesquisa etnográfica e educação. 35 f. (Texto digitado).

GIRARDI, Mônica Lilian Gay. *Prestação de serviços à comunidade: uma alternativa viável à privação de liberdade.* Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUC, 2007.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.* Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOMES, Geder Luiz Rocha. *Substituição da prisão: alternativas penais: legitimidade e adequação.* Salvador: JusPodivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

GREGGIANIN, Cedile Maria Frare et al. Prestação de serviços à comunidade: existe um caminho? *Relatório Azul: garantias e violações dos direitos humanos: 1999/2000.* Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2000.

JUNQUEIRA, Maíz Ramos. *Prestação de serviços à comunidade: impacto e (in)visibilidade no cumprimento da pena/medida alternativa.* Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2010.

LAHIRE, Bernard. *Sucesso escolar nos meios populares: as razões do improvável.* São Paulo: Ática, 2004.

LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 53. p. 66-87. São Paulo: Ed. RT, 2005.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Inácio. *Quem vigia os vigias: um estudo sobe controle externo da Polícia no Brasil.* Rio de Janeiro: Record, 2003.

_____. O controle da criminalidade: mitos e fatos. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira. *Insegurança pública: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana.* São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde.* São Paulo: Hucitec, 2008.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

ROSSETI-FERREIRA, Maria Clotilde et al. *Rede de significações e o estudo do desenvolvimento humano.* Porto Alegre: Artmed, 2004.

SARMENTO, Manuel Jacinto. O estudo de caso etnográfico na educação. In: ZAGO, Nadir; CARVALHO, Marília Pinto de; VILELA, Rita de Amélia Teixeira (orgs.). *Itinerários de pesquisa: perspectivas qualitativas em Sociologia da Educação.* Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

SPOSATO, Karyna Batista; TEIXEIRA, Alessandra (coord.). *Levantamento nacional sobre a execução de penas alternativas: relatório final de pesquisa.* São Paulo: Ilanud, 2006.

STUMPF, Maria Inez Osório. Penas alternativas: rotina de procedimentos como explicitação do trabalho do Serviço Social. *Revista Serviço Social e Sociedade*. n. 72. p. 145-159. São Paulo: Cortez, 2002.

ZAGO, Nadir. A entrevista e seu processo de construção: reflexões com base na experiência prática de pesquisa. In: _____; CARVALHO, Marília Pinto de; VILELA, Rita de Amélia Teixeira (orgs.). *Itinerários de pesquisa: perspectivas qualitativas em Sociologia da Educação*. Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos, de Roberto Chacon de Albuquerque - *RBCCrim* 49/164;
- Caminhos do direito penal brasileiro, de Miguel Reale Júnior - *RBCCrim* 85/41; e
- Prestação de serviços à comunidade, de Rogério Felipeto - *RBCCrim* 7/140.

55[illegible]

O MONITORAMENTO PSICOSSOCIAL NAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS (PMAS): UMA TECNOLOGIA DISCIPLINAR

2

MARCELO BERDET

Mestre em Pesquisa Social pela Goldsmiths University of London. Especialista em Sociologia e formado em Ciências Sociais pela UFRGS. Doutorando em Sociologia pela UnB. Desenvolvedor de atividades de acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas na área de segurança pública, no âmbito do Conselho Nacional de Segurança Pública. Sociólogo do Ministério da Justiça.

PATRÍCIA REGINA DA MATTA SILVA

Doutora em Psicologia pela USP. Mestre em Comunicação e Cultura pela UFRJ. Formada em Psicologia pela Universidade Federal Fluminense. Professora adjunta da Universidade Federal Fluminense – Polo Universitário de Rio das Ostras/RJ.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: As penas e medidas alternativas se apresentam como uma contraposição ao paradigma prisional, como afirmação de uma nova configuração do monitoramento penal. O objetivo deste artigo é analisar o monitoramento psicossocial como um modelo, como um modo de monitoramento penal extramuros. O monitoramento penal fundamentado no atendimento e acompanhamento psicossocial apresenta-se como uma nova tecnologia penal voltada ao cumprimento de penas e medidas alternativas, porém esta nova tecnologia não esta descolada dos dispositivos de controle social formulados pela sociedade punitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Penas e medidas alternativas - Monitoramento penal - Punição - Monitoramento psicossocial.

ABSTRACT: Penalties and alternative measures are presented as a counterpoint to the prison paradigm, as an affirmation of a new configuration of sentence monitoring. The aim of this paper is to analyze psychosocial monitoring as a model, in fact, as a way of monitoring "outside the walls". This type of sentence monitoring is based on psychosocial care and is presented as a newl technology which has the objective of complying with penalties and alternative measures. However, this new technology is not separated from social control devices created by the punitive society.

KEYWORDS: Penalties and alternative measures - Criminal monitoring - Punishment; Psychosocial monitoring.

SUMÁRIO: 1. O corpo técnico e a rede social no monitoramento nas PMAs – 2. O modelo de monitoramento penal extramuros das PMAs no Brasil – 3. O monitoramento psicossocial nas PMAs: uma discussão teórica – 4. A equipe técnica e a rede social nas PMAs – 5. Problematização do protagonismo técnico nas PMAs: entre o controle e a resistência – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. O CORPO TÉCNICO E A REDE SOCIAL NO MONITORAMENTO NAS PMAS

No contexto brasileiro,[1] a política criminal nos últimos anos vive de modo simultâneo e, de certa forma, antagônico, um movimento pelo endurecimento das penas, e também, um movimento de preservação da convivência familiar e comunitária na justiça e execução penal.

Por um lado, escutamos apelos locais e nacionais, articulados a tendências internacionais,[2] para entrarmos na "guerra contra o crime", o que tem se configurado como um movimento político-penal pautado em um modelo de governo centrado na exclusão social pelo encarceramento. De fato, um movimento pelo endurecimento das penas que privilegia o aumento da duração das penas privativas de liberdade, cumpridas integral ou parcialmente, em regime fechado. Esse endurecimento é justificado nos (e pelos) casos, cada vez mais abrangentes, de condutas tipificadas como crime de natureza grave, de extremo potencial ofensivo à coletividade.[3]

Por outro lado, mesmo que essa relação "crime-punição" se constitua e permaneça como um dos principais argumentos de muitas ações propositivas em políticas criminais, que sustentam a prisão como referência central, é essa mesma relação "crime-punição", revista por muito reformadores, que serve

1. À Patrícia Regina da Matta Silva (*in memmoriam*).
2. A referência à política de *tolerância zero*, adotada em Nova Iorque, resume as ideologias ao redor do globo preconizadas pelo endurecimento punitivo a infrações consideradas menores e ações agressivas de imposição da lei em espaços públicos como escolas; ações de publicização de nomes de infratores; políticas de máxima vigilância nas cidades (BOWLING, 1999; FYFE, 2005).
3. No Brasil, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), além de instituir uma hierarquia na gravidade de alguns crimes, estabelece que, em tais casos, a pena será cumprida integralmente em regime fechado. Em 2003, é estabelecido que o regime seja inicialmente fechado, possibilitando a progressão de regime durante o cumprimento da pena. E, atualmente, temos projetos de lei (PLS 190/2007, PLS 75/2007, PLS 30/2008) que propõem o aumento da permanência no regime fechado e/ou o aumento do controle técnico para regulação do trânsito entre os diferentes regimes de pena (exame criminológico).

também como contra-argumento para configuração de um novo paradigma no sistema penal.

Além da relação "crime-punição" o fenômeno da superpopulação carcerária e o reconhecimento dos efeitos criminógenos das prisões[4] constituem um dos argumentos centrais que fundamentam a perspectiva das alternativas à prisão que, por sua vez, tensionarão o sistema de justiça criminal, reivindicando, ainda, uma maior inserção no sistema penal de forma autônoma.

Deste modo, escutamos também outros apelos locais e nacionais que, articulando-se às tendências internacionais, assumiram e se conformaram ao arcabouço conceitual-filosófico contido nas Regras de Tóquio (1990). Percebemos, no interior da justiça criminal e do sistema penal, um movimento político-institucional, isto é, um movimento de preservação da convivência familiar e comunitária, no âmbito da justiça criminal e execução penal, em que são enfatizadas as ações direcionadas à "humanização" das penas, justificadas nos casos, cada vez mais abrangentes, de condutas tipificadas como crimes de natureza leve, de baixo e médio potencial ofensivo à coletividade, as Penas e Medidas Alternativas (PMAs), tal como são conhecidas no Brasil.

Um movimento que tem como propósito a contraposição ao paradigma prisional e, neste ato, à produção e à afirmação de uma nova configuração do monitoramento penal. Com o propósito de romper com o paradigma prisional, as alternativas penais postulam as liberações dos muros das prisões, do arsenal de chaves das sucessivas grades e das supostas divisórias das celas, de todo o sistema de segurança e de disciplina que constituiu o modo de monitoramento penal do regime de pena privativa de liberdade. Mas, no momento em que as alternativas penais atravessam os muros da prisão e são, desde seu início, cumpridas no território da cidade, tornam a comunidade um campo de execução, de responsabilização e de reparação penal. Deixam de demandar as contenções físicas dos muros, grades e celas responsáveis pelo controle penal (prisional), mas sim, produzem uma demanda por um novo modelo de monitoramento penal, sustentados pelas equipes técnicas e o apoio de uma rede social (penal).

Se, no regime de privação de liberdade já é possível destacar a importância das equipes técnicas no funcionamento dos estabelecimentos prisionais, no

4. A questão do efeito criminógeno das prisões evoca uma gama de teorias e teóricos. Aqui recorremos somente a Baratta (1986) para ilustrar o debate. Segundo o autor, a pena dessocializa pelas seguintes razões: (1) "desculturação" do indivíduo: a redução do contato com o mundo externo e o distanciamento progressivo com os valores e modelos de comportamento da sociedade; (2) a "prisionalização", ou seja, a incorporação da cultura carcerária; o indivíduo é educado a se reconhecer como criminoso e bom preso.

regime alternativo à prisão, o seu lugar é superdiomensionado. Nas prisões, a equipe técnica é a instância que fornecerá a legitimação técnico-científica que toma a prisão como tratamento penal, constituída predominantemente por profissionais da área de Serviço Social e de Psicologia (e, com menor regularidade, pelos profissionais da área da Psiquiatria, Direito, Pedagogia, entre outros). Já no modelo de monitoramento penal nas alternativas à prisão, as equipes técnicas deixam de atuar somente no acompanhamento/regulação e no trânsito entre regimes, para assumir o protagonismo nas ações, em conjunto com a rede social de apoio, definida pelos locais que receberão os cumpridores de PMAs para o desenvolvimento de alguma atividade, transformada em sanção penal (como o trabalho, na modalidade de prestação de serviço à comunidade; e a educação, na modalidade de limitação de final de semana).

Uma vez que afirmamos que o corpo técnico está constituído historicamente como saber (científico) e estratégia de regulação do social desde o nascimento da prisão, na proposta das PMAs, este corpo técnico não ocupará somente o lugar de sanções normalizadoras – que podem ser mais ou menos questionadas no modo de pensar e de fazer das atuações dos técnicos –, mas lugares efetivamente privilegiados na produção deste novo modelo de monitoramento das alternativas penais.

O objetivo deste artigo é analisar o monitoramento psicossocial como um modelo, como o modo de funcionamento do monitoramento penal extramuros, demarcando o lugar ocupado pelas PMAs, no sistema penal brasileiro, e pelas equipes técnicas e as redes sociais nas PMAs.

Do ponto de vista metodológico-conceitual, partiremos das contribuições de Foucault (1987, 1992, 2001, 2008) e Deleuze (1992)[5] que possibilitam instrumentalizar a discussão sobre a difusão e a dispersão das tecnologias disciplinares nos diferentes regimes de regulação social e penal (soberania, disciplina, controle). E, ainda, pode-se dizer que as contribuições de tais autores

5. *Vigiar e punir*, de Foucault (1987), tornou-se um clássico nos estudos, históricos e atuais, da prisão. O autor aponta a prisão como uma estratégia punitiva e corretiva, articulando-a ao modo como a modernidade iria instituir suas estratégias de regulação social (controle e cuidado para com a população por meio da "governamentalidade"). Deleuze (1992), dialogando com as reflexões sobre a emergência de uma sociedade disciplinar na modernidade, proposta por Foucault (1987), propõe a discussão a respeito de uma *passagem* da sociedade disciplinar, pautada na distribuição do espaço, no controle da atividade, no controle do tempo e na composição de forças, na moldagem e especialização de estratégias de enclausuramento como na família, escola, fábrica, hospital, prisão; para uma sociedade de controle na atualidade, mais especificamente, a partir da segunda metade do século XX, pautada pela interpenetração dos espaços e formação de redes, do controle contínuo no tempo, na modulação constante e universal que regularia em regimes abertos as malhas do tecido social.

se transformaram em referências recorrentes tanto nas perspectivas teóricas da criminologia, que estabelecem uma crítica ao modo como o Direito Penal fundamenta e/ou aproxima o sistema punitivo às ações de exclusão social (Passetti, 1999; Barrata, 1986; Crawford, 2009; Wacquant, 2001); como também nas perspectivas teórico-metodológicas do movimento institucionalista que, apesar de sua diversidade, dialogam com as contribuições dos autores destacados para problematizar a dimensão ético-política da atuação técnica dos especialistas (Guirado, 1996; Baremblitt, 1992; Altoé, 2004; Rodrigues, 2007).

Do ponto de vista metodológico, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica, a análise de documentos públicos relativos às PMAs (legislações, documentos oficiais, manuais etc.) e a participação observante[6] dos autores, uma vez que desempenharam funções técnicas na Assessoria Técnica da Coordenação Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), no Ministério da Justiça.

Nosso primeiro eixo de análise será o destaque ao lugar que as PMAs ocupam e ao modelo de monitoramento penal que produzem no sistema punitivo brasileiro, recorrendo a um mapeamento dos parâmetros legislativos, dados estatísticos, entre outras informações sobre as PMAs, no contexto brasileiro, a partir da década de 1990, articulando isso tudo a uma discussão teórica sobre as PMAs (Baratta, 1986; Crawford, 2009; Wacquant, 2001; ANCEL, 1998; Pratt, Brown, Hallsworth, Morrison, 2005; Crawford, 2009; Christie, 2003; Blanton, Stuart; Eijnden, 2001; Cohen, 1979, 1985).

O segundo eixo de análise destacará o lugar ocupado pela equipe técnica e rede social de apoio e o modo de funcionamento do monitoramento penal (psicossocial) que se produz no sistema punitivo extramuros, articulados a uma problematização ético-política da atuação técnica dos especialistas em geral (Guirado, 1996; Baremblitt, 1992; Altoé, 2004; Rodrigues, 2007) e, em especial, no sistema penal (Passetti, 1999).

2. O MODELO DE MONITORAMENTO PENAL EXTRAMUROS DAS PMAS NO BRASIL

A aplicação e a execução de alternativas penais, que não façam uso de penas privativas de liberdade ao redor do globo, têm recebido os mais diferentes

6. Utilizamos o recurso etnográfico da participação observante, pelo qual se pode afirmar que os autores, profissionais inseridos no campo estudado, mantiveram (e mantêm), simultaneamente, aproximação e distanciamento analíticos com o "objeto" (DURHAM, 1978, 1998; VELHO, 1987).

nomes: sanção alternativa, sanção não custodial, punição intermediária, pena alternativa, sanção na comunidade etc.

Tais alternativas são apresentadas por seus defensores como o "melhor"[7] conjunto de sanções jurídicas operado dentro do sistema da Justiça Criminal, por evitar os prejuízos sociais e penais do aprisionamento e, desta forma, se contrapondo ao paradigma prisional no Sistema Penal.

Esta "melhor" forma de punir das PMAs é fundamentada na preservação da convivência familiar e comunitária, o que demanda um modo de monitoramento penal extramuros prisionais, apresentado como uma *nova perspectiva* de punição, como uma moderna política penal, que se baseia na premissa de que o crime é um fato social e um ato humano e o processo de lidar com o crime não é concluído, uma vez que a infração foi legalmente definida e equiparada a uma sanção imposta por lei. Haveria ainda a necessidade de compreender o crime como um fenômeno social e individual, de impedir sua repetição, de finalmente avançar além da qualificação jurídica da infração (ANCEL, 1998).

A reforma penal brasileira, de 1984, produziu a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) que, na consolidação da perspectiva do tratamento penal no Sistema Penitenciário Brasileiro, pode ser considerada um marco histórico na justiça penal e na legislação brasileira.

Podemos verificar, no texto desta lei, a presença dos princípios da prisão como modelo punitivo pautado no tratamento (correção, ressocialização, reintegração, reabilitação etc.) que, como destacado por Foucault (1987), surge historicamente na modernidade desde o século XVIII e XIX, tais como: (1) o isolamento social (FOUCAULT, 1987, p. 207-227, grifo nosso) previsto na pena privativa de liberdade (arts. 87 a 146 da Lei 7.210/1984); (2) os saberes e as técnicas (FOUCAULT, 1987, grifo nosso), que fornecem legitimidade científica ao sistema penal no suporte à gestão no interior das prisões, com a classificação dos perfis da clientela, o acompanhamento das penas e a regulação entre os diferentes regimes de pena (fechado, semiaberto e aberto; livramento condicional,[8] Centros de Observações Criminológicas – COC, as Comissões

7. "A solução não é punir menos, mas punir melhor", chamada de uma campanha nacional pelas alternativas penais do Conselho Nacional de Justiça, veiculada nos meios de comunicação, como também no sítio oficial da instituição. Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 25.04.2010.

8. Questões polêmicas, tal como apontado na nota n. 3, abordadas na Res. CFP 9/2010, do Conselho Federal de Psicologia, que trata como falta ético-disciplinar a realização de exame criminológico.

Técnicas de Classificação – CTC, Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa – arts. 10 a 27 da Lei 7.210/1984).[9]

Nesse mesmo parâmetro legislativo, instituído desde a década de 1980, as alternativas penais à prisão estão previstas nas Penas Restritivas de Direitos (PRD) em diferentes modalidades (arts. 147 a 155 da Lei 7.210/1984; Prestação de Serviço à Comunidade – PSC; Limitação de Final de Semana – LFS; Interdição Temporária de Direitos). Por outro lado, somente a partir da década de 1990 é possível apontar a difusão das PMAs, demonstrada pela: (1) propagação dos parâmetros legislativos (Lei 9.714/1998, 11.340/2006; 11.343/2006; 9.099/1995; 10.259/2001); (2) aumento significativo de sua aplicação judicial;[10] (3) proliferação dos serviços;[11] e, mais recentemente, (4) sua especialização segundo a tipologia penal.[12]

Mesmo se considerarmos as diferenças terminológicas e a diversificação metodológica existentes nos projetos e programas de PMAs no território nacional, pode-se destacar a convivência familiar e comunitária como característica comum. As alternativas à prisão colocam em discussão alguns dos princí-

9. Cabe acrescentar que a atividade do *trabalho* é apontada por Foucault (1987, p. 207-227) como um terceiro princípio da prisão como tratamento penal, também presente na Lei 7.210/1984 (LEP) como recurso a ser utilizado na pena privativa de liberdade (arts. 28 a 37 da Lei 7.210/1984) e também na pena restritiva de direito (arts. 149 a 150 da Lei 7.210/1984). Apesar da importância da análise, tal princípio não será posto em discussão neste artigo.

10. No ano de 2008, foram registrados 558.830 casos de aplicação de PMAs e 446.764 casos de pessoas presas. No entanto, é necessário destacar que dentro desse universo, 101.019 são *penas alternativas* e 457.811 são *medidas alternativas*. Gomes (1999) afirma que *penas alternativas* são sanções de natureza criminal, e *medidas alternativas* são instrumentos que visam a não aplicação ou não execução da pena de privação de liberdade ao autor de infração penal, permitindo que, sem deixar de reconhecer sua culpa, haja solução negociada, por meio do cumprimento de exigências que podem ser ou não similares às penas alternativas.

11. Desde 2008, existem 19 Varas de Execução de Penas e Medidas Alternativas (Vepma) e 306 Centrais ou Núcleos responsáveis pela execução e monitoramento das PMAs.

12. A Portaria Depen 4/2010, do Departamento Penitenciário Nacional, que trata dos critérios para financiamento com recursos do Fundo Penitenciário Nacional, estabelece como uma das prioridades, no tocante a PMAs, as ações que "contemplem o monitoramento dos infratores nas áreas da violência doméstica e familiar contra a mulher, da saúde mental e do uso abusivo de drogas, da violência nos estádios; dos acidentes de trânsito; dos crimes ambientais; e do porte ilegal de armas" (art. 11, V, *d*, da Portaria Depen 4/2010).

pios que sustentam a centralidade da prisão como tratamento penal no sistema punitivo (isolamento social; saberes e práticas disciplinares).

Pode-se dizer que as alternativas penais rompem com o princípio de isolamento social do paradigma prisional, na sua modalidade de "disciplina-bloco"[13] (da pena privativa de liberdade em regime fechado). Todavia, é necessário reconhecer que o fato de o não cumprimento das PMAs poder provocar sua conversão para pena privativa de liberdade em regime fechado faz com que o aprisionamento se mantenha como referência paradigmática nas PMAs, mesmo que em situações limites (de seu descumprimento).

E, no que se refere ao uso dos saberes e das técnicas que sustentam a "disciplina-mecanismo"[14] da prisão como estratégia de tratamento penal, verifica-se que este princípio prisional não somente permanece, mas é superdimensionado e aperfeiçoado. Cria-se uma nova configuração de monitoramento penal, caracterizada por uma ação de execução penal que, desde seu início, tem um exercício disciplinar fora dos muros da prisão, preservando o direito à convivência comunitária e, neste ato, criando estratégias de controle penal a partir de uma rede sociopenal extramuros das prisões.[15]

Nesse sentido, pensando no trânsito entre as liberações e as sujeições (DELEUZE, 1992) dos diferentes regimes de regulação sociopenal, é possível afirmar

13. "(...) instituição fechada, estabelecida à margem, e toda voltada para funções negativas: fazer parar o mal, romper as comunicações, suspender o tempo" (FOUCAULT, 1987, p. 184).

14. "(...) um dispositivo funcional que deve melhorar o exercício do poder, tornando-o mais rápido, mais leve, mais eficaz, um desenho das coerções sutis para uma sociedade que está por vir. O movimento que vai de um projeto ao outro, de um esquema da disciplina de exceção ao de uma vigilância generalizada, repousa sobre uma transformação histórica: a extensão progressiva dos dispositivos de disciplina ao longo do Século XVII e XVIII, sua multiplicação através de todo o corpo social, a formação do que se poderia chamar grosso modo a sociedade disciplinar" (idem).

15. Uma coisa é a disciplina-mecanismo que regula a pena privativa de liberdade e seu regime progressivo/regressivo. Outra coisa é a disciplina-mecanismo se estender para as mais diversas facetas do cotidiano, levando sua marca penal da infrapenalidade quando imprime uma regulação do que constitui uma conduta adequada ou inadequada do ponto de vista social. Outra coisa, ainda, diferente das duas anteriores, é uma ação penal que, desde seu início, tem seu exercício disciplinar fora dos muros da prisão, justamente por preservar o direito (fundamental) à convivência familiar e comunitária. Enfim, uma ação penal que se sustenta pelo exercício disciplinar no campo da execução penal, sem a ruptura das relações socioafetivas do cumpridor de PMA, assegurando a sua permanência e trânsito no território da cidade.

que as PMAs representam as liberações de um sistema penal cujo (paradigma e) controle é exercido pelos muros da prisão, contudo, neste ato, acabam por produzir novas sujeições na execução penal cumprida no território da cidade, cujo monitoramento é exercido pelo aparato técnico-penal que produzirá e acompanhará uma rede social (e penal) de apoio local. É possível, ainda, destacar o lugar privilegiado ocupado pelas equipes técnicas no exercício do controle penal, tanto nas liberações como nas sujeições às novas estratégias de regulação sociopenal.

Nesse contexto, os técnicos não serão responsáveis somente por acompanhar o cumprimento da pena e/ou o trânsito entre regimes mais duros e/ou mais brandos, mas vão protagonizar e ocupar vários lugares e funções que se instituem nesse novo modelo de monitoramento penal extramuros.

Diante de tais rupturas, permanências e novas configurações do monitoramento penal próprio das PMAs, não podemos considerar uma completa autonomia do sistema das alternativas penais frente ao paradigma do sistema prisional. Pois, ao mesmo tempo em que as PMAs rompem com o isolamento social, o seu descumprimento pode provocar justamente a sua conversão à pena privativa de liberdade, em regime fechado, mantendo a prisão como referência paradigmática nas PMAs, mesmo que relativo ao seu descumprimento. Além do fato do não cumprimento das PMAs poder provocar a conversão em pena privativa de liberdade, mantendo como referência o regime prisional fechado, o monitoramento das PMAs pressupõe novas estratégias de regulação social extramuros que aglutinam a sanção normalizadora à sanção legal da pena. O modelo de funcionamento das PMAs está fundamentado em uma tecnologia social que demonstra uma permanência da sanção normalizadora da disciplina (persuasão), disciplina que esta presente no paradigma prisional e reconfigurada no monitoramento penal extramuros.

3. O MONITORAMENTO PSICOSSOCIAL NAS PMAS: UMA DISCUSSÃO TEÓRICA

As PMAs podem ser pensadas dentro da ideia de uma nova forma de governo do crime e do comportamento desviante, um rearranjo das relações de poder, de controle e punição nas sociedades contemporâneas, que procura reformular o sistema penal (PRATT, BROWN, HALLSWORTH, MORRISON, 2005).

As PMAs têm se espalhado rapidamente como uma nova forma de prática penal. Elas são concebidas como um espaço para ação penal disciplinadora numa perspectiva sociopsicológica, que procura fortalecer a capacidade de autorregulação do indivíduo por meio de uma série de intervenções, utilizando-se de tecnologias psicossociais para *correção* ou *conformação* de condutas indi-

viduais em relação às normas jurídico-sociais. O desviante ou infrator, sujeito e objeto do *saber* dos programas e serviços voltados ao cumprimento de PMAs é entendido como um indivíduo com aptidões cognitivas, emocionais e éticas para assumir a responsabilidade pessoal de autorregulação racional.

O acompanhamento psicossocial[16] como um dos procedimentos da tecnologia penal extramuros se fundamenta na autorregulação dos indivíduos, o repensar da pessoa e sua situação. A efetividade do cumprimento de uma pena ou medida alternativa é aferida pelo acompanhamento de sua execução, componente chave da regulação, a fim de evitar violações. O acúmulo de experiências na execução de PMAs no cenário nacional acabou por desenvolver uma metodologia de trabalho fundada na tecnologia do atendimento psicossocial do indivíduo, configurando-se como um novo modelo de monitoramento penal,[17] focado na regulação e controle social do desviante.

A ênfase comportamental, a *correção* ou *conformação* de comportamentos como metas e medidas de efetividade da ação penal são elementos constituintes desta nova forma de administrar o desviante/infrator, enfim, o cumpridor de PMAs, o *cliente* de seus serviços e programas. É este acompanhamento psicossocial que sustenta esse novo modelo de monitoramento penal e produz uma gestão própria de seus profissionais (assistentes sociais, psicólogos etc.) e ainda uma reconfiguração de métodos para atividades especializadas, para "cura ou reforma dos clientes".

Um ponto fundador e, ao mesmo tempo, problemático das PMAs é o conceito de "crimes com menor potencial ofensivo", que turva o campo da política criminal, pois a tradicional distinção entre o crime e a desordem se dilui, quando as PMAs acabam por se configurar como uma espécie de *política penal do comportamento*, pela qual o Estado penal age como persuasor na mudança

16. Consideramos o acompanhamento psicossocial como uma tecnologia de poder, que determina a conduta de indivíduos e os submete a determinados fins, uma objetivização do sujeito. Uma tecnologia social do *self*, que permite aos indivíduos por si mesmos, e com a ajuda de profissionais, operar de forma terapêutica em seus corpos, almas, pensamentos e conduta (MARTIN et al, 1988).

17. Partindo de uma perspectiva foucaultiana, consideramos este *novo modelo de monitoramento penal* como novas táticas para atingir um alvo que agora é mais sutil, mas também mais amplamente distribuído no corpo social, configurando-se pelo estabelecimento de novos princípios para regular, refinar, universalizar a arte de punir. Trata-se do controle e transformação de comportamento, como condição e como consequência. A regulação é imposta por uma tecnologia operacional que toma para si postulados da psiquiatria à pedagogia, do diagnóstico de doenças a cura.

de comportamento de forma a reforçar a responsabilidade individual. A ideia é que os cumpridores ajudariam a si mesmos, a partir da reflexão de sua própria conduta psicossocial, pela procura do bem-estar nas áreas do trabalho, saúde, educação, numa perspectiva de combate à criminalidade articulada com as proposições de políticas sociais. A mudança de comportamento promovida por uma PMA não residiria apenas na persuasão individual, mas também pela *abordagem* de uma equipe multidisciplinar no decorrer do monitoramento da pena, centrada na mudança do comportamento em acordo com as normas jurídico-sociais (CRAWFORD, 2009).

O monitoramento penal fundamentado no atendimento e acompanhamento psicossocial apresenta-se como uma nova tecnologia penal voltada ao cumprimento de PMAs, porém esta nova tecnologia não esta descolada dos dispositivos formulados pela sociedade punitiva. Portanto, esta nova tecnologia penal não só controla as ações individuais consideradas à punição, aquilo considerado crime ou desvio, como também ações as quais os indivíduos podem ser marcados para punição. Assim, as PMAs são pensadas e operadas a partir de um sistema de punições que tem como alvo não só os comportamentos considerados criminosos ou desviantes, mas também aqueles semelhantes na forma e função.[18]

Destacamos o uso da *linguagem* no controle social pela regulação, ocupando espaços no discurso das PMAs, nas práticas e intervenções dos militantes e profissionais responsáveis pela operação da tecnologia penal das PMAs por meio do atendimento psicossocial. Trata-se de um tipo de regulação responsiva, que necessariamente passa pela cooperação e participação ativa dos cumpridores – dos regulados – e a conformidade pela persuasão.

A *linguagem* do controle social pela regulação repousa na individualização do controle, em que a resposta à ação reguladora está a ser adaptada para as necessidades, capacidades e motivações do cumpridor de PMAs. Ainda mais, são usados normas uniformes e princípios universais para direcionar a *personalização* do cumprimento da pena ou medida, combinados com os aspectos corretivos da pena; a ressocialização, a reintegração, a reabilitação – referências encontradas no paradigma prisional.

Além disso, a "caixa de ferramentas" dos profissionais do psicossocial (predominantemente, psicólogos e assistentes sociais), sugere uma individualização do controle, adaptado às necessidades percebidas dos indivíduos e seu contexto jurídico e psicossocial. Apontamos dois componentes deste mode-

18. Ver nota 12.

lo de monitoramento penal: comportamento e decisão. Isto significa que o acompanhamento psicossocial do cumpridor – um monitoramento penal extramuros – está baseado em decisões comportamentais ligadas aos princípios de autorregulação comportamental e à influencia normativa de dispositivos jurídico-sociais.

Percebemos a apropriação de elementos da deviance regulation theory,[19] conscientemente ou não, como sustentação desta nova forma de controle penal, servindo para delimitar e intensificar as formas de intervenção e para acelerar a punição. O discurso recorrente das PMAs, sustentado por seus militantes, os operadores de direito e demais profissionais envolvidos, funciona como um comunicador (BLANTON, CHRISTIE, 2003). O operador da PMA enfatiza as atitudes positivas e não somente o desvio; a PMA agiria como um comunicador que procura afastar o indivíduo do desvio, uma tentativa de influência social e psicológica para maximizar a pena ou medida. Assim sendo, verifica-se que na execução das PMAs, a deviance regulation theory oferece um arcabouço teórico e conceitual pelo qual são justificadas as novas tecnologias de controle penal (e social), notadamente no contexto do comportamento individual e particularmente no monitoramento psicossocial do cumpridor de PMAs.

As PMAs acabam permitindo uma maior intensificação do controle dos indivíduos, quando o cotidiano, as redes sociais e o território da cidade são tomados por um clima de política punitiva. Se por um lado é enfatizada a "intervenção penal mínima" nos discursos oficiais das PMAs, o efeito da difusão das PMAs sugere o oposto, mostrando a criação de uma considerável gama de instrumentos de sanção e ampliação do intervencionismo sociopenal sobre a esfera da vida cotidiana, apesar das afirmações ao contrário.

Cohen (1979, 1985) também adverte sobre os efeitos da difusão das PMAs, quando destaca o aumento do intervencionismo estatal e/ou penal na regulação do comportamento desviante. O autor considera que as alternativas à prisão e seus serviços se tornam facilmente suplementos. Ou seja, no processo de institucionalização das PMAs, a implementação de serviços ou programas regulatórios cresce quanto maior for o número de *clientes*. Tal fenômeno é analisado por Cohen em sua teoria da *net-widening*, apontando as implicações nas mudanças formais na intervenção e controle social do Estado, em nome

19. A proposta da *deviance regulation theory* está na autorregulação das pessoas (aqui cumpridores de PMAs), com base na percepção das consequências sociais de se desviar das normas de comportamento, mais do que nas consequências percebidas de conformidade com as normas de comportamento (BLANTON, CHRISTIE, 2003; BLANTON, STUART, EIJNDEN, 2001).

do "bem-estar e reabilitação". A *rede* é alargada por meio de um controle social mais difuso e a *malha* desta *rede* é estreitada. "Em outras palavras: as 'alternativas' não se configurariam como alternativas, mas como novos programas que suplementam o sistema existente ou então o expandem atraindo novas populações".[20]

Tomando os pressupostos da *deviance regulation theory* e da *net-widening*, as PMAs configurariam uma estratégia de individualização do controle penal, adequando o regime de regulação, as regras, as obrigações, as condições e os mecanismos de execução e resultados ao atendimento *psicossocial*. Trata-se da microrregulação de indivíduos, de estilos de vida, uma nova forma de intervencionismo penal. As ideias de regulação virtual do desviante estão presentes na justiça penal antes mesmo da aplicação da PMAs. Contudo, são potencializadas como instrumentos híbridos de regulação que têm estendido o lugar da criminalização e da punição no sistema social.

Neste sentido, o *monitoramento psicossocial* aplicado na execução das PMAs, operado pelos serviços e programas de PMAs, buscaria a conformidade do comportamento dos cumpridores, por meio da disciplina e do controle, às normativas jurídico-sociais e da convivência social. Desta forma, todos aqueles considerados *desviantes*, ou seja, aqueles que de alguma forma se desviam da norma pretendida como universal são *clientes* e/ou público (virtual) deste sistema de punição, que exerce o controle sobre indivíduos por meio do reforço de códigos de conduta, pelo uso de *motivações* que possam ir além da penalidade específica.

Esta metodologia de atendimento e acompanhamento *psicossocial* é apresentada como uma política pública de caráter educativo e preventivo por meio de intervenções terapêuticas, ou seja, para regular e prevenir tipos de comportamento, estabelecendo um padrão de convivência – e os seus *desvios*. Este acompanhamento *psicossocial* enfatiza a *ação psicossocial* como uma ação socializadora e normativa da lei, onde a pena não é somente o espaço para punição, mas sim, como reparação do ato delituoso ou dano causado pelo cumpridor da PMA.

Dentro da perspectiva do controle social e da regulação, as PMAs encontram-se dentro de um conjunto de estratégias para promover o respeito e a conformidade às normas universais, caracterizando-se como estratégias que se encontram entre a punição e a persuasão.

---

20. "In other words: 'alternatives' become not alternatives at all but new programs which supplement the existing system or else expand it by attracting new populations" (COHEN, 1979, p. 307).

4. A EQUIPE TÉCNICA E A REDE SOCIAL NAS PMAS

A análise do papel que os agentes técnicos e a rede social ocupam nos serviços de execução de PMAs, na operação do *monitoramento psicossocial*, será ilustrada pelo destaque aos princípios metodológicos, aos procedimentos e às rotinas técnicas contidas no *Manual de Monitoramento de PMAs*,[21] que não existe como parâmetro normativo, mas serve como referência metodológica produzida pelo órgão governamental[22] responsável pelo fomento das políticas nacionais das alternativas penais.

Os princípios da concepção metodológica do monitoramento das PMAs, segundo o *Manual*, são descritos a partir da concepção de: (1) *interinstitucionalidade* do sistema de justiça; (2) *interatividade* entre o Estado e a Sociedade Civil, considerando que o "Estado executa a política criminal e a Sociedade Civil a consolida como política pública, por intermédio da constituição da rede social de apoio à execução"; e (3) *interdisciplinaridade* que "aborda o modo como os peritos em comportamento interagem com os operadores do Direito" (BRASIL, 2002, p. 15-16).

Quanto à rede social de apoio, segundo está descrito, é constituída por *entidades parceiras* que "disponibilizam as vagas e viabilizam a execução penal propriamente dita" e por *entidades representativas da comunidade* "que legitimam e influenciam esta prática, dentre elas: OAB, universidades, organizações não governamentais voltadas para a área de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos".[23] Produz-se uma estrutura institucional formal que propõe, suporta e fundamenta a criação de uma rede social de apoio territorializada responsável pela execução e regulação (monitoramento, fiscalização) do fluxo/trânsito da população penal submetida às PMAs.

Pode-se afirmar que a *interinstitucionalidade* e a *interatividade*, que correspondem ao campo da legalidade e da legitimidade, respectivamente, vão constituir o corpo político do sistema de alternativas penais na esfera macrossocial, sendo o nível de articulação entre as diferentes instâncias um indicador de seu nível de sustentabilidade político-institucional.[24] Mas, é com o princípio da *interdisciplinaridade* que se pode verificar o protagonismo da técnica disciplinar

21. BRASIL. Ministério da Justiça. Manual de monitoramento das penas e medidas alternativas. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/Cenapa, 2002.

22. A Coordenação-Geral de Fomento às Penas e Medidas Alternativas (CGPMA) do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça.

23. BRASIL. Ministério da Justiça. Manual de monitoramento das penas e medidas alternativas cit., p. 15.

24. Idem, ibidem.

nesse novo modelo de monitoramento penal, que tem como principais atores institucionais envolvidos neste nível técnico-operacional: o Juízo da Execução, o Ministério Público, a Equipe de Apoio Técnico e a Comunidade.[25]

À Equipe de Apoio Técnico é delegada uma centralidade quando é considerada a instância responsável por estabelecer a "interação entre o mundo jurídico e o mundo social, uma vez que faz a interseção entre juízo da execução e a comunidade".[26] Uma Equipe composta "por profissionais do Serviço Social e Psicologia, [e que] integram os órgãos de execução, como setor de apoio ao Juízo da Execução e do Ministério Público", será responsável por desenvolver o *processo de acompanhamento psicossocial*, constituindo-se como o *corpo técnico* no sistema de alternativas penais na esfera microssocial.[27] Pode-se supor que o nível de articulação entre as diferentes instâncias será também um indicador de seu nível de sustentabilidade (política) técnico-operacional.

Produz-se, assim, uma estrutura institucional formal, cuja referência é reiteradamente (da equipe) técnica, que propõe, suporta e fundamenta a criação de uma rede social de apoio territorializada, responsável pela execução e regulação (monitoramento, fiscalização) do fluxo/trânsito da população (penal) submetida às PMAs.

Se, com a descrição de tais princípios metodológicos, visualizamos a centralidade da tecnologia psicossocial – dos "peritos do comportamento" – no monitoramento das PMAs, é na exposição de procedimentos e das rotinas do Manual que verificamos sua onipresença por meio da diversidade de suas funções e seus instrumentais de registro.

São listados os seguintes procedimentos: (1) avaliação; (2) encaminhamento; (3) acompanhamento; (4) e, ainda, um procedimento complementar de capacitação, cadastramento e capacitação das entidades parceiras.

Segundo o *Manual*, o procedimento de *avaliação* é realizado pela equipe técnica, por "profissionais de Psicologia e de Serviço Social, separadamente, junto ao apenado com a garantia de sigilo das informações",[28] com o condenado/autor do fato ilícito encaminhado ao órgão da execução competente, a fim de propor a pena ou a medida e a entidade parceira adequada ao perfil dos mesmos. Esta avaliação resultará no sumário psicossocial, encaminhado ao juiz.[29]

25. Idem, ibidem.
26. Idem, p. 16.
27. Idem, ibidem.
28. Idem, p. 35.
29. Idem, p. 22.

Além do formato documental do Sumário Psicossocial, consta também no Manual o roteiro de Entrevista Psicossocial, com parecer e evolução do caso, de acesso restrito à equipe técnica.

Considerando as categorias comportamentais de análise (cognitivas, emocionais, volitivas), a equipe técnica, neste processo de avaliação, deve avaliar também o nível de complexidade do *caso* (baixa, média, alta),[30] para fundamentar o encaminhamento técnico proposto, especializando ainda mais o nível de intervenção e categorizações técnicas.

Além do fato de a clientela da PMA ser composta por um cidadão identificado socialmente como desviante/infrator ou condenado, que será categorizado psicologicamente de acordo com o nível de complexidade para o cumprimento da PMA, este procedimento de avaliação será estendido para outra instância: a rede social de apoio que, por sua vez, sustentará a execução de uma ação penal extramuros. O que acaba por incluir um módulo complementar ao procedimento avaliativo descrito, no *Manual* (2002), como a *captação/cadastramento/capacitação* de entidades parceiras que vão constituir a rede social de apoio às PMAs.

O procedimento de *captação/cadastramento/capacitação* é descrito em três etapas:

"1.1 Captação: pesquisa preliminar, elaboração de diagnóstico institucional e a seleção das entidades que poderão receber os beneficiários que prestam serviço, fazem doações, estão com limitação de fim de semana ou em medida de tratamento.

1.2 Cadastramento: assinatura de termo de convênio firmado entre a entidade e o respectivo órgão da execução.

1.3 Capacitação: palestras, seminários e visitas às entidades cadastradas, a fim de prepará-las continuamente para receber o beneficiário e fortalecer a rede social de apoio."

Este procedimento complementar produz a condição de existência de um sistema de alternativas penais à prisão, quando a rede social de apoio é formada como viabilidade para a execução penal extramuros.

---

30. De acordo com o Manual de monitoramento das penas e medidas alternativas (2002), os casos considerados de baixa e média complexidades são avaliados como "aptos ao encaminhamento imediato" (p. 32), sendo que o de média complexidade ainda precisará de um "acompanhamento sistemático" (p. 55); e o de alta complexidade é aquele "que tem quadro agudo de neurose, psicose, psicopatia, dependência química e necessita de avaliação psiquiátrica" (p. 32).

Neste contexto, a equipe técnica terá um lugar privilegiado quando exerce a função de constituir esta rede social de apoio. Um primeiro momento de provocação/chamamento às entidades para participarem da composição da rede (captação: pesquisa preliminar, análise e pré-seleção, decisão); passando ao momento de composição da rede territorializada (cadastramento); para propor um trabalho contínuo com a rede (capacitação). E, como forma de registro, contará com um roteiro de Levantamento de Dados para Cadastramento de Entidades; de Diagnóstico Institucional, com Evolução; e de Termo do Convênio.

Por meio do trabalho com a rede social, as PMAs transformam a comunidade num novo espaço territorial e social para administração individual e coletiva daqueles tipificados como desviantes ou infratores, se estabelece uma microrrede jurídico-moral de relações entre os operadores da tecnologia psicossocial, da rede social (penal) e os administrados.

A equipe técnica terá a função de constituir e manter, no espaço e no tempo, a rede social de apoio, assumindo a responsabilidade de delimitar a gestão socioespacial dessa modalidade de execução penal, como é possível verificar a partir da descrição, também, dos procedimentos de *encaminhamento* e de *acompanhamento*, tal como constam no *Manual* (2002, grifo nosso).

O procedimento de *encaminhamento* destacado no *Manual* é "voltado para facilitar o acesso do beneficiário ao local de cumprimento da pena ou medida e o controle de sua frequência pela entidade parceira, pela equipe de apoio técnico e pelo órgão da execução" (BRASIL, 2002, p. 22).

Observa-se que o corpo técnico tem um lugar de cuidador que facilitará o acesso e a permanência do cumpridor à rede sociopenal (apresentação e/ou acompanhamento do cumpridor ao local de cumprimento da pena ou medida); ao mesmo tempo em que, em seguida, este *corpo técnico* ocupa um lugar de *regulador* que facilitará o controle e a fiscalização da execução penal (controle de sua frequência). E, como forma de registro, contará com a Ficha de Encaminhamento e Ficha de Frequência mensal.

E, por fim, no procedimento de *acompanhamento*, consta no *Manual*, o objetivo de:

"(...) verificar o cumprimento da pena/medida junto ao beneficiário, bem como promover a sua reinserção e reeducação. O acompanhamento é realizado, simultaneamente, no órgão da execução e na entidade parceira onde o beneficiário se encontra. Também é realizado um conjunto de atividades com beneficiários para permitir uma análise sistemática de seu comportamento" (BRASIL, 2002, p. 22).

A forma documentária deste procedimento é descrita no *Manual* (2002), a partir de uma multiplicidade generalizada que desafia as possibilidades de categorização.

A *equipe técnica* registra dados sobre o acompanhamento com o cumpridor em documentos intra (Evolução de caso) e interinstitucionais (Relatório Mensal, assinado em conjunto com o representante da "entidade parceira"; Declaração sobre Incidente, Avaliação Final, Declaração de Cumprimento de Pena); e, também, registra dados sobre o acompanhamento com a rede social em documentos intra (Atualização do Diagnóstico Institucional) e interinstitucionais (Relatório de Visita). A *entidade parceira* registra seus dados e pareceres sobre o cumpridor e o cumprimento da PMA (Avaliação Periódica, Comunicação de Incidente, Avaliação Final). E, ainda, o *cumpridor* também registra seus dados avaliativos sobre a experiência de PMA (Avaliação Periódica, Avaliação Final).

Nesta rede documentária das rotinas, fica evidenciado que a tecnologia psicossocial – em especial, neste procedimento de acompanhamento – quase que se funde com a esfera do monitoramento penal de fiscalização, sem deixar de ser marcado pela inscrição do aspecto correcional e/ou de cuidado da sanção penal, materializando então a duplicidade da relação de controle e de cuidado/"reinserção social" do cumpridor de PMAs.

Diante do exposto, pode-se afirmar que apesar de a rede social de apoio se constituir como condição de existência das alternativas penais extramuros, é a equipe técnica que sustentará o monitoramento penal (psicossocial) nas PMAs, pois: (1) vincula-se formalmente a diferentes instâncias do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública) e de execução penal (secretarias municipais e estaduais); (2) atua como gestores e/ou técnicos dos serviços; (3) tem como clientela os cumpridores de PMAs e rede social; (4) produz um conjunto de procedimentos técnicos (avaliação, captação/cadastramento/capacitação de entidades, encaminhamento, acompanhamento) que vão constituir a ação institucional centrais nos serviços de PMAs.

Os procedimentos técnicos descritos podem ser analisados por múltiplos aspectos, dos quais destacaremos a articulação com as contribuições de Foucault (1987) sobre os instrumentais do mecanismo disciplinar (exame, vigilância hierárquica, sanção normalizadora), em diálogo com as discussões de Deleuze (1992) das disciplinas e da sociedade de controle.

Se o *exame*, como um instrumento disciplinar que inverte a economia da visibilidade, produz uma individualidade no campo documentário e transforma o indivíduo em um caso (FOUCAULT, 1987, grifo nosso), constitui-se o funda-

mento no procedimento de *avaliação social e psicológica* realizada pela equipe técnica com o condenado/infrator de ato ilícito (baixa, média, alta complexidade), cujo resultado consta em uma série de documentos (entrevista psicossocial, com parecer e evolução do caso, sumário psicossocial). Mas este mesmo exame é redimensionado no contexto do monitoramento das PMAs, no sentido em que é ampliado no espaço e no tempo pelos demais procedimentos previstos na *captação/cadastramento/capacitação, encaminhamento e acompanhamento.*

No espaço, quando a rede social passa a constituir parte do objeto do procedimento avaliativo. Ou seja, quando é atribuída à equipe técnica a responsabilidade de avaliar, formar, capacitar a rede social de apoio e, ainda, efetivar o encaminhamento. E, assim, a equipe técnica assume a responsabilidade de delimitar a gestão socioespacial desta modalidade de execução penal demonstrada na série de documentos intra (Levantamento de Dados para Cadastramento de Entidades; de Diagnóstico Institucional, com evolução) e interinstitucionais (Termo do Convênio).

No tempo, quando o exame se torna contínuo e modular no cumprimento de uma PMA; quando é responsabilidade da equipe técnica desenvolver um acompanhamento periódico durante todo tempo da PMA, tanto do cumpridor quanto da rede social de apoio às PMAs, demonstrado pelos diversos documentos previstos em relação aos primeiros (entrevista psicossocial com parecer e evolução do caso, relatório mensal, avaliação final, declaração de cumprimento de pena), mas com destaque ao instrumental de declaração sobre incidente, emitido por ocasião de descumprimento da PMA; mas em relação também aos segundos (relatório de visita, atualização do diagnóstico institucional).

Pela descrição da forma documentária de tais procedimentos e rotinas, é possível verificar a capilaridade da atuação da equipe técnica e sua referência de centralidade em relação aos demais atores institucionais nas ações das PMAs. Podemos verificar, ainda, que nesta rede documentária das rotinas, a tecnologia psicossocial se funde à esfera do monitoramento penal de fiscalização, sustentando a existência de uma execução penal extramuros.

Do procedimento de avaliação, destacamos duas fases: a fase judiciária ("a fim de propor a pena ou a medida e a entidade parceira adequada ao perfil dos mesmos") e a fase de execução penal (captação/cadastramento/capacitação da rede social).

Sobre a fase judiciária, o lugar privilegiado que as equipes técnicas ocupam no monitoramento penal das PMAs, em relação ao procedimento de avaliação com o "condenado/autor do fato ilícito", evidencia a colonização do judiciário

pelas disciplinas (FONSECA, 2002),[31] quando o processo de julgar é dividido e/ou delegado à *decisão* técnica ("sugestão de encaminhamento", "caráter sugestivo").

Mas, na fase de execução penal, o lugar privilegiado que as equipes técnicas ocupam no monitoramento das PMAs, em relação ao procedimento não somente de avaliação, mas também de encaminhamento e de acompanhamento (relatórios periódicos, finais e eventuais – como a "declaração sobre incidente"), evidencia a maneira como as equipes técnicas colonizam a própria gestão do monitoramento penal extramuros.

A partir desta difusão contínua e modular das técnicas de exame, é possível pensar no redimensionamento também da *vigilância hierárquica* e da *sanção normalizadora* (FOUCAULT, 1987, p. 153-164, grifo nosso) inscritas no território da cidade nos serviços de PMAs, tomadas também como instrumentais dos mecanismos disciplinares, documentados nas ações de cumprimento das PMAs.

A equipe técnica estenderá o controle penal sobre o cumpridor, incluindo também a rede social no jogo da fiscalização da execução penal. Uma ramificação dispersa da *vigilância hierarquizada*, em que é delegada uma nova função de centralidade à equipe técnica (hierarquização múltipla, automática e anônima). Um domínio vertical e horizontal/lateral, uma vigilância generalizada, inclusive com a participação da própria rede social (avaliação periódica, comunicação de incidente, avaliação final) e do cumpridor (avaliação periódica, avaliação final) neste processo.

O monitoramento das PMAs demanda também uma problematização sobre o instrumental da *sanção normalizadora* do mecanismo disciplinar que se caracteriza por fundamentar a norma no campo social, a micro/infrapenalidade e sanções do e no cotidiano.

O monitoramento psicossocial nas PMAs pressupõe, tal como consta no *Manual*, o "modo como o corpo político interage com o corpo técnico do sistema de alternativas penais" (BRASIL, 2002, p. 17); a articulação do mundo jurídico (conduta, fiscalização e cumprimento da pena/medida) e o mundo psicossocial (comportamento, acompanhamento, reinserção social). Tal des-

31. Ao analisar as relações das contribuições de Foucault no campo jurídico, observa-se que: "na medida em que a lei funciona mais e mais como norma (no sentido foucaultiano), a forma possível do direito torna-se mais e mais comprometida com os mecanismos de normalização. Em tal hibridação, lei e ordem social aparecem como dependentes uma da outra, misturam-se, o que reafirma a forma normalizada do Direito" (FONSECA, 2002, p. 258).

crição pode ser analisada a partir da duplicidade nas tecnologias disciplinares, tal como apontada desde Foucault (1987) e Castel (1987), que propõem um cuidado, desde que sob controle; uma proteção, desde que sob tutela.

Mas, no caso das PMAs, não é somente a sanção normalizadora penal dentro das prisões (disciplina bloco); e nem a extensão da sanção normalizadora para as demais áreas da vida social como nas áreas de saúde, educação, trabalho etc. (disciplina mecanismo). Mas, sim, a configuração de uma sanção normalizadora penal inscrita no território da cidade. Uma sanção penal a "céu aberto", quando verificamos o esgarçamento dos mecanismos disciplinares e a produção de uma nova configuração das estratégias de regulação sociopenal.

5. PROBLEMATIZAÇÃO DO PROTAGONISMO TÉCNICO NAS PMAS: ENTRE O CONTROLE E A RESISTÊNCIA

A Psiquiatria se articula ao Direito Penal, mesmo que por meio de alianças e conflitos; quando a cena institucional trata de um infrator que rompeu com a racionalidade (inimputabilidade) e/ou com a vontade (semi-imputabilidade), ou simplesmente pela patologização do comportamento criminoso (FOUCAULT, 2001). Quando a Psicologia, aliada ao Serviço Social, se articula ao Direito Penal alternativo, acaba por produzir uma cena institucional caracterizada por uma classificação comportamental com o prognóstico sobre as possibilidades de (re)adaptação, por um acompanhamento do cumprimento da pena, mas também, por sua participação e/ou centralidade da própria gestão da ação penal extramuros.

A dispersão e a onipresença técnica na execução penal extramuros devem ser analisadas a partir das reflexões éticas e políticas sobre as tecnologias psicossociais que implicam na problematização dos lugares que os técnicos ocupam. Uma busca por desenhar os modos refinados de reprodução e de produção de práticas técnico-científicas legitimadoras da associação do Direito Penal às práticas de exclusão social, mesmo (e por) que extramuros.

Se nos princípios, procedimentos e rotina da equipe técnica no monitoramento das PMAs (avaliação, encaminhamento, acompanhamento) verificamos seus fundamentos no (inevitável) exame modular e contínuo do modo de regulação social na atualidade, o modo de operar tais instrumentais pode imprimir possibilidades de práticas que não trabalham somente para o controle penal, mas também, e principalmente, nas estratégias generalizadas de sua problematização, como pontos de resistências presente nas relações de poder[32] e/

32. O termo resistência é tratado aqui tal como Foucault (1995) discute, como aspecto presente em toda relação de poder.

ou de linhas de fuga.[33] Uma reflexão ético-política sobre a dispersão técnica na execução penal extramuros implica justamente na problematização dos lugares que os técnicos ocupam e do modo como tais lugares podem ser ocupados.

Para tanto, faz-se necessário problematizar tanto o objeto (punição), como o lugar da tecnologia psicossocial neste contexto sociopenal. Perguntar não somente sobre como funciona o paradigma prisional, mas também sobre o paradigma punitivo de modo geral (intra e/ou extramuros); e, ainda, sobre o lugar privilegiado da técnica neste contexto (penal).

Como primeiros passos, sobre as perguntas a respeito do objeto-punição, faz-se necessário intensificar o nível de questionamento sobre as práticas penais. Pergunta-se, por exemplo, se a questão seria de "não punir menos, mas punir melhor", tal como verificamos no movimento pelas PMAs?[34]

Se encontrarmos a busca de aperfeiçoamento da punição no movimento pelas PMAs, viabilizado pelas tecnologias psicossociais nesse novo modelo de monitoramento penal, poderíamos dizer que este movimento pelas PMAs é pautado pelo mesmo propósito da busca de aperfeiçoamento da punição, como objeto e finalidade da prisão no Direito Penal, desde o século XVIII (FOUCAULT, 1987). E, deste modo, a concretização das ações e serviços de PMAs poderia ser considerada a realização do projeto disciplinar da prisão não somente como punição, mas como sistema punitivo pautado no propósito de recuperação penal? Ou ainda, formaria uma nova configuração de monitoramento penal, pautado no procedimento de exame/avaliação modular e contínuo em que as equipes ocupam lugar privilegiado não somente na classificação e acompanhamento, mas também, na gestão da execução penal?

Diante de todos esses questionamentos, passamos a uma pergunta central sobre o objeto-questão punição. Se o movimento pelas PMAs tem o propósito de rompimento com os princípios do paradigma prisional, será que a mesma busca pelo aperfeiçoamento da punição seria suficiente para se apresentar como uma prática de ruptura com o Sistema Penal na atualidade?

Faz-se necessário, então, tal como o fazem os abolicionistas penais (PASSETTI, 1999), propor um questionamento quanto à naturalização do castigo no sistema penal (do caráter vingativo e reativo da pena), neste caso, o quanto as PMAs perduram como sanção normalizadora (penal) fora do sistema prisional.

---

33. Segundo a discussão de Coimbra e Predinha (2005) sobre os limites e as possibilidades nas penas alternativas por meio da contribuição de Deleuze sobre as linhas de fuga.

34. Ver nota 7.

Nesse sentido, como estratégia de reflexão sobre o sistema punitivo, para além da articulação político-institucional e operacional para a execução das PMAs, é preciso provocar uma discussão ampliada nos diferentes espaços sociais sobre os critérios punitivos e sua relação com a questão social, posto que os antagonismos são expostos nos encontros nossos de cada dia, nos meios acadêmico-profissionais, político-deliberativos e da população em geral; e pauta do dia nos mais diferentes meios de comunicação. Questões não somente sobre como o paradigma prisional funciona (ou deixa de funcionar), mas também como funciona o sistema penal a "céu aberto".

Tais questões podem e/ou devem ser levadas ao cotidiano das práticas concretas de PMAs, o que nos encaminha para os segundos passos no processo de problematização proposto: a análise do lugar que os técnicos ocupam neste novo modelo e modo de funcionamento do monitoramento penal.

As equipes técnicas ocupam um lugar privilegiado no monitoramento penal nas PMAs, quando "colonizam" o judiciário, tal como apontado por Foucault (apud FONSECA, 2002); mas, também, quando "colonizam" a própria gestão da ação de execução penal extramuros.

Mas, nesse mesmo contexto, é possível verificar possibilidades de resistência e/ou de linhas de fuga,[35] em especial, no que se refere à prática do Direito. Mesmo nesta perspectiva de "desconfiança" de Foucault "quanto à forma do Direito", pode-se apontar a configuração de uma positividade desta atitude crítica:

"(...) a atitude 'positiva' em relação ao direito em Foucault deve ser pesquisada nos trabalhos do autor que permitem pensarmos formas possíveis de resistência ao poder normalizador. E entendemos que o tema de resistência à normalização, para o autor, implica o problema de 'governo' (entendido no sentido amplo de arte de governar). O tema da resistência à normalização em Foucault implica compreendermos em que medida o 'governo de si mesmo' pode se opor ao 'governo em que se é submetido por um outro' (FONSECA, 2002, p. 259).

Enfim, colocam-se questões de como atuar tecnicamente sem normalizar, principalmente, quando a atuação ocorre no âmbito (da sanção) penal. Como despenalizar tais tecnologias de controle penal? Como despsicologizar a psicologia? Como desassistencializar o Serviço Social?

O movimento institucionalista, ao questionar as práticas totalitárias da disciplina-bloco, como também as práticas totalizantes da disciplina-mecanismo, dos

35. Ver nota 25 e 26.

muros dos profissionalismos (GUATTARI, 1987) ou dos especialismos (BAREMBLIT, 1992), nos oferece pistas. E, neste sentido, as PMAs nos colocam desafios e, ao mesmo tempo, oferecem parâmetros de reflexão ético-política sobre a atuação técnica em geral e, em especial, na justiça penal intra e extramuros prisionais.

Quanto ao procedimento avaliativo contínuo e seu arsenal documentário em relação ao "condenado/autor do fato ilícito" ou "cumpridor de PMA", compartilhamos com o leitor os questionamentos e discussões sobre a sociedade pós-disciplinar (CASTEL, 1987) e a sociedade pericial (ROUDINESCO, 2005).

Se a função do *corpo técnico* nas PMAs é atravessada pela sanção normalizadora no controle penal (avaliação contínua, encaminhamentos formal-burocráticos e/ou fiscalizadores), seu funcionamento pode ser tomado em sua dimensão transversal por ocupar uma instância de articulação entre os diversos atores institucionais envolvidos (sistema de justiça, rede social de apoio, políticas públicas, comunidade, cumpridor de PMA e sua família). Desta forma, efetivamente, o *corpo técnico* pode deixar de ocupar um lugar institucional quase que exclusivamente de controle/monitoramento penal, com encaminhamentos formal-burocráticos e/ou regulatórios, para também atuar a partir de pressupostos emancipatórios na política criminal.

Os trabalhos elaborados por profissionais e/ou pesquisadores que estudam a avaliação técnico-psicológica no campo judiciário, apesar da diferenças teóricas e metodológicas, com maior ou menor ênfase, discutem o inevitável caráter interventivo de um procedimento técnico-científico.[36]

Desta forma, é possível, neste procedimento avaliativo, também com a ajuda dos abolicionistas penais (PASSETTI, 1999), pensar em princípios ético-políticos que possam fundamentar o exercício técnico nas PMAs. Ao invés do ilícito, tomar a situação-problema;[37] ao invés do criminoso, tomar a relação infrator-vítima (para além de pensar em uma perspectiva do comportamento criminoso); ao invés do castigo, tomar a resposta-percurso[38] como parâmetros de discussão ético-metodológica.

---

36. Dentre muitas das referências possíveis, mencionamos, a título de ilustração, publicações organizadas por Shine (2005) e Coimbra, Ayres e Nascimento (2009).

37. "Trata-se de um conceito que emerge de saberes envolvidos com o acontecimento e a amplitude restrita. Nos termos propostos por Foucault, com os quais também concorda Deleuze, a busca por estes conceitos leva-nos à superação dos efeitos de hegemonia promovidos pelo discurso científico fundado na precisão universal totalizadora e individualista" (PASSETI, 1999).

38. Trata-se de encontrar as respostas mais adequadas para situações-problema que envolvem infrator e vítima, desvencilhando-nos da universalidade da lei e pro-

E, ainda, estas mesmas reflexões e princípios podem ser considerados como parâmetros de discussão no que se refere ao trato do procedimento avaliativo contínuo e documentário da equipe técnica com a rede social. Se, por um lado, a rede social também pode ser tomada como objeto avaliativo (e de controle); por outro, pode ser colocada em um lugar de interlocutora nas ações institucionais das PMAs, inclusive na problematização coletiva não somente sobre a naturalização do castigo no sistema penal alternativo, mas dos enfrentamentos das novas demandas que emergem desse modelo de monitoramento penal extramuro.

Se por um lado, o *trabalho técnico* pode simplesmente constituir uma rede social penal reprodutora do estigma prisional no contexto extramuros e/ou contribuir para a engrenagem que exacerba o controle penal sobre o cotidiano; por outro, são estes mesmos técnicos, que ao serem responsáveis por formar esta rede social (punitiva), podem também promover discussões ampliadas sobre o lugar do sistema penal na atualidade, intra e extramuros.

A execução penal extramuros cria espaços coletivos e padrões disciplinares, assim, as PMAs podem ser caracterizadas como uma modalidade de execução penal que acontece em uma rede social territorializada, partindo da premissa do envolvimento e participação da sociedade/comunidade, objetivando a promoção da cidadania. As redes sociais podem ser pensadas, também, como parte de um processo de retirada da exclusividade da autoridade penal pela supervisão e manutenção das condutas e comportamentos nos espaços públicos na cidade.

A rede de apoio social pode auxiliar na produção/mapeamento de novos territórios para o cumpridor de uma PMA, conseguindo alterar o lugar social que pode ocupar na estrutura e dinâmica institucionais. Mas, para isso, faz-se necessário discutir e problematizar os paradoxos característicos de uma ação institucional de execução penal comunitária: como trabalhar com a questão penal fora dos muros da prisão. Para tanto, há de se debater não somente o encarceramento, mas o caráter vingativo da pena (típica do suplício como estratégia punitiva) e, também, o caráter corretivo da sanção normalizadora (típica da disciplina como estratégia punitiva), favorecendo, dessa forma, uma discussão sobre a naturalização do castigo como estratégia punitiva. Eis um

---

piciando a horizontalidade na tomada de decisões, o que não implica descentralização de poderes. Importa o percurso a ser seguido em direção à descoberta do talento do jovem sob uma situação-problema e a forma de indenização da vítima ou de seus entes próximos (PASSETI, 1999).

desafio *ao corpo técnico* e à *rede social* no cotidiano institucional das PMAs, de problematização no território social sobre a naturalização do castigo no sistema penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As PMAS são apresentadas como uma nova instituição socializadora, uma ambiciosa reversão no processo de "dilaceramento" da cidadania (onde família, escola, sociedade falharam). E de forma operativa, as PMAs constituem uma nova microfísica do poder, de Foucault, ou seja, uma rede de poderes locais marcada pelas interações entre indivíduos e grupos, buscando definir/incultar normas de conduta, reproduzir valores e disseminar orientações para a ação social com as dimensões subjetivas e objetivas para prevenção das variadas formas de criminalidade, desvio e violência.

O *monitoramento psicossocial* dentro das PMAs (considerando-o como um novo modelo de monitoramento penal), realizado pelos serviços e profissionais voltados à execução de PMAs no Brasil, ao longo de três décadas, produziu um modo particular de controlar/regular comportamentos específicos, considerados e classificados como desviantes ou delituosos.

Ao mesmo tempo em que os serviços voltados à execução de PMAs possibilitaram a experimentação da execução penal extramuros prisionais, neste ato, acabam por também enfatizar o caráter punitivo da sanção, tratada como uma alternativa elaborada de controle social, criando um quadro contextual para regular o comportamento em larga escala. O comportamento obediente à lei. A ideia é de que as PMAs levam o cumpridor a perseguir (e prosseguir) cursos de ação, isto é, de como a punição pode promover a conformidade. Assim, os operadores do *monitoramento psicossocial* atuam como comunicadores do controle social e tentam moldar o comportamento, pelo elogio ou crítica a ações específicas.

As PMAs, como qualquer pena, demonstram o exercício do poder punitivo na contemporaneidade pelo Estado, pelo Direito Penal. Também, as PMAs procuram se estabelecer como um fundamento filosófico dentro do sistema penal e justiça criminal, colocando-se como exigência e um conceito mais racional de punição que faz o exercício da responsabilização do cumpridor.

As PMAs vêm cumprir um papel instrumental (exercido pelo corpo técnico) de gestão (controle) da sociedade, inibir comportamentos onde a *punição alternativa* e a *responsabilização* do cumpridor estão para garantir a governabilidade do cotidiano e estabelecimento da civilidade.

Diante do que foi apresentado, é possível apontar rupturas das PMAs com o paradigma prisional, quando a execução penal passa a pressupor a formação e a manutenção de uma rede social territorializada. Mas também, é possível verificar permanências e novas configurações do sistema sociopenal, pois o seu funcionamento pressupõe novas estratégias de regulação social extramuros que aglutinam a sanção normalizadora à sanção legal da pena por meio do trabalho da equipe técnica e da rede social, sendo difícil considerar uma autonomia do sistema das alternativas penais frente ao sistema prisional.

Embora o discurso das PMAs seja do desencarceramento, podemos verificar o aumento da punição por meio de um maior controle penal, demonstrado não só pela superpopulação carcerária, mas também pelo rápido e consistente crescimento daqueles cumprindo penas alternativas à prisão. A crise das prisões e a expansão dos domínios do direito penal promovido pelas alternativas à prisão são acima de tudo uma (re)legitimação do controle social por parte do Estado.

Os substitutivos penais ao encarceramento trazem à discussão muitas questões, apontamos uma para reflexão. O papel do protagonismo da ação técnica no modelo de monitoramento penal das PMAs. Este modelo propõe-se ao estabelecimento de uma nova forma de punição fundamentada na responsabilização individual e correção comportamental.

Pela análise do lugar da equipe técnica na execução das PMAs, percebemos como as alternativas à prisão apresentam-se como novas estratégias de regulação social, como um modelo de monitoramento sociopenal. O corpo técnico ocupa o lugar de facilitador/cuidador entre os cumpridores e a rede social, ao mesmo tempo em que este *corpo técnico* ocupa um lugar de *facilitador/regulador* da/na rede de controle da execução penal.

Neste sentido, uma atuação técnica nas PMAs que questione sua inserção normalizadora possibilitará reconfigurar o lugar que ocupa na rede sociopenal alternativa. Partindo dessa perspectiva, a equipe técnica pode assumir com a rede social um protagonismo mais propositivo de uma ação penal territorializada, criando estratégias generalizadas de problematização sobre a naturalização do castigo e da ação penal extramuros.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCEL, M. *Social defence*. Londres: Routledge, 1998.

BARATTA, A. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1986.

BAREMBLITT, G. *Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

BLANTON, H; CHRISTIE, C. Deviance. Regulation: a theory of action and identity. *Review of General Psychology*. vol. 7. n. 2. p. 115-149. 2003.

_____; STUART, A. E.; EIJNDEN, R. An introduction to Deviance-Regulation Theory: The effect of behavioral norms on message framing. *Personality and social Psychology Bulletin*. vol. 27. n. 7. p. 848-858. 2001.

BOWLING, B. The rise and fall of New York murder. *British Journal of Criminology*. vol. 39. n. 4. p. 531-554. Autumn, 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. Resolução 45/110 de 1991. Regras de Tóquio mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, 1993. Disponível em: [www.lgdh.org/Regras%20Minimas%20das%20Naco-es%20Unidas%20Regras%20de%20Toquio.htm].

_____. _____. Execução penal. Penas alternativas: evolução. Disponível em: [www.mj.gov.br/execucaopenal/penasalternativas/evolucao]. Acesso em: 25.04.2010.

_____. _____. Manual de monitoramento das penas e medidas alternativas. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/Cenapa, 2002. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br]. Acesso em: 25.04.2010.

_____. _____. Ilanud. Levantamento nacional sobre execução de penas alternativas. Relatório final de pesquisa 2006. Disponível em: [www.ilanud.org.br/midia/doc/penas_alt_final.pdf].

CASTEL, R. *A gestão dos riscos – Da antipsiquiatria à pós-psicanálise*. São Paulo: Francisco Alves, 1987.

COHEN, S. The punitive city: notes on dispersal of social control. Contemporary crisis. vol. 3. p. 339-363. 1979.

_____. *Visions of control: crime, punishment and classification*. Cambridge: Blackwell, 1985.

COIMBRA, C.; PEDRINHA, R. Metáforas do controle no século XXI. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (orgs.). *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRAWFORD, A. Governing through anti-social behaviour: regulatory challenges to criminal justice. *British Journal of Criminology*. p. 1-22. 01.07.2009.

DELEUZE, G. Post-scriptum sobre a sociedade de controle. In: _____. *Conversações*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

DURHAM, Eunice. A pesquisa antropológica com populações urbanas: problemas e perpectivas. In: CARDOSO, Ruth (org.). *A aventura antropológica: teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra ,1988.

_____. *A reconstrução da realidade*. São Paulo: Ática, 1978.

ELIAS, N. *O processo civilizador. Formação do Estado e civilização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993. vol. II.

_____. *O processo civilizador. Uma história dos costumes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1990. vol. I.

FOUCAULT, M. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. O sujeito e o poder. In: RABINOW, P.; DREYFUS, H. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAMPTOM, M. L.; HANEY-LOPEZ, I; SIMON, J. (eds.). *After the war on crime: race, democracy and a new reconstruction*. New York: New York University Press, 2008.

FYFE, N. Zero Tolerance, Maximum Surveillance? Deviance, difference and crime control in the late modern city. In: LEES, L. (ed.). *The emancipatory city: paradoxes and possibilities*. Londres: Sage, 2005.

GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GUIRADO, M. A dimensão política na atuação do profissional em psicologia. In: _____. *Psicanálise e análise do discurso: matrizes institucionais do sujeito psíquico*. São Paulo: Summus, 1994.

JACÓ-VILELA, A. M. Os primórdios da psicologia jurídica. In: BRITO, L. M. T. (org.). *Temas em psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

LOURAU, R. Implicação e sobreimplicação. In: ALTOÉ, S. *René Lourau: analista institucional em tempo integral*. São Paulo: Hucitec, 2004.

MARTIN, L. H. et al. *Technologies of the self: a seminar with Michel Foucault*. London: Tavistock, 1988.

PASSETTI, E. Sociedade de controle e abolicionismo penal. *São Paulo em Perspectiva*. vol. 13. n. 3. São Paulo: Fundação Seade, jul.-set. 1999.

PINTO, N. M. *Penas e alternativas: um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. Tese de Doutorado, Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da UFRJ, 2006.

PRATT, J.; BROWN, D.; HALLSWORTH, S.; MORRISON, W. (eds.). *The new punitiveness: trends, theories, perspectives*. Devon: Willan Publishing, 2005.

RODRIGUES, H. B. C. Sejamos realistas, tentemos o impossível. Descaminhando a psicologia através da análise institucional. In: JACÓ-VILELA, A.; FERREIRA, A.; PORTUGAL, F. *História da psicologia*. Rio de Janeiro: Nau, 2007.

SZASZ, T. The therapeutic state: the tyranny of pharmacracy. *The Independent Review*. vol. V. n. 4. p. 485-521. Spring, 2001.

VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Caminhos do direito penal brasileiro, de Miguel Reale Júnior – *RBCCrim* 85/41;
- Merton com energia, Katz com estrutura: a sociologia do revanchismo e a criminologia da transgressão, de Jock Young – *RBCCrim* 87/344; e
- Tântalo no Divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro), de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 50/91.

55116

1 OBSERVAÇÕES AOS DELITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO

Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP. Professor da UFRJ. Coordenador adjunto de Pós-graduação e Relações Internacionais do IBCCrim. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Ambiental

RESUMO: A expansão do direito penal se faz sentir não apenas no incremento de condutas incriminadas como, com igual importância, na desnaturação dos tipos penais clássicos, que passam a abarcar um maior número de condutas. Na Lei 9.605/1998 localizam-se muitas dessas manifestações interessando ao presente trabalho, principalmente, a eleição da Administração Pública como objeto de tutela penal, ultrapassando o alcance punitivo da mera administrativização. Indaga-se, assim, primeiramente, acerca da possibilidade de a Administração poder configurar como bem jurídico, passando-se à análise dos impactos dessa indagação na interpretação dos tipos. Em seguida, apresentam-se os principais comentários aos tipos penais, à luz dos princípios regentes do direito penal em um Estado Democrático de Direito, horizonte que se tem para as conclusões críticas, ao final aduzidas.

PALAVRAS-CHAVE: Delitos ambientais - Administração pública - Bem jurídico.

ABSTRACT: The expansion of Criminal Law can be felt not only by the increase of incriminating conducts but also, and just as important, in the alteration of the classic felonies, leading to a larger amount of criminal conducts. In Federal Law number 9.605/1998, it is easy to find many of those manifestations. One of them will be the focus of this article: the election of Public Administration as an object of criminalization, something that goes beyond the mere punishment of the administrative wrongdoing. In the first part, it will be discussed whether Public Administration can be considered an object of criminal intervention. Then, an analysis of the impact of this matter on criminal offenses will follow. Later, the main comments on felonies will be presented, taking into account the premises of the Rule of Law, the mainframe for the conclusive critical appraisements that will close the article.

KEYWORDS: Environmental offenses - Public administration - Legal asset.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Particularidades quanto ao bem jurídico – 3. Tipos em espécie: 3.1 Considerações dogmáticas comuns aos tipos; 3.2 Delitos em espécie; 3.3 Pena e processo – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Prepondera, em termos doutrinários, que o direito penal tem por missão a proteção de bens jurídicos. Nilo Batista, em que pese sua discordância, bem sintetizou o que se afirma quanto à missão do direito penal: "*defende* (a sociedade), *protegendo* (bens, ou valores, ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas)" (2001: 114).

A estratégia básica do direito penal é a incriminação de condutas que lesionem ou exponham a perigo aqueles bens jurídicos dignos de tutela penal. Em regra, essa incriminação obedece a uma lógica de efetividade de lesão ou exposição a perigo das condutas, selecionando, assim, desde condutas que direta e objetivamente lesionam o bem jurídico, até aquelas que muito indiretamente, de maneira presumida, representam-lhe potencial risco.

Graficamente, a lógica incriminadora pode ser apresentada por círculos concêntricos, em cujo cerne esteja o bem jurídico a que ser tutelar. Na camada imediatamente subjacente, incluem-se as condutas a ele lesivas; na subsequente, aquelas que o expõe a perigo, ou, ainda, que lesionem bem jurídico que, a rigor, é uma subcategoria do bem jurídico principal, uma espécie de bem jurídico subsidiário; seguida, por fim, por aquelas cujo perigo é presumido.

Exemplo do quanto se afirma é a proteção da vida. A conduta de matar alguém (art. 212 do CP) lesiona de maneira direta o bem jurídico; a de ofender a integridade corporal de outrem (art. 129 do CP), ao proteger a incolumidade física como subcategoria da vida, protege-a indiretamente; a de expor a vida de alguém a perigo direto e iminente (art. 132 do CP), por fim, cria um risco que, presumidamente, poderá impactar a vida.

Também assim no que toca à tutela de bens jurídicos supraindividuais,[1] a exemplo do meio ambiente. Ainda nos "proto-delitos" ambientais, assim considerados aqueles contidos no Código Penal de 1940, quando ainda não se tratava o meio ambiente como um bem jurídico autônomo, encontram-se delitos

1. Para um estudo completo e aprofundado dos bens jurídicos supraindividuais, vide, por todos: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

materiais, a exemplo do art. 166 do CP,[2] que tutelava, na dicção de Bitencourt, "o ambiente, sob seu aspecto cultural-estético, particularmente a inviolabilidade do patrimônio público cultural nacional" (2009: 192).

Como, porém, a proteção de bens jurídicos supra-individuais representa, no que tange aos círculos concêntricos já referidos, uma dificuldade central, na medida em que poucas condutas serão aptas a efetivamente lesar tais bens. A forma mais evidente de contornar tal problema é o emprego da incriminação de condutas que simplesmente exponham a perigo os bens jurídicos (delitos de perigo), a exemplo dos delitos de incêndio em mata ou floresta (art. 250, II, *h*, do CP) ou poluição (uso de gás tóxico ou asfixiante – art. 252 do CP; envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal – art. 270 do CP; e corrupção de água potável – art. 271 do CP).[3]

A década de 1960 mostrou-se pródiga no emprego de outro recurso punitivo a título de proteção de bens jurídicos supra-individuais: a incriminação da mera infração a normas administrativas, figura recorrente da expansão vivenciada pelo direito penal nesse período, fruto direto do espraiamento do alcance do direito penal para ramos do ordenamento. Fundamentalmente, não se tratava mais de eleger condutas humanas que, até então lícitas, colocassem em perigo o bem jurídico, de maneira indireta; tratava-se, sim, de justapor a sanção criminal a condutas que já eram proibidas pelas normas administrativas.

Assim, por exemplo, incriminação da apropriação indébita previdenciária, em 1960, e a da sonegação fiscal em 1965. No campo ambiental, os Códigos de Caça e de Pesca trouxeram previsões semelhantes. O art. 27 da Lei 5.197/1967 (Código de Caça) previa que: "Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a dez vezes o salário-mínimo mensal do lugar e da data da infração, ou ambas as penas cumulativamente, violar (...)", dentre outros, seu art. 4.º, assim redigido: "Nenhuma espécie poderá ser introduzida no País, sem parecer técnico oficial

2. "Art. 166. Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:
Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa."

3. Não se ignora que tais delitos buscassem tutelar a incolumidade pública, conceito vago, com definição possível como "segurança de todos os membros de uma sociedade, que em sua vida, integridade pessoal e patrimonial estão sujeitos a acentuada possibilidade de lesão" (PRADO, 2006: 401). Tampouco que o art. 166 seja, em essência, um delito contra a propriedade. Todos eles, porém, podem ser reconhecidos, modernamente, como delitos ambientais, sendo certo que até o art. 166 foi revogado pela Lei 9.605/1998.

favorável e licença expedida na forma da Lei"; o art.11 do Dec.-lei 221/1967 (Código de Pesca), por sua vez, estabelecia que: "Os comandantes das embarcações destinadas à pesca deverão preencher os mapas fornecidos pelo órgão competente, entregando-os ao fim de cada viagem ou semanalmente", estando a punição prevista no art. 55 do Dec.-lei 221/1967: "As infrações aos arts. 11, 13, 24, 33, § 3.º, 35, *e*, 46, 47 e 49, serão punidas com a multa de um décimo até a metade de um salário mínimo mensal vigente na Capital da República, dobrando-se na reincidência".

Nota-se, pois, o surgimento do que Jorge de Figueiredo Dias denominou de direito penal policial: "a administração (...) finalmente surgida nos umbrais da ordem jurídica e sujeita à limitação da legalidade, concentra agora a sua actividade de polícia na proteção antecipada de perigos para a consistência dos direitos subjectivos dos particulares. Assim se põe pela primeira vez o problema da conexionação da tutela penal com as ofensas à actividade policial da Administração, também esta agora juridicamente relevante. E assim surge um 'direito penal policial' – depois crismado direito penal administrativo, que se distinguia do direito penal tradicional – ou direito penal de justiça – apenas por constituir uma linha avançada de defesa deste, visando a protecção, não de direitos subjectivos determinados, mas de uma série mais ou menos indeterminada de perigos de violação daqueles direitos" (2001: 13).

Aproximando mais propriamente o tema do presente trabalho, verifica-se que a Lei 9.605/1998 potencializa tal fenômeno, na medida em que alça a Administração a verdadeiro bem jurídico de blindagem de um outro, o meio ambiente, cuja tutela se faz indiretamente. Como corolário, todos os tipos da Seção V – Dos Crimes contra a Administração Ambiental são formais, ou seja, para que se verifique a consumação, "basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculii*". Nesses casos, "o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente, ou, como dizia Hungria, 'a consumação antecede ou alheia-se ao *eventus damni*'" (BITENCOURT, 2007: 213-214).

2. PARTICULARIDADES QUANTO AO BEM JURÍDICO

Não há dúvidas de que o meio ambiente reclama urgente e séria proteção, sobretudo quando se vivenciam os impactos da mudança climática. De maneira geral, a doutrina jurídico-penal também vem aceitando com naturalidade a dignidade penal desse bem jurídico (MILARÉ, COSTA JÚNIOR, 2002; SIRVINSKAS, 2004; FREITAS, FREITAS, 2006; PRADO, 2006), em que pese a tarefa "assaz tortuosa" (PRADO, 2006: 125) de definir o quanto seja o meio ambiente como bem

jurídico-penal, sobretudo quando nele se incluem as dimensões natural (flora e fauna), artificial ou urbana, e o cultural.

Como já afirmado anteriormente, precisamente em razão dessa amplitude, valeu-se o legislador, como estratégia para protegê-lo, de tipos penais de dano (criminalização de condutas que efetivamente lesionem o bem jurídico), de tipos penais de perigo concreto (incriminação de condutas que, naquele caso concreto, pôs em efetivo risco o bem jurídico), de tipos penais de perigo abstrato (tipificação de condutas cujo perigo ao bem jurídico fosse fixada *ex ante*, sem a necessidade de aferição, no caso concreto, de sua efetividade) e, por fim, da criação (ou inovação) de delitos que apenassem condutas dirigidas contra bens jurídicos que, se lesionados, respingariam, ao fim e ao cabo, no próprio meio ambiente.

Para a aplicação dos referidos tipos, porém, uma definição muito ampla e porosa ao que seja bem jurídico oferece um óbice hermenêutico evidente: a total impossibilidade de se aferir a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico. Em se tomando em consideração como bem jurídico o meio ambiente em sentido lato, nenhuma conduta será suficiente lesiva e toda a conduta será, porém, perigosa, na medida em que alguma fração do meio ambiente será sempre exposta a perigo por qualquer atividade humana.

A solução apontada por Regis Prado é buscar, em cada norma, um bem jurídico específico, ou seja, o objeto jurídico próprio de cada figura delitiva. Assim, em que pese o meio ambiente ser o bem jurídico categorial da maioria dos tipos penais constantes da Lei 9.605/1998, o bem jurídico específico tutelado no art. 38 daquela lei, exemplificativamente, é o patrimônio florestal (2005: 128).[4]

Nessa seara, ter-se-ia como bem específico tutelado pelos arts. 66 a 69-A da Lei 9.605/1998 a administração ambiental, como sustenta a doutrina majoritária, a saber: para Luiz Regis Prado, o que se protege é a "administração pública, particularmente o correto exercício da função administrativa, e o ambiente" (2005: 535), para Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, a proteção da administração ambiental (2001: 212); também essa a posição de Luís Paulo Sirvinskas (2004: 223).

Ocorre que, em sendo a administração ambiental uma função estatal, não pode ser alçada à condição de bem jurídico.

---

4. Enfoque complementar é oferecido por Paulo Vinicius Sporleder de Souza, O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais, capítulo da obra organizada por ele ao lado de Fábio Roberto D'Ávila, *Direito penal secundário*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao definir o direito administrativo, o faz como sendo o ramo do direito que disciplina o exercício da função administrativa e os órgãos que a desempenham. Com efeito, prossegue, função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica (2003: 27).

Nesse diapasão, a administração ambiental pode ser entendida como a reunião das atividades estatais rumo à consecução do dever constitucional de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado nos termos do art. 225 da CF/1988. Para tanto, vale-se dos poderes instrumentalmente conferidos pela ordem jurídica, dentre eles, o de fiscalizar, de desenvolver programas de prevenção, de impor sanções etc.

Como toda função, tem como característica a instrumentalidade e a dependência de outro objeto, de sorte que a administração ambiental só tem existência e sentido numa determinada relação. Em regra, pondera Juarez Tavares, as funções estatais se manifestam por medidas de controle, que constituem o matiz de um processo de descentralização, que se opera com maior intensidade a partir do afastamento do Estado do processo de produção e distribuição de bens, ou da satisfação das necessidades reais das pessoas e sua redução ao papel das chamadas agências de fiscalização (2002: 209).

Decorre disso que as funções são carentes de universalidade, eis que submetidas a critérios de oportunidade, um dos traços centrais de qualquer bem jurídico. A função de controle do tráfego, por exemplo, é contingente da produção de veículos e da edificação das vias de circulação; persistindo na ideia de Tavares, quer parecer que também assim é a função de controle ambiental, que é contingente da quantidade de produção de poluentes, da extensão de biomas protegidos, do maior ou menor investimento em fiscalização etc.

Incompatíveis, assim, com a noção de valor, conceito independente, por definição, de qualquer referência externa: o valor o é a partir de si mesmo. Exemplo hialino de valor (e de bem jurídico) é a vida, pouco importando a condição do ser vivente a que ela se refira, isto é, a vida é um bem jurídico, pouco importa se se está diante da vida de um virtuoso moral ou de um pária social. De outro lado, em sentido absolutamente divergente, a função depende sempre do objeto a que se relaciona, não tendo estabilidade nem universalidade, admitindo, por exemplo, juízos incompatíveis com os verdadeiros bens jurídicos, a exemplo do juízo de utilidade ou inutilidade (TAVARES, 2002: 213).

Os tipos penais contidos nos arts. 66 a 69-A da Lei 9.605/1998, assim, não podem ter como bem jurídico subjacente a Administração ambiental, eis que despida dos requisitos mínimos para ser considerada um bem jurídico.

Interessantemente, ao tratar dos crimes contra a Administração, contidos no Código Penal, Bitencourt já vislumbrava a insuficiência de tomar a administração *per se* como um bem jurídico autônomo: "Bem jurídico protegido, no disposto em exame, é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, a sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade dos atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública" (2007: 77).

Decorre dessa conclusão que ou bem as referidas normas são inconstitucionais, por protegerem algo diverso de um bem jurídico, ou bem há que se identificar, naqueles tipos, bens jurídicos propriamente ditos.

Retomando a ideia de que, em verdade, ao se tutelar a Administração tutela-se suas moralidade e probidade, identificam-se valores propriamente ditos que seriam subjacentes às normas incriminadoras. Tanto a moralidade quanto a probidade administrativas são valores, pois, seguindo os critérios propostos por Juarez Tavares, há um claro interesse individual na condução proba das coisas públicas, na medida em que simples existência do Estado se justifica apenas quando possa exercer suas funções no interesse dos cidadãos; há, também, nele, universalidade e substancialidade (2002: 215-221).

A identificação do bem jurídico subjacente a uma norma incriminadora, bom que se diga, não é atividade bizantina. Na medida em que a Teoria do Delito está ancorada na noção de bem jurídico, a interpretação das normas penais deverá sempre ser feita tendo-o como referência. Assim, não bastará, para a análise da tipicidade do delito contido no art. 66 da Lei 9.605/1998,[5] que determinada "omissão da verdade" exponha a perigo a Administração pública; pelo critério proposto, o confronto deve se dar com o bem jurídico moralidade/probidade administrativa, comportando muitos casos, soluções diversas conforme o bem jurídico eleito.

3. Tipos em espécie

3.1 Considerações dogmáticas comuns aos tipos

Os delitos contidos nos arts. 66 a 69-A da Lei 9.605/1998 são *formais*, isto é, não reclamam, para a consumação, a superveniência de um resultado típico.

5. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimento de autorização ou de licenciamento ambiental.

Curiosamente, a art. 69-A,[6] introduzido em 2006 da referida lei, prevê hipótese de agravamento da pena em razão de "dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa", com o subsequente aumento de pena em fração compreendida entre um terço e dois terços (§ 2.º).

Resulta disso que a *consumação* se dá quando da realização do núcleo do tipo, sendo a *tentativa*, nos mais das vezes, impossível. Primeiramente, pelo fato de alguns tipos conterem núcleos que indicam condutas omissivas (omitir, sonegar, deixar de fazer), tornando-os tipos omissivos próprios, cuja tentativa não se admite: "Se o agente deixa passar o momento em que devia agir, consumou-se o delito; se ainda não pode agir, não se pode falar em crime" (BITENCOURT, 2007: 402). Em segundo lugar, pelo fato de alguns tipos serem unissubsistentes, a exemplo de "fazer informação falsa/enganosa", "conceder" e "apresentar" que, precisamente por não se desdobrarem no tempo, não permitem interrupção do *iter criminis*. Por fim, pelo fato de os tipos serem também punidos na modalidade culposa, incompatível com o instituto da tentativa.

No tocante à *autoria*, são delitos que demandam, em regra, a figura do funcionário público, assim definido pelo art. 327 do CP.[7] A exemplo dos demais *crimes próprios*, admitem coautoria, sendo que o art. 2.º da Lei 9.605/1998 repete a dicção do art. 29 do CP,[8] acrescentando, contudo, "bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la". Assim, aquele que, sabendo da condição de funcionário público do agente, a ele se une para a prática de um delito, responde por ele, ainda que lhe falte tal condição. Bitencourt lembra que a coautoria, como já apontava Welzel, tem seu fundamento na divisão de trabalho, "em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente de autor" (2007: 418).

---

6. "Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, o licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa."

7. "Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
§ 1.º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal (...)."

8. "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade."

A fixação da *coautoria* toma contornos específicos, todavia, quando se está diante de uma conduta omissiva. O mero não agir não pode ser sinônimo de coautoria; é preciso, para alem da omissão, que o agente tivesse o dever de agir. E quem tem o dever de agir, para além do previsto do art. 13, § 2.º, do CP? Em sede de crimes ambientais, precisamente aqueles constantes da parte final do art. 2.º da Lei 9.605/1998.

Nunca demais relembrar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica só pode nascer após aferida a responsabilidade pessoal e subjetiva de uma pessoa física tenha agido em nome e interesse da pessoa jurídica, consoante pacificada jurisprudência do STJ, sendo paradigma o REsp 564.960/SC (5.ª T., j. 02.06.2005, rel. Min. Gilson Dipp).

3.2 Delitos em espécie

– Art. 66 da Lei 9.605/1998[9]

O Código Penal já punia aquele que retardasse ou deixasse de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou, ainda, o praticasse contra disposição expressa de lei, seja para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (art. 319 do CP – prevaricação), seja em virtude de vantagem ou promessa (art. 317, § 1.º, do CP – corrupção passiva). Com efeito, o art. 66 da Lei 9.605/1998 segue nessa esteira, especializando dentre todas as possíveis "práticas contra disposição expressa em lei", aquela de "fazer afirmação falsa ou enganosa" ou "sonegar informações" e, dentre todas as modalidades de "retardar ou deixar de praticar", aquelas em que se "omitir a verdade".

No tocante aos elementos licenciamento e autorização, pondere-se, com Paulo Affonso Leme Machado (2007: 273) que "licença e autorização – no direito brasileiro – são vocábulos empregados sem rigor técnico". A imprecisão é registrada na doutrina penal, especialmente no tocante à definitividade dos atos. Mencione-se, assim, a posição de Édis Milaré e Paulo José da Costa Júnior: "Há vários tipos de licença: a licença prévia, a licença de instalação e a licença de operação. Entretanto o termo licença não é o mais apropriado, pois pressupõe ato administrativo definitivo e, pelo menos para a Licença Prévia e para a de Instalação, o ato é precário. Mais adequado seria usarmos a denominação autorização, esta sim de caráter discricionário e precário" (2002: 191).

9. "Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

Com efeito, pontifica Hely Lopes Meirelles que "licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio". E prossegue: "autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem jurídico, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc." (2009: 190-191).

– *Art. 67 da Lei 9.605/1998*[10]

A concessão de licença, autorização ou permissão com vistas à obtenção de alguma vantagem já estava tipificado pelo delito de corrupção passiva, com penas bem mais severas, aliás. Ou ainda, no sentir de Justino de Mattos Ramos Netto, tratar-se-ia de espécie de crime de prevaricação "no combate ao ilícito ambiental, quando a conduta típica do funcionário público está enquadrada no referido núcleo do tipo, pois este crime previsto na legislação ambiental exige fim específico: a satisfação de interesse pessoa, por meio da concessão irregular da licença, no sentido amplo da palavra" (2004: 359).

Já se apontou, nos comentários ao art. 66 da Lei 9.605/1998, o quanto fossem autorização e licença. Ainda com Hely Lopes Meirelles, tem-se que permissão é "o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral" (2009:191-192).

A expressão "em desacordo com as normas ambientais" remete o leitor à necessidade de enveredar-se nas sendas administrativas para aferir a tipicidade de um caso concreto. A competência concorrente em matéria ambiental gera, na prática, uma miríade de órgãos dos diversos entes que devem atuar para que

10. "Art. 67. Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa."

um determinado empreendimento, por exemplo, possa se viabilizar. Nasce, assim, como ilustra trecho do voto do Relator transcrito, em parte, abaixo, o dever de quem concede a licença, a autorização ou a permissão de investigar quais atos devem ocorrer para que a concessão possa se dar, de um lado, e o de dar máxima publicidade de suas decisões para os demais órgãos, de outro:

"Indiscutível que em tema de meio ambiente e, por consequência, o licenciamento ambiental, expressamente inserido dentre aqueles cuja competência administrativa é comum, as entidades federativas devem buscar cooperação mútua, a fim de evitar sobreposição de atuação e atingir o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar da coletividade.

É certo que ao estabelecimento da competência para o licenciamento, adota-se um critério da extensão do impacto ambiental do empreendimento. Contudo, deve o órgão ou entidade competente à prática desse ato administrativo oportunizar os demais órgãos ambientais envolvidos na área de influência do empreendimento a manifestarem-se, a fim de evitar qualquer vício de legalidade, a gerar a ilegitimidade do licenciamento.

Ocorre que a licença que não goze de legitimidade não gera direito subjetivo, revelando-se desprovida de qualquer efeito constitutivo.

Sobre o tema já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a saber: 'A licença irregular, da qual, pressuposta a nota de contrariedade às normas reguladoras de sua expedição, e como tais, condicionantes de sua validade jurídica, não advém direito subjetivo, garantia formal, nem efeito constitutivo nenhum, pela vulgar razão de que, em princípio, de ato *contrarius* não exsurge nenhum direito (TJSP, MS 105.307-1, j. 20.09.88, v.u., rel. Des. Cezar Peluso)'" (TRF-2.ª Reg., RSE 2003.51.01.5054602).

Se o agente público que conceder a permissão não compuser a Administração ambiental, a exemplo de um Secretário de Habitação que autoriza, sem respaldo do Poder Público competente, aterro em terreno localizado em área de preservação ambiental (manguezal), não comete o delito do art. 67 da Lei 9.605/1998, porém o do art. 50 da Lei 9.605/1998: "Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação. Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa" (TRF-4.ª Reg., APn 2003.04.01.037323-9/SC, 4.ª Seção, j. 18.09.2008, rel. Des. federal Luiz Fernando Wowk Penteado).

Não se considera típica, porém, a elaboração de parecer jurídico idôneo que, de alguma forma, sirva de subsídio para autorização e permissão, posteriormente considerada "em desacordo com as normas ambientais", como bem o decidiu o TRF da 2.ª Região (HC 2006.02.01.011444-9, 2.ª T. especializada,

j. 13.02.2007, rel. Des. Federal Messod Azulay Neto). Não bastasse ser o operador do direito inviolável em suas opiniões, não se pode deduzir dolo de uma opinião contrária ao que consideraria correta o Ministério Público, mormente quando amparada em precedente judicial a dar esteio àquela posição.

Um aspecto central, todavia, diz respeito ao âmbito do proibido. Abarcaria o tipo penal a concessão materialmente correta, porém em instrumento inidôneo ou fruto de procedimento cujo trâmite não foi perfeitamente observado? Em outras palavras, estar-se-ia criminalizando a mera inobservância das regras administrativas?

A resposta deve ser negativa. A incriminação da mera infração administrativa equivaleria a forma objetiva de punibilidade, de um lado, e desvinculada de qualquer relação com o bem jurídico protegido, de outro. Em qualquer caso, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a concessão de ato que não atendeu aos ditames normativos ambientais deverá refletir, forçosamente, em dano ou perigo concreto ao meio ambiente, sob pena de faltar-lhe tipicidade. Nas palavras de Alamiro Velludo Salvador Netto: "A norma, ao ser promulgada, possui uma finalidade compactuada com um sentido social que se deseja evitar (relação de poder), criando ao intérprete a necessidade de perceber um juízo teleológico no ato de subsunção, capaz de efetivar a correspondência entre aquele ato determinado e o conjunto de condutas que pretende ser reprimido com o modelo tipificado" (2006: 140).

– *Art. 68 da Lei 9.605/1998*[11]

Já se consignou a estratégia de turbinar a norma administrativa por meio sua incriminação; de igual forma, aquela de alçar a Administração ambiental à condição de bem-jurídico de anteparo ao meio ambiente. O que se tem na presente norma, assim, é o epifenômeno mais bem elaborado e, por conseguinte, exagerado, dessa tendência. O delito contido no art. 68 da Lei 9.605/1998 é, em resumo, a criminalização da transgressão a dever legal, ou, ainda mais grave, contratual. Ter-se-á a primeira hipótese de criminalização de quebra contratual na legislação brasileira.

Vladimir e Gilberto Passos de Freitas consideram-no tipo aberto, "ou seja, cuja abrangência alcança uma grande quantidade de situações fáticas" (2001: 215). Também assim, Sirvinkas (2004: 228) para quem a locução "obrigação

11. "Art. 68 Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de 3 (três) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da multa."

de relevante interesse ambiental" é "todo assunto que direta ou indiretamente afete a coletividade em seu meio ambiente".

Édis Milaré e Paulo José da Costa advertem que "o tipo é demasiadamente aberto, pondo em perigo o princípio da certeza do direito" (2002: 194). Alamiro Velludo Salvador Netto, ao ponderar eventuais virtudes do emprego de tipos abertos em sistemas penais abertos, vale-se justamente da "quantidade de situações fáticas" compreendidas (ou compreensíveis) no tipo penal dito aberto, para impor-lhe um limite, sob pena de tornar-se um não tipo: "Ao deparar com o tipo penal, o intérprete deve ao menos ser capaz de inferir um conjunto de situações factuais que visam ser evitadas pelo legislador. O que, tantas vezes, sequer é respeitado. Uma descrição penal que torna infindáveis as possibilidades, sem qualquer limitação ao poder de punir, não se trata de um tipo aberto, mas de verdadeiro não tipo" (2006: 40). Parece ser precisamente o caso, para as hipóteses de quebra contratual, fazendo coro, assim, a Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto, que se posicionam pela inconstitucionalidade do tipo, no tocante à quebra de dever contratual (2006: 68).

Os tribunais brasileiros são cautelosos (quando não reticentes) em reconhecer a inconstitucionalidade de normas penais incriminadoras, preferindo recorrerem a estratégias hermenêuticas salvacionistas. Trata-se, em regra, de manter a integridade da norma, exigindo do intérprete, porém, maior rigor, justamente em razão da amplitude do tipo.

Assim, por exemplo, o STJ, ao apreciar a tese de inépcia de denúncia, em sede do art. 68, ponderou que, precisamente em virtude da amplitude do tipo, há que se descrever não apenas o dever descumprido, como também a demonstração da natureza desse dever, "qual seja, de 'relevante interesse ambiental', não bastando o simples predicamento do dever em causa" (HC 54.211/MT, 6.ª T., j. 11.09.2007, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 22.10.2007).

No tocante à conduta omissiva, também assim se posicionou o STJ, ao fixar, a exemplo do REsp 605.343, a necessidade de o binômio "poder agir" *e* "dever agir" serem expressamente apontados:

"A não realização da conduta devida (*ex vi* art. 68 da Lei 9.605/1998) ou, então, a realização de uma diversa daquela que é devida, pode perder, in concreto, interesse penal quando, v.g., o sujeito ativo não tem a efetiva possibilidade de realizar, o por assim dizer, ordenado (cf. E. R. Zaffaroni. *Derecho penal*, 2000, p. 545). Na mesma linha, se a não realização está ainda que momentaneamente acobertada por uma decisão judicial".[12]

12. Trecho do voto do Min. rel. Félix Fischer, em decisão assim ementada: "Penal e processual penal. Recurso especial. Crime contra a administração ambiental (art. 68 da

– *Art. 69 da Lei 9.605/1998*[13]

Furtar-se à ação fiscalizadora do Estado tem sido considerado penalmente relevante há muito tempo entre nós. Em verdade, pune-se, já no Código Penal, por exemplo, ardis que visem livrar o autor do delito das sanções que lhe seriam cabíveis. Em sede de direito penal secundário, vide a previsão contida no art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.137/1990: "A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V". Eis a *ratio essendi* no delito contido no art. 69.

Como conciliar tal dispositivo com o direito de não provar contra si (art. 5.º, LXIII, da CF c/c o art. 8.º, 2, *g*, do Pacto de San José da Costa Rica)? Quanto ao alcance dessa garantia, não há o que se acrescentar à lição do Min. Celso de Mello, relator do HC 79.812:

"(...) o privilégio contra a autoincriminação (...) traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5.º, LXIII, da nossa Carta Política. (...) Com o explícito reconhecimento dessa prerrogativa, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do *due process of law*. (...) Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. Trata-se de prerrogativa, que, no autorizado magistério de Antônio Magalhães Gomes Filho (*Direito à prova no processo penal*, p. 111, item n. 7, Ed. RT, 1997), 'constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo...'."

Tem-se, assim, que não se pode obrigar o acusado a agir positivamente para incriminar-se, postulado que não abarca o direito de agir positivamente com

---

Lei 9.605/1998). Omissão. Liminar. Dolo.

I – A verificação de justa causa para a persecução criminal pode ser realizada em sede *habeas corpus* desde que, para tanto, em decisão concretamente fundamentada, seja despiciendo o cotejo de dados controvertidos e polêmicos. A prova, suficiente e convergente, pode supedanear a concessão do *writ*.

II – Em sede de omissão, é fundamental que o sujeito ativo tenha a efetiva possibilidade de realizar a conduta legalmente ordenada. Tal obrigação pode, momentaneamente, ser afastada quando incidir, como no caso, uma decisão judicial. Recurso desprovido" (STJ, 5.ª T., j. 02.12.2004).

13. "Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

vistas a obstar que terceiro, no exercício do regular dever de fiscalização, produza provas contra si. O direito de abster-se não se confunde com o direito de impedir a ação de agente público imbuído de seu dever, cujo revés é a obrigação de realização de determinados ditames administrativos, incluso franquear o acesso da fiscalização.

Seja como for, ensina Regis Prado que: "As condutas alternativamente punidas são representadas pelos seguintes verbos: a) *obstar* (impedir, causar embaraço ou impedimento); b) *dificultar* (tornar difícil ou custoso). Incrimina-se, pois, a causação de embaraço ou empecilho que obstem ou dificultem a ação fiscalizadora do Poder Público (federal, estadual ou municipal) no trato de questões ambientais (avaliação de danos, determinação de prejuízos, inspeção de objetos ou locais etc.) (2006: 541).

Ao contrário dos demais tipos, este se dirige precipuamente à pessoa física, admitido, contudo, ser perpetrado por funcionário público, nos termos de precedente do TRF da 5.ª Região, que confirmou condenação de funcionário do Ibama que criou dificuldade e obstáculos à fiscalização de seus atos, sobre os quais sopesava acusação de irregularidade (ApCrim 2003.84.00.005315-9, rel. Des. federal Margarida Cantarelli). Nesse caso, interessantemente, a denúncia deu-se com base no art. 68, por entender o Ministério Público que, na condição de chefia, o acusado deveria ter agido para evitar irregularidades.

O tipo pode ser realizado nas formas comissiva e omissiva, bastando que haja obstáculo ou dificuldade à ação fiscalizadora que deverá ser legítima e em observância aos estritos limites legais. Assim, aquele que se negar a admitir a entrada em sua propriedade de agentes não identificados não cometerá fato típico.

Em razão da amplitude do tipo, o TRF da 1.ª Região considerou haver adequação típica entre o art. 69 e a conduta do sujeito que, instado por agentes do Ibama a deixar área cuja ocupação estava proibida (Área de Proteção Ambiental do Rio Descoberto), "mostrou-se bastante nervoso, exaltado, chegando a colocar uma das mãos nas costas como se fosse pegar algo, momento esse, em que os fiscais o imobilizaram, acreditando que Gersino iria sacar uma arma, tendo em vista que o mesmo já tinha mostrado uma arma aos fiscais em ocasiões anteriores no mesmo local" (ReCrim 2003.34.00.042715-6/DF, juiz rel. Mário César Ribeiro). No mesmo sentido, precedente do TRF 2.ª da Região, no sentido de que configura o delito em análise obstar o acesso do Ibama a embarcação que se encontrava fundeada, sem permissão, em reserva extrativista da Marinha (HC 2010.02.01.015669-1, j. 14.12.2010, rel. Des. Federal André Fontes).

– *Art. 69-A da Lei 9.605/1998*[14]

O novo tipo penal, acrescentado em 2006, incrimina a elaboração de estudo, laudo ou relatório ambiental falso em licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo.

A falsificação de documento público já vinha tipificada no art. 297 do CP, havendo inclusive causa de aumento de pena, na hipótese de o autor ser funcionário público (§ 1.°). Também assim a inserção, em documento público, de informação diversa da que deveria ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (art. 299 do CP). O uso de quaisquer deles também está tipificado no art. 304 do CP. O novo tipo mostra-se, assim, desnecessário. Aliás, a inserção de informação falsa em licenciamento ambiental já vinha apenada no art. 66 da Lei 9.605/1998.

No tocante aos elementos em branco, tem-se que o licenciamento das atividades modificadoras do meio ambiente previstas no art. 2.° da Res. Conama 1/1986 dependerá de elaboração de *estudo* de impacto ambiental, bem como de *relatório* de impacto ambiental. Laudo é termo genérico que designa "texto com parecer técnico (de médico, engenheiro, perito) como conclusão de exame, perícia, avaliação".

A Lei 11.284/2006 regulamentou a gestão de florestas públicas para produção sustentável, criando, para tanto, o Serviço Florestal Brasileiro e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (art. 1.° da Lei 11.284/2006). A referida gestão compreende, dentre outros, a *concessão florestal* (art. 4.°, III, da Lei 11.284/2006), que será autorizada em ato do poder concedente e formalizado mediante contrato (art. 7.° da Lei 11.284/2006). Trata-se de contrato de concessão, ou seja, "o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais" (MEIRELLES, 2009: 263).

Particularidade desse tipo penal é o agravamento da pena pelo resultado, transformando-o em um delito qualificado pelo resultado, ou seja, "delitos

14. "Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão.
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
§ 1.° Se o crime é culposo:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.
§ 2.° A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa."

dolosos, cujo cometimento engendra outro resultado, mais grave. O art. 227, I, [do CP alemão] oferece um exemplo clássico: cause o agente por meio da lesão corporal (arts. 223 a 226) a morte da pessoa lesionada, então a pena será privativa de liberdade, não menor do que três anos" (Roxin, 2006: 331). Juarez Cirino dos Santos adverte tratar-se tal forma de incriminação resquício medieval do *versare in re illicita* do direito canônico, eis que seria responsabilidade penal sem culpa por consequências resultantes da realização de uma ação proibida (2008: 197).

Com efeito, seus críticos apontam que essa modalidade feriria o princípio da culpabilidade ou a garantia de igualdade. Roxin, em que pese dar-lhes razão, sustenta que seria o caso de limitar a figura à causação leviana de um resultado grave. Em verdade, essa categoria agruparia apenas aqueles comportamentos profundamente aptos a expor a vida a perigo (*hochgradig lebensgefährliche Handlungen*) (2006: 32).

Não parece ser o caso dos delitos ambientais.

Seja como for, a prevalecer a legalidade do referido tipo, há que se atentar para as limitações apontadas pela doutrina, sob pena de ter-se responsabilidade penal sem culpa, vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Alerta Juarez Cirino dos Santos que a imprudência contida na ação dolosa antecedente não basta para a imputação do resultado mais grave ao autor: é preciso que tal resultado seja definido como produto do risco por ele criado, ou ainda, como resultado previsível (consequência provável) da ação (2008: 198-199).

De mais a mais, a interpretação do que sejam danos "significativos" deverá ser rigorosa. Apenas poder-se-á cogitar da qualificação pelo resultado, quando ele representar uma lesão significativa, singular, expressiva ao meio ambiente, não se admitindo presunções ou juízos especulativos ou probabilísticos. Do contrário, ter-se-á verdadeiro delito "bônus": partindo da premissa que toda inobservância de dever administrativo pode impactar o meio ambiente (premissa dos delitos ambientais de perigo), a realização do art. 69-A da Lei 9.605/1998 sempre redundaria em lesão ao meio ambiente, de sorte que sempre seria agravada pelo resultado. Versão moderna e odiosa do *versari in re illicita*, há séculos – em tese – expurgada dos ordenamentos jurídicos civilizados.

3.3 Pena e processo

A rápida leitura dos tipos penais revela que quase todos eles gozam do mesmo desvalor na medida em que recebem a mesma pena. Quando dolosos, receberão a reprimenda de detenção, de um a três anos e multa (à exceção do art. 66 da Lei 9.605/1998, punido com reclusão); quando culposos, serão ape-

nados com detenção, entre três meses e um ano, sem prejuízo da multa. O art. 69-A da Lei 9.605/1998 representa exceção, com pena de reclusão que oscila entre três e seis anos, além da multa.

O *quantum* das penas, cujas mínimas são iguais ou menores que um ano, autoriza a aplicação da suspensão condicional do processo, expressamente aplicável aos delitos contidos na Lei 9.605/1998 em virtude do art. 28. O mesmo dispositivo, todavia, impõe determinadas particularidades. O inc. I do art. 28 da Lei 9.605/1998 prevê que a extinção da punibilidade após a expiração do prazo de suspensão do processo, sem sua revogação, prevista no § 5.º do art. 89 da Lei 9.099/1995, "depende de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inc. I do § 1.º do mesmo artigo". Constatada a referida impossibilidade, o prazo de suspensão será prorrogado por mais um ano (até o máximo de cinco), com suspensão do prazo de prescrição (inc. II), sendo que durante a prorrogação não se observarão, por força do inc. III: as proibições de frequentar determinados lugares (art. 89, II, da Lei 9.099/1995), de ausentar-se o acusado da comarca onde reside, sem autorização judicial (art. 89, III, da Lei 9.099/1995), bem como a necessidade de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 89, IV, da Lei 9.099/1995).

Uma nova prorrogação é prevista no art. 28, IV, da Lei 9.605/1998, nos seguintes termos: "Findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação de dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inc. II deste artigo, observado o disposto no inc. III". Roberto Delmanto, Roberto Dalmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto interpretam o mencionado texto legal no seguinte sentido: a expressão "até o máximo previsto no inc. II" como sendo uma autorização para que a prorrogação seja estendida, uma vez mais, por mais cinco anos. Não se lhes pode fazer coro, nesse particular. A preposição "até", nas palavras de Houaiss, expressa um limite posterior de tempo; assim, "até o máximo previsto no inc. II" não significa o acréscimo de qualquer novo período, ao revés, revela que, na hipótese de a primeira prorrogação não ter sido determinada no tempo máximo, cinco anos, restará ao magistrado a possibilidade de estender o período por mais um ano, respeitado o máximo do inc. II, ou seja, de cinco anos.

Para os delitos culposos, cujas penas máximas não excedem um ano, é expressamente aplicável a transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995, com as ressalvas do art. 27 da Lei 9.605/1998, a saber, a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade. "A composição dos danos civis", reza o art. 74 da Lei 9.099/1995, "será reduzida a escrito

e homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente".

Há que se fazer ainda uma ponderação. Em que pese o tormentoso debate quanto à constitucionalidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, certo é que a elas não se pode aplicar, por motivos evidentes, penas privativas de liberdade. Tanto assim que a própria Lei 9.605/1998 teve de elaborar um rol de reprimendas aplicáveis às sociedades. Ocorre que no momento de elaboração das normas penais incriminadoras, fez o legislador constar do preceito secundário apenas as penas aplicáveis às pessoas físicas, olvidando das cabíveis às jurídicas. Busque o leitor, na parte geral da referida lei, uma regra de conversão dessas penas restritivas em direitos em outras cabíveis às pessoas jurídicas e não as encontrará. Ferido o princípio da taxatividade e, por conseguinte, o da legalidade, de tal sorte que eivados os tipos penais de inconstitucionalidade. Assim a lição de Sérgio Salomão Shecaira: "Podemos afirmar: a falta de critério do legislador para redação dos arts. 21 a 24 da Lei 9.605/1998, que fala das penas aplicáveis à pessoa jurídica, fulminou de inconstitucionalidade as sanções previstas aos entes coletivos" (2002: 461).

Frequente, por fim, a incriminação das condutas, se lhes apenando com a multa, cujo cálculo será determinado pelos critérios estabelecidos no Código Penal, por força do art. 18 da Lei 9.605/1998. A novidade está na possibilidade de ser aumentada em até três vezes, considerando-se o valor da vantagem econômica auferida pelo infrator. Trata-se de exasperação que busca imprimir efetividade na reprimenda penal.

Surge, assim, interessante questão. O art. 49 do CP prevê, para o cálculo da multa, duas fases: na primeira, fixa-se o número de dias-multa, entre 10 e 360; em seguida, deve determinar o valor do dia-multa, compreendido entre um trinta-avos e cinco salários mínimos. Na primeira fase, sopesa-se a gravidade do delito; na segunda, a condição econômica do agente. Ocorre que o art. 60, § 1.°, do CP, prevê que o juiz poderá aumentar a multa até o triplo, se ele "considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo". Poder-se-ia, então, fixada a multa segundo os critérios do art. 49 do CP, triplicá-la, atendendo ao preceito do art. 60, § 1.° e depois mais uma vez, autorizado pelo art. 18 da Lei 9.605/1998?

Tenho que não, na medida em que o art. 18 da Lei 9.605/1998 serve a reproduzir, na lei ambiental, o mesmo que Código Penal previa em seu art. 60, § 1.°. Isso porque ambas as normas estão fundadas na mesma *ratio essendi*, isto é, buscar maior efetividade por meio de um aumento especial do valor da multa. A aplicação do fator por duas vezes seria *bis in idem*.

4. CONCLUSÕES

No afã de buscar conferir efetividade ao ordenamento jurídico-administrativo, chamou-se o direito penal a punir com sua sanção peculiar, ao menos no que toca aos delitos ditos contra a Administração ambiental, desobediências a deveres legais, quando não contratuais. Por se tratar de bem jurídico (*rectius:* função) muito poroso, optou o legislador por tipos abertíssimos, com recurso a expressões vagas e imprecisas.

A lesão ao dever público quando do exercício da função ambiental já encontrava suficiente tutela no direito penal clássico, havendo figuras típicas para o descumprimento de dever com ou sem ganho econômico (prevaricação, corrupção), para falsidades (art. 299 do CP e ss.), para desobediência etc.

Em não havendo, porém, ao que se depreende a partir dos ainda apoucados julgados referentes aos delitos contra a administração ambiental, inclinação do Judiciário em considerá-las inconstitucionais (porquanto não protegem bens jurídicos) ou ilegais (quando abusam de expressões vagas e da técnica de tipos porosos), há que se, ao menos, conferir interpretação estreitíssima a esses tipos penais, em todas as fases de análise do delito: no que tange ao bem jurídico, que deverá ser a probidade e moralidade dos atos da administração e não a Administração como função; no que tange ao tipo penal, cujas expressões vagas deverão abarcar apenas casos extremes, sobre os quais não paire dúvida quanto à adequação típica; e, por fim, no que tange à lesividade, sob pena de se implementar responsabilidade penal objetiva decorrente da mera inobservância de dever administrativo (ou contratual), em especial após o advento do art. 69-A da Lei 9.605/1998.

5. BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. III.

_____. *Tratado de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. I.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal econômico e social português. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. 7. ed. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____; _____. 8. ed. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental: comentários à Lei n. 9.605/98*. Campinas: Millenium, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. III.

_____. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

RAMOS NETTO, Justino de Mattos. Crimes contra a administração ambiental. In: SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. *Estudos de direito penal: aspectos práticos e polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Munique: C. H. Beck, 2006. vol. I.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICC, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: _____; D'ÁVILA, Fábio Roberto (orgs.). *Direito penal secundário*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

TANGERINO, Davi; CANTERJI, Rafael. Estado, economia e direito penal: o direito penal tributário no liberalismo, no *wellfare State* e no neoliberalismo. In: _____; GARCIA, Denise (orgs.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa, de Luís Greco – *RBCCrim* 58/152;
- Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal, de Marcelo Leonardo – *RBCCrim* 37/153;
- Fundamentos da tutela penal ambiental, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 818/435;
- O mito da responsabilidade objetiva no direito ambiental sancionador: imprescindibilidade da culpa nas infrações ambientais, de Eduardo Fortunato Bim – *RDA* 57/33;
- Observações sobre os crimes contra a administração ambiental, de Nicolao Dino de Castro e Costa Neto – *RDA* 29/59; e
- Princípios do direito ambiental e tutela penal, de Paulo Affonso Leme Machado – *RT* 894/383.

BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI 7.492/1986

2

DIOGO MALAN

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Coordenador e Professor do curso de Direito Penal Econômico da FGV-RJ. Professor adjunto da FND/UFRJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Estudo sobre o bem jurídico tutelado pela Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986).

ABSTRACT: This paper addresses the protected legal interest according to the Law number 7.492/1986 of crimes against the national financial system.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional - Lei 7.492/1986.

KEYWORDS: Legal asset - Crime against the national financial system - Law number 7.492/1986.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceito de *instituição financeira* (art. 1.º da Lei 7.492/1986) - 3. Concepções *garantista* e *personalista* de bem jurídico-penal - 4. Fenômeno da *administrativização* do Direito Penal - 5. Conceito de *bem jurídico-penal econômico* - 6. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986 - 7. Conclusão - 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, em sede doutrinária são apontados como bens jurídicos tutelados pela Lei 7.492/1986 "a boa execução da política econômi-

ca do Governo";[1] "a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de suas instituições";[2] "a boa execução do Sistema Financeiro Nacional"[3] e expressões afins.

Com pequenas variações entre si, tais conceitos de *bem jurídico* – palavra densamente valorativa – a expressam *juízo de valor* no sentido da *justificação* de sua tutela penal.

Nada obstante, todos esses conceitos compartilham duas características essenciais: (a) *imprecisão teórico-conceitual* e (b) *tutela de políticas estatais ou funções da Administração Pública.*

A questão do bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986, longe de representar interesse tão só acadêmico, possui inequívoca importância *prática.*

Com efeito, os sobreditos conceitos doutrinários tradicionais têm como *consequência direta* – decerto não desejada pelos seus respectivos artífices, mas nem por isso menos inexorável – o *esvaziamento* do conteúdo material do conceito de *bem jurídico-penal* e o subsequente *recrudescimento* do poder punitivo estatal.

De fato, ao longo do presente estudo tentar-se-á demonstrar que uma ideia de bem jurídico-penal, que é *conceitualmente imprecisa, abstrata* e *acessória* a políticas/funções da Administração Pública, enseja significativo *empobrecimento* dos pressupostos da punibilidade que, por sua vez, é incompatível com os princípios constitucionais penais democráticos.

Vale dizer: em vez da *comprovação empírica* de *relação causal* entre conduta humana e *dano* (ou *risco concreto*) a bem jurídico *preciso, constitucionalmente relevante* e *individual*, passa-se a legitimar punição baseada em juízo de tipicidade *formal* da conduta – *presumindo-se* suposta colocação em perigo (empiricamente indemonstrável) de conceitos *imprecisos, efêmeros* e *abstratos* (políticas públicas e funções administrativas estatais).

O objetivo deste ensaio, portanto, é manifestar respeitosa divergência quanto às tradicionais concepções doutrinárias acerca do bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986 e modesta proposta de sua redefinição.

Entendemos que tal abordagem é útil e oportuna.

---

1. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional.* São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 34, 44, 50 etc.
2. MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional.* São Paulo: Malheiros, 1996. p. 48.
3. COSTA JÚNIOR, Paulo José da et al. *Crimes do colarinho branco.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 71.

A uma, porque o instituto do bem jurídico ocupa lugar de destaque no Direito Penal, cumprindo, dos pontos de vista político-criminal, exegético e dogmático, importantes funções de *legitimação*, *interpretação* e *sistematização teleológica* das normas penais incriminadoras.[4]

A duas, pois a Lei 7.492/1986 antecede a Carta Constitucional ora em vigor, devendo aquela ser reinterpretada conforme o ordenamento jurídico-constitucional democrático e seus princípios de garantia do cidadão.

A três, na medida em que a conceituação do bem jurídico tutelado nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não pode prescindir dos conceitos de *instituição financeira* da própria Lei 7.492/1986 e da teoria econômica – os quais revelam que o Sistema Financeiro Nacional não é fim em si mesmo, e sim *meio para a realização de fins individuais*.

2. CONCEITO DE *INSTITUIÇÃO FINANCEIRA* (ART. 1.º DA LEI 7.492/1986)

Segundo a acepção teórico-conceitual da Economia, *instituição financeira* é aquela que opera com *valores de natureza monetária* (compra; venda; câmbio; mercado de capitais etc.).

Assim sendo, a característica essencial dessa espécie de instituição é sua *função intermediadora financeira*, que engloba as atividades de recebimento, transformação e repartição de disponibilidades financeiras próprias e de terceiros.[5]

Mais especificamente, a *instituição financeira* pode ser conceituada como sendo a "instituição que arrecada fundos do público para colocá-los em ativos financeiros como ações, títulos, instrumentos do mercado monetário, depósitos bancários ou empréstimos. As instituições depositárias (bancos, instituições de crédito e poupança, bancos de poupança, cooperativas de crédito e poupança) pagam juros sobre os depósitos e investem os recursos deles decorrentes, principalmente, em empréstimos. As instituições não depositárias (companhias de seguros, planos de pensão) arrecadam recursos através da venda de apólices de seguro ou do recebimento de contribuições dos empregados e os desembolsam para satisfação dos benefícios estabelecidos nas apólices ou para pagamento de benefícios de aposentadoria".[6]

---

4. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *RCP* 5/5.

5. BIDERMAN, Maria Tereza Camargo. *Dicionário de termos financeiros e bancários*. São Paulo: Disal, 2006. p. 242.

6. DOWNES, John; GOODMAN, Jordan Elliot. *Dicionário de termos financeiros e de investimento*. São Paulo: Nobel, 1993. p. 171-172.

Desse conceito é lícito concluir que o *core business* da instituição financeira é a *gestão profissional, mediante oferta pública, de ativos financeiros pertencentes a terceiras pessoas*.

Não discrepa desse conceito a interpretação autêntica de *instituição financeira* contida no art. 1.º da Lei 7.492/1986.

Segundo tal dispositivo, deve ser considerada *instituição financeira* para fins jurídico-penais toda pessoa física ou jurídica (de direito público ou privado) que tenha como atividade principal: "a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários".

Ademais disso, são pessoas equiparadas às instituições financeiras todas as entidades que captem ou administrem "seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros" (art. 1.º, I, da Lei 7.492/1986) e as pessoas naturais que exerçam esse tipo de atividade, ainda que de forma eventual (art. 1.º, II, da Lei 7.492/1986).

Em razão dessa opção política do legislador da Lei 7.492/1986, o conceito jurídico-penal de *instituição financeira* não se confunde com aqueles contidos em outros dispositivos legais, notadamente o art. 1.º, § 1.º, da LC 105/2001[7] e o art. 17 da Lei 4.595/1964.[8]

---

7. "Art. 1.º (*omissis*)
§ 1.º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:
I – os bancos de qualquer espécie;
II – distribuidoras de valores mobiliários;
III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;
V – sociedades de crédito imobiliário;
VI – administradoras de cartões de crédito;
VII – sociedades de arrendamento mercantil;
VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
IX – cooperativas de crédito;
X – associações de poupança e empréstimo;
XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
XII – entidades de liquidação e compensação;
XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional."

8. "Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou

Com efeito, o conceito jurídico-penal de instituição financeira delineado pelo art. 1.º da Lei 7.492/1986 é mais restrito, não abrangendo, por exemplo, a gestão de ativos *próprios*.

Curioso notar que a redação original da Lei 7.492/1986 buscava incriminar também a conduta da instituição gestora de recursos *próprios*.

Não obstante, tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, ao argumento de que ele tornaria o conceito de *instituição financeira* muito abrangente, a ponto de abarcar o investidor individual, o que a toda evidência não foi o intuito do legislador (Mensagem de Veto 252/1986).

Ademais, igualmente se poderia argumentar que o dano aos próprios recursos é comportamento *autolesivo*, que não autoriza a intervenção do Direito Penal à luz do princípio da *ultima ratio*.

O conceito de instituição financeira para fins penais contido no dispositivo legal em apreço é um dos *elementos-chave* para a correta delimitação do bem jurídico penalmente tutelado pela Lei 7.492/1986.

De fato, se a pedra angular das atividades das instituições financeiras é a *gestão profissional, mediante oferta pública, de ativos financeiros de propriedade alheia*, é lícito concluir que esses ativos consistem no *bem jurídico final*, objeto de proteção penal.

Essa conclusão parcial é de suma importância no contexto das concepções *garantista* e *personalista* de bem jurídico-penal, conforme se demonstrará adiante.

Por fim, cabe assinalar que o conceito jurídico-penal de *instituição financeira* contido no art. 1.º da Lei 7.492/1986 permanece excessivamente amplo.

Não há porque se estender tal conceito, por exemplo, à pessoa *física* que, episodicamente, realize a aplicação de recursos pertencentes ao próprio cônjuge, familiares ou amigos, de maneira *informal* e *gratuita*.

Segundo Arnaldo Malheiros Filho, o que caracteriza a instituição financeira é o exercício *conjunto* dessas três atividades – (a) captação, (b) intermediação e (c) aplicação de recursos alheios – através de *oferta pública*.

Na concepção do sobredito autor, a instituição financeira deve ser conceituada como sendo a sociedade empresarial que tem como atividades a inter-

---

de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual."

mediação, a captação e aplicação de recursos de terceiros, *oferecendo ao público seus serviços, na qualidade de fornecedor.*

A esse conceito devem ser equiparadas as *corretoras de câmbio* (embora elas sejam apenas intermediárias), as *bolsas de valores* e os *consórcios de autofinanciamento.*

Estes últimos caracterizam mecanismos de manuseio da poupança popular, conquanto eles sejam a própria negação da atividade financeira, pois as pessoas que os procuram justamente porque optaram por não se dirigir a uma instituição bancária, para contrair empréstimo.[9]

3. CONCEPÇÕES *GARANTISTA* E *PERSONALISTA* DE BEM JURÍDICO-PENAL

O *bem jurídico-penal* é instituto de difícil conceituação, devido à variegada e heterogênea gama de bens, valores, relações e interesses sociais que o Direito Penal visa a resguardar.[10]

Pode-se conceituá-lo como sendo a "expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso".[11]

Tal conceito reflete concepção *teleológico-funcional* e *racional* do conceito material de crime, que é a única compatível com os valores imanentes ao Estado Democrático de Direito.

Essa natureza *teleológico-funcional* decorre da necessidade de se delimitar o conceito material de delito *à luz das funções* outorgadas ao Direito Penal no âmbito do sistema social.

O cariz *racional*, por sua vez, decorre da função do Direito Penal de proteção subsidiária daqueles bens jurídicos que se revestem de *dignidade jurídico-penal.*[12]

---

9. MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Apontamentos manuscritos das aulas ministradas no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra/IBCCrim, nos dias 05 e 06.08.2004.

10. Sobre as origens históricas e variegadas concepções teórico-conceituais acerca do bem jurídico-penal, vide HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal.* Santiago: ConoSur. 1992.

11. DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: conceito material de crime. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas.* São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 51-85.

12. Idem, p. 61-62.

À luz da concepção em apreço, a legitimação do conceito de *bem jurídico-penal* pressupõe as seguintes condições:

A uma, o seu conteúdo *material* – consubstanciado em grau significativo de *concretude* ou *materialização* – para torná-lo útil como parâmetro norteador do conceito material de crime.

Via de consequência, esse conteúdo material não corresponde ao teor daquelas figuras delitivas que buscam representá-lo e tampouco aos métodos de interpretação e aplicação do Direito.

A duas, a sua função *crítica* das normas penais incriminadoras vigentes e futuras, funcionando como autêntico critério de legitimação das atividades legislativas de criminalização/descriminalização de condutas.

Assim, o conceito de bem jurídico-penal é *transcendente* ao sistema normativo em vigor.

Por derradeiro, o seu caráter *político-criminalmente orientado* e endógeno com relação ao ordenamento jurídico-constitucional, o qual é a principal referência axiológica no processo de seleção de bens jurídico-penais relevantes.[13]

Nesse último sentido se fala em uma concepção *material-constitucional* de bem jurídico-penal, segundo a qual este último deve expressar as condições essenciais da vida humana em sociedade refletidas nos valores inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito, sendo adotadas pelo texto constitucional.[14]

A teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli implica concepção *autolimitada* do Direito Penal, em razão de ideário político *humanista, laico* e *minimalista* acerca do poder punitivo estatal.[15]

Por conseguinte, a exigência de *dano efetivo* ou de *risco palpável* de dano à terceira pessoa para justificar moral e politicamente a criminalização de condutas é o primeiro e principal aporte do garantismo ao conceito de bem jurídico-penal.

Sua importância reside na demarcação qualitativa da esfera de criminalização legítima, excludente de: (a) comportamentos ofensivos tão só à moral, aos bons costumes, aos sentimentos cívicos e comunitários etc.; (b) autolesões;

13. Idem, p. 65.

14. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 82 e ss. Em sentido semelhante: GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 86 e ss.

15. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. *Ciencias Penales* 15/15-27.

(c) atos internos do indivíduo; (d) vícios e patologias; (e) estados anímicos; (f) orientações religiosas, políticas, sexuais etc.; (f) características pessoais, étnicas etc.[16]

Via de consequência, segundo Luigi Ferrajoli, os bens jurídico-penais remetem à concepção de *direitos fundamentais da pessoa humana*, tanto individuais quanto coletivos, além de bens que não são propriamente *direitos* (v.g. interesse coletivo fundamental em uma Administração Pública honesta e transparente).[17]

Tal reformulação axiológica do conceito de bem jurídico-penal implica adoção do *princípio da ofensividade pessoal* (*nullum crimen sine iniuria*).[18]

Segundo este último, tal bem deve refletir (direta ou indiretamente) direito ou interesse *fundamental*, de titularidade de uma *pessoa de carne, osso, sangue, tecido e vísceras*.[19]

Tal princípio desempenha duas funções complementares: (a) *político-criminal*: circunscreve a atividade legislativa de criminalização àquelas condutas que efetivamente acarretem dano ou risco concreto a bens jurídico-penais relevantes; (b) *interpretativa* ou *dogmática*: limita as atividades interpretativas e aplicativas de normas penais incriminadoras, excluindo a incidência delas sobre condutas *formalmente típicas*, mas que não causem lesão ou perigo concreto aos bens jurídicos tutelados.[20]

Nessa toada, a delimitação legislativa dos bens jurídicos passíveis de tutela penal deve ser, rigorosamente, balizada pelo *princípio da intervenção mínima* (*ultima ratio*), do qual deriva o cariz *fragmentário* e *subsidiário* do Direito Penal.

De acordo com o primeiro, esse ramo do Direito se circunscreve às ofensas mais intoleráveis a valores considerados imprescindíveis para a vida em sociedade.

O segundo, por sua vez, torna o Direito Penal o último recurso oponível aos conflitos sociais, quando malogradas todas as medidas de política social, de controle social extrajurídico ou de controle social jurídico não penal.[21]

---

16. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 7. ed. Bari: Laterza, 2002. p. 480 e ss.
17. Idem, p. 474 e ss.
18. Idem, p. 481 e ss.
19. FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. *Ciencias Penales* 5/2-8.
20. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 28.
21. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. cit., p. 18.

Nesse diapasão, somente os comportamentos que lesionem ou coloquem em perigo *concreto* bens jurídicos *relevantes*, de titularidade de *terceiras pessoas*, podem autorizar o exercício do poder punitivo estatal.

Esses princípios penais de garantia também limitam a atividade *interpretativa* de normas penais incriminadoras.

Assim, entre diversas interpretações possíveis o exegeta deve sempre optar por excluir da incidência da norma penal incriminadora aquelas condutas humanas que sequer expõem a *risco concreto de lesão* o bem jurídico penalmente tutelado.[22]

Tal perspectiva *garantista* de bem jurídico-penal, para fins de maximização dos direitos fundamentais, deve ser conjugada com a chamada *teoria personalista.*

Trata-se de teoria que instrumentaliza os chamados bens jurídicos de titularidade difusa ou coletiva (v.g. Sistema Financeiro Nacional; Meio Ambiente etc.) em função dos *interesses individuais neles diretamente representados* (v.g. patrimônio; vida e saúde etc.).

De acordo com tal concepção personalista, o bem jurídico de cariz supraindividual não possui autonomia e legitimidade *própria e autônoma.*

Pelo contrário, tal bem possui natureza *derivada* ou *indireta*, só podendo ser criminalizado de forma legítima *caso* ele sirva diretamente a interesses individuais relevantes.

Na lição de Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde: "Sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal de Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona. Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad sólo se pueden reconocer en la medida que – mediatamente – sean también intereses de la persona".[23]

Em trabalho mais recente, o sobredito autor germânico reafirmou a sua convicção pessoal de que o bem jurídico-penal é instituto *irrenunciável*, enquanto parâmetro de política criminal do Estado Democrático de Direito.

---

22. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/151-198.

23. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 109. Não obstante, tal concepção de bem jurídico-penal traz em seu bojo um risco: a legitimação político-criminal *automática* e *por princípio* da criminalização de ofensas a bens jurídicos pessoais e determinados, independentemente da comprovação casuística da *necessidade* e *adequação* da tutela penal (BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 8-9).

Ou seja: o conceito de bem jurídico-penal é fundamento constitucional *imprescindível* para se demarcar os limites da intervenção penal legítima.[24]

Por conseguinte, querer se legitimar a incriminação de condutas destituídas de qualquer referência a bens jurídico-penais caracteriza *terrorismo de Estado*.

Para Hassemer, a definição do *bem jurídico-penal* deve ser pautada por três critérios cumulativos:

A uma, tal bem deve ser *adequado à realidade social*, incorporando as condições de vida das relações de socialização contemporâneas.

A duas, esse bem deve ser *seletivo* e *nítido*, motivo pelo qual se exige *precisão de significado* na diferenciação dos diversos objetos de tutela penal.

Por fim, o bem jurídico deve ser *universalmente compreensível*, de sorte a viabilizar o controle democrático sobre as atividades de criminalização primária desempenhadas pelo legislador.[25]

Ante o exposto, é lícito concluir que o bem jurídico-penal possui um *valor concreto*, haurido da própria realidade social, sendo parte integrante da própria condição da pessoa humana e suas projeções sociais.

Via de consequência, o sobredito valor é incorporado à norma penal incriminadora como objeto de *preferência real* desta última, sendo elemento-chave da própria *estrutura normativa* do tipo.

Tratando-se de *valor concreto* imanente ao conceito de bem jurídico-penal, tal valor condiciona tanto a validade da norma penal incriminadora quanto sua incidência casuística. Esta última pressupõe *demonstração empírica* de que o bem jurídico tutelado sofreu dano ou foi colocado em perigo concreto.[26]

Deslegitima-se, assim, a incriminação de atos de mera desobediência a *funções/políticas de gestão, controle ou regulação* da Administração Pública, pois elas são destituídas de qualquer *universalidade* e *substancialidade*.

Bem ao contrário, essas funções/políticas estatais se sujeitam tão somente a critérios de oportunidade e conveniência do administrador.[27]

---

24. HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 63-74.

25. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 95-104.

26. TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en el derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 38 e ss.

27. Idem, p. 53 e ss.

Tal concepção político-criminal atribui ao conceito de bem jurídico-penal função precipuamente *negativa* ou *crítica* do poder punitivo e *limitadora* da contemporânea tendência expansiva deste.[28]

4. FENÔMENO DA *ADMINISTRATIVIZAÇÃO* DO DIREITO PENAL

Hodiernamente aparenta ser consenso que o Direito Penal se encontra em processo de franca *expansão*, devido principalmente aos fenômenos da globalização econômica e da integração supranacional.[29]

Tal expansão tem como uma de suas consequências diretas a chamada *administrativização do Direito Penal*.

Essa expressão significa um câmbio da própria *estrutura normativa* e do *conteúdo material* das normas penais incriminadoras.

Estas últimas tendem a abandonar o tradicional paradigma liberal-clássico de *dano* a bens jurídicos *individuais*, transformando-se em figuras de *perigo presumido* a bens jurídicos *supraindividuais* – para atender a necessidades político-criminais punitivas (de antecipação da intervenção penal).

Tal mudança paradigmática se dirige à criminalização no *contexto genérico* (v.g. Sistema Financeiro Nacional; Meio Ambiente etc.) da fruição dos tradicionais bens jurídicos de titularidade individual.

Nessa conjuntura, o Direito Penal se degenera em instrumento *promocional* (ou *simbólico*) de realização de políticas públicas estatais.

Em outras palavras: o Direito Penal se torna *administrativizado*, servindo de instrumento de gestão de riscos gerais de cariz estatístico, global ou sistêmico.

Via de consequência, o Direito Penal passa a desempenhar *função idêntica àquela do Direito Administrativo sancionador*: ordenar determinados segmentos da atividade estatal, conforme determinada política de gestão setorial.

Essa nova função enseja duas graves consequências, do ponto de vista do Estado Democrático de Direito: (a) a equiparação da estrutura normativa do ilícito *penal* ao *administrativo*, enquanto ato de desobediência geral à regulação de setores da atividade estatal, eticamente neutro e independente de ofensividade concreta ou imputabilidade a pessoa determinada; (b) a incorporação,

28. NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 65 e ss.

29. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2008.

pelo Direito Penal, da flexibilização dos critérios de atribuição de responsabilidade característica do Direito Administrativo sancionador.[30]

As conceituações do bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986 como sendo "a boa execução da política econômica do Governo"; "a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de suas instituições"; "a boa execução do Sistema Financeiro Nacional" etc. são inequívocas manifestações desse fenômeno da *administrativização* do Direito Penal.

De fato, tais conceitos tratam o Direito Penal como *instrumento de regulação* das atividades exercidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e dos riscos sistêmicos a elas inerentes, conforme as momentâneas diretrizes político-econômicas (monetária, fiscal e cambial) traçadas pela autoridade governamental.

Em nome de um *pragmatismo utilitarista excessivo* – cuja finalidade aparenta ser a superação de dificuldades práticas na redação de figuras típicas e na comprovação de crimes em juízo – o *regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional* é considerado, ao menos pela doutrina majoritária entre nós, como bem jurídico merecedor de tutela penal.

Trata-se de conceito que remete a um interesse funcional ao bem-estar da sociedade, ou *bem-prestação*. Este consiste nas disponibilidades econômico-financeiras necessárias para o Estado Social de Direito se desincumbir de seus deveres constitucionais.

Do ponto de vista estrutural, esse objeto da tutela penal é assemelhado à ideia de uma *Ordem Econômica ideal*.[31]

Resta investigar se essas formulações conceituais são compatíveis com: (a) as sobreditas concepções *garantista* e *personalista* de bem jurídico-penal; (b) as garantias constitucionais penais do Estado Democrático de Direito; (c) os conceitos de *instituição financeira* cunhados pelo art. 1.º da Lei 7.492/1986 e pela Economia.

5. CONCEITO DE *BEM JURÍDICO-PENAL ECONÔMICO*

A esse propósito, é indispensável brevíssima análise do conceito de *bem jurídico-penal econômico*.

Inicialmente, na economia dirigista a Ordem Econômica era considerada a disciplina jurídica do *intervencionismo estatal na economia*.

---

30. Idem, p. 131 e ss.

31. MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 38/343-374.

Via de consequência, a concepção de *bem jurídico-penal econômico* se relacionava àquelas condutas que lesionavam ou colocavam em perigo a atividade diretora, interventora e reguladora do Estado nas relações econômicas (*concepção restritiva*).

Nada obstante, com o advento da economia de mercado, o bem jurídico-penal *Ordem Econômica* passou a ser a disciplina jurídica dos *processos econômicos de produção, circulação e consumo de bens, riquezas e serviços.*[32]

Nesse sentido, João Marcello de Araujo Junior e Marino Barbero Santos conceituam tal bem como sendo a "ordem pública econômica, entendida esta como o conjunto de normas que regulam a produção, distribuição e consumo de bens e serviços indispensáveis ao desenvolvimento nacional e à realização da justiça social".[33]

Nessa toada, o bem jurídico-penal imediatamente tutelado é o interesse patrimonial individual, ao passo que o bem mediatamente protegido é de natureza coletiva, se consubstanciando na sobredita disciplina jurídica da regulação do mercado (*concepção ampliativa*).[34]

Hodiernamente, a doutrina reconhece a dificuldade de se urdir conceito unívoco e dogmaticamente preciso de *bem jurídico-penal econômico*, pois a referida concepção ampliativa engloba comportamentos de conteúdo diverso, que lesam valores sociais heterogêneos.[35]

Ademais disso, a natureza da criminalidade econômico-financeira é diretamente condicionada pelas características *estruturais* de cada sistema econômico, em determinada conjuntura histórico-social.

Assim sendo, o conceito de *delito econômico* não possui natureza abstrata, atemporal e ontológica.

Pelo contrário, tal conceito de *crime econômico* deve ser delimitado à luz de cada contexto socioeconômico específico e das relações econômicas tecidas no seu âmago, dos quais tal delito é um *subproduto estrutural.*[36]

---

32. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia* 33/122-129.

33. ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; BARBERO SANTOS, Marino. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 90. No mesmo sentido: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 36.

34. CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *RBCCrim* 43/81.

35. VOLK, Klaus. Diritto penale ed economia. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia* 2/479-491.

36. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 96 e ss.

Nada obstante, é possível se alinhavar algumas características gerais do bem jurídico-penal econômico: (a) *caráter supraindividual*; (b) *relevância direta para o sistema econômico* cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se almeja garantir; (c) *origem histórica nas práticas intervencionistas* estatais na Economia; (d) *natureza artificialmente construída*, sem referentes ontológicos e culturais claramente definidos e previamente aceitos.[37]

6. BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI 7.492/1986

Hoje em dia é inquestionável que as atividades desenvolvidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional gozam de relevância e proteção constitucional, integrando a chamada *Ordem Econômica e Financeira* (Título VII da CF/1988).

Há, inclusive, mandamento constitucional expresso no sentido de que a lei estabelecerá a responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica nos atos praticados contra a Ordem Econômica e Financeira (art. 173, § 5.º, da CF/1988).

Um dos princípios reitores da Ordem Econômica jurídico-constitucional é o da *propriedade privada* (art. 170, II, da CF/1988).

A principal atividade desenvolvida no Sistema Financeiro Nacional é a *gestão de ativos de propriedade alheia*, conforme já demonstrado no item 2, supra.

Nesse contexto, é possível afirmar que o Sistema Financeiro Nacional consiste em *relação macrossocial*, que visa a "promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade" (art. 192 da CF/1988).

Via de consequência, o sistema em digressão também possui conteúdo *personalista* e *microssocial*, pois em seu âmago são realizadas, diariamente, relações patrimoniais *individuais* das diversas pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, que nele investem os seus respectivos ativos.

Quando se tutela penalmente o Sistema Financeiro Nacional (*relação macrossocial*) isso também implica proteger as condições para o regular desenvolvimento de *relação microssocial*: o direito à propriedade dos investidores individuais de ativos nesse sistema.[38]

Nesse sentido, a Lei 7.492/1986 alçou o Sistema Financeiro Nacional à condição de bem jurídico-penal *intermediário*, cuja definição exige referência a

37. ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de "bem jurídico". *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. 1, p. 387-411.

38. CERVINI, Raúl. Op. cit., especialmente p. 99.

outro bem jurídico-penal (chamado de *final*), em relação ao qual o primeiro é *instrumento protetor*.

Ao utilizar tal técnica, o legislador antecipou a intervenção penal, protegendo o bem jurídico *intermediário* (Sistema Financeiro Nacional) para melhor proteger o bem jurídico *final* (ativos de propriedade de terceiros investidos no sobredito sistema).

Não obstante, por ensejar intervenção penal em momento anterior àquele da efetiva lesão ao bem jurídico *final*, em um Estado Democrático de Direito, essa cunhagem legislativa de bens jurídico-penais *intermediários* deve ser evitada.

Caso inevitável, essa técnica legislativa deve permanecer *excepcional* e *restrita* a setores específicos e nucleares da Ordem Econômica e Financeira.[39]

De fato, tal relevância constitucional dos ativos alheios captados, intermediados e aplicados no bojo do Sistema Financeiro Nacional não é suficiente, por si só, para se inferir *dever constitucional implícito de criminalização* dos comportamentos que os lesionem.

Pelo contrário, esse juízo de valor acerca da *relevância constitucional* do bem deve ser conjugado com outro, acerca da *necessidade* de proteção penal, à luz da sobredita natureza *subsidiária* do Direito Penal.[40]

Nos estreitos limites deste estudo não cabe aprofundar a fascinante questão da *necessidade* de criminalização dos comportamentos desviantes praticados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Nada obstante, devemos meramente *enunciar* a nossa opinião pessoal, que é tendente a concluir pela *desnecessidade* dessa incriminação.

Isso devido à eficácia do nosso sistema de controle social *jurídico-administrativo* para aplicar as seguintes sanções: (a) *inabilitação* para cargos de direção de instituições financeiras (art. 44, IV, da Lei 4.595/1964); (b) *cassação* da autorização para funcionamento de instituições financeiras (art. 44, V, da Lei 4.595/1964); (c) *multa* cujo valor é significativo o bastante para coibir tais comportamentos (art. 44, II, da Lei 4.595/1964); (d) *intervenção* e *liquidação extrajudicial* de instituições financeiras (Lei 6.024/1974) etc.

Além disso, o sistema de controle social *jurídico-cível* pode decretar obrigações de não fazer e medidas cautelares de constrição do patrimônio pessoal dos gestores desviantes etc.

---

39. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 11/95-164.

40. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Op. cit., p. 184 e ss.

Por fim, o sistema bancário brasileiro, hoje, é considerado um dos mais modernos e sofisticados do mundo, possuindo autoridade monetária atuante, independente *de fato* (malgrado não *de Direito*), com quadros técnicos de excelente nível etc.

Abstraída essa polêmica questão da *necessidade* de tutela penal, é certo que a interpretação dogmática segura da Lei 7.492/1986 exige *perfeita delimitação teórico-conceitual* do bem jurídico tutelado.

Para tanto, é imprescindível perspectiva *antropocêntrica* acerca do referido bem, que leve em consideração o fato de que o Sistema Financeiro Nacional não é um *fim em si mesmo*.

Pelo contrário, o Sistema Financeiro Nacional é um *meio* (bem jurídico-penal *intermediário*) de desenvolvimento do direito de propriedade das pessoas que nele investem seus ativos (bem jurídico-penal *final*).

A consequência prática dessa concepção é que a tipicidade *material* dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional exige a existência de *lesão* ou *exposição a perigo concreto* dos interesses individuais patrimoniais protegidos juridicamente.[41]

Trata-se de interpretação que impede a caracterização dos delitos contra o Sistema Financeiro Nacional como sendo de perigo *abstrato* ou *presumido*, com todas as perigosas consequências daí decorrentes.

Dentre estas últimas, avultam a *dissolução/desmaterialização/espiritualização* do conceito de bem jurídico-penal e o subsequente *empobrecimento* dos pressupostos da punibilidade.

Vale dizer: em vez de a punibilidade pressupor a demonstração de *vítima perceptível*, de *lesão* a bem jurídico *relevante* e de *relação causal* entre *conduta humana* e o sobredito resultado lesivo, ela passa a depender somente da comprovação de uma conduta *presumida perigosa*.[42]

Na feliz expressão de Juarez Tavares, "(...) a simples legalidade do enunciado da conduta induz uma legitimidade decorrente de uma presunção, não apenas de que o perigo esteja presente, quanto de que seja evidente a proibição da própria conduta".[43]

---

41. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 108 e ss.

42. HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal* 45-48/275-285.

43. TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e*

Nessa conjuntura é vedada, em sede de interpretação e aplicação da norma penal incriminadora, discussão acerca da potencialidade ou do perigo abstrato de lesão, inerentes à conduta humana.

Tal debate fica circunscrito ao momento da produção legislativa.[44]

Não obstante, a norma penal incriminadora que não corresponde a *dano efetivo* ou *risco concreto* de dano contém uma proibição de comportamento que é destituída de *fundamentação empírica* e, por conseguinte, de *legitimação democrática*.

De fato, o instituto do perigo *abstrato* ou *presumido* representa manifestação *simbólica* do Direito Penal.

Ou seja: trata-se de ficção urdida pelo legislador para tentar justificar e legitimar a criminalização de condutas que nem sempre causam dano empiricamente demonstrável ao bem jurídico.

Na expressão de Arnaldo Malheiros Filho, os crimes se tornam *de mero capricho*, porquanto eles passam a prescindir da demonstração do *desvalor social* da ação e do resultado, assim como do *liame causal* entre ambos.

Pelo contrário, busca-se justificar e legitimar a aplicação da pena com base tão só na *desobediência à norma*, aferida mediante juízo de tipicidade meramente *formal*.[45]

Não é difícil vislumbrar as graves implicações práticas dessa concepção inclusive no campo do Processo Penal.

Embora o ônus de provar o fato típico, ilícito e culpável recaia integralmente nos ombros da parte processual acusadora (art. 156 do CPP), a satisfação desse ônus é sobremaneira facilitada pela dispensa da *demonstração empírica* de *relação causal* entre conduta humana e resultado causador de *dano* ou *risco concreto de dano* a um bem jurídico que seja *conceitualmente preciso*.

---

psicanálise: interseções a partir de "O processo" de Kafka. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1, p. 43-56.

44. "El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que es sólo un elemento de evaluación en la promulgación de la norma" (HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*. Trad. Elena Larrauri. Santiago: ConoSur, 1995. p. 23-36).

45. MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (coords.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63-104.

A *refutação empírica* desses aspectos da imputação pela prova defensiva, por outro lado, se torna *humanamente impossível*, ensejando cerceamento do direito de defesa.[46]

Jorge de Figueiredo Dias tece demolidora crítica a esse "Direito Penal dos perigos (ou de proteção antecipada a bens jurídicos)", enquanto direito de prevenção a riscos futuros, abstratos e longínquos e de promoção de políticas e funções públicas.

Tal concepção desfigura completamente o conceito de *bem jurídico-penal* a ponto de suprimir toda a sua *concretude* e *utilidade prática*, enquanto instrumento de aferição da legitimidade das escolhas de bens jurídico-penais e normas penais incriminadoras.[47]

A esse propósito, os conceitos tradicionais acerca do bem jurídico penalmente protegido pela Lei 7.492/1986 – "a boa execução da política econômica do Governo"; "a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de suas instituições"; "a boa execução do Sistema Financeiro Nacional" etc. – possuem contornos tão *imprecisos*, *vagos*, *efêmeros* e *abstratos* que, na prática, os tornam incapazes de lesão efetiva ou colocação em risco concreto.

Tais conceitos, portanto, não atendem à exigência constitucional – decorrente do princípio da ofensividade pessoal (*nullum crimen sine iniuria*) – de *precisão conceitual* e *concretização mínima* do bem jurídico-penal, a ponto de torná-lo passível de perigo concreto ou lesão efetiva.[48]

As teorias *garantista* e *personalista* ora encampadas, por outro lado, atribuem *precisão conceitual* e *concretude* ao bem jurídico-penal.

Essas teorias podem ser fundamentadas, filosoficamente, em concepção liberal de Estado, o qual não é um *fim em si mesmo*, e sim *meio* de fomento e desenvolvimento dos interesses humanos individuais concretos.[49]

Via de consequência, normas penais incriminadoras destituídas, tanto de referência a bem jurídico-penal claramente definido, quanto de alicerce em valor jurídico-constitucional reconhecido, são *materialmente inconstitucionais*.[50]

A rigor, "a boa execução da política econômica do Governo"; "a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de suas instituições"; "a boa execução

46. TAVARES, Juarez. *Bien jurídico*... cit., p. 76-77.

47. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 72 e ss.

48. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico*... cit., p. 125 e ss.

49. HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una... cit., p. 281.

50. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 77.

do Sistema Financeiro Nacional" etc. não consistem no *objeto* de tutela penal, e sim na *razão* (*ratio legis*) dessa tutela.

Sergio Moccia alerta para as graves consequências dessa confusão conceitual: (a) o favorecimento de concepção *metódica* de bem jurídico-penal, útil para se identificar a *ratio legis* na interpretação teleológica e sistematizar a Parte Especial do Código Penal; (b) a subsequente *evaporação* do conceito de bem jurídico-penal, com a proliferação de objetos de tutela *fictícia* e a legitimação de criminalização hipertrofiada.[51]

Nos dizeres desse autor italiano: "Anche da un punto di vista politico-criminale l'utilizzazione della ratio in termini di oggetto di tutela non soltanto è inadeguata, ma anche pericolosa per le garanzie individuali. In questa prospettiva essa resulta incapace, per la sua stessa natura, di offrire una nozione significativa di bene e, pertanto, appare assolutamente inidonea a svolgere una funzione di delimitazione dell'intervento statuale in materia penale. Infatti, la difesa del 'bene-ratio' porta alla criminalizzazione di condotte che possono pur essere contrarie alla ratio di una o più dispozioni, ma, invero, sono lontanissime dall'effettiva lesione del bene che la condotta mira in realtà ad aggredire".[52]

O bem jurídico-penal *final* tutelado pela Lei 7.492/1986, portanto, é o *patrimônio público e privado investido no Sistema Financeiro Nacional*.

Decerto melhor teria caminhado o legislador, caso ele tivesse estruturado as figuras típicas da Lei 7.492/1986 com ênfase no *desvalor social do resultado* das condutas que causam efetivo dano ao bem jurídico *final* penalmente tutelado: os ativos de terceiros investidos no Sistema Financeiro Nacional.

A consequência prática dessa política legislativa teria sido a natureza *material* ou *de resultado* dos tipos penais incriminadores, à semelhança do que ocorre com o crime tipificado no art. 1.º da Lei 8.137/1990, por exemplo.

Infelizmente, a precária técnica legislativa, que é tão característica da Lei 7.492/1986, levou à estruturação das figuras delitivas com enfoque no *desvalor da ação* do agente, criando-se *presunção de perigo ao Sistema Financeiro Nacional*, como se este último fosse o bem jurídico-penal *final* protegido.

Nada obstante, os postulados imanentes ao Direito Penal característico do Estado de Direito Democrático impõem a *reinterpretação* da Lei 7.492/1986 conforme a Constituição.

Essa atividade hermenêutica forçosamente circunscreve o exercício legítimo do poder punitivo estatal àquelas condutas que, efetivamente, *lesionam* ou

51. MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 351 e ss.

52. Idem, p. 352.

expõem a *perigo concreto* o bem jurídico *final* tutelado por intermédio do Sistema Financeiro Nacional: *os ativos de terceiros investidos nesse sistema.*

De se notar que o STF faz interpretação conforme a Constituição de normas penais incriminadoras, de molde a exigir *demonstração casuística de lesão, efetiva ou potencial*, ao bem jurídico tutelado: "Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – *não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.* É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: *basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte*".[53]

Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado, *mutatis mutandis*, aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

A interpretação *histórica* corrobora a ideia de que o bem jurídico *final* tutelado pela Lei 7.492/1986 são os *ativos* investidos no Sistema Financeiro Nacional.

Para tanto, é importante fonte interpretativa o teor da exposição de motivos do PLC 273/1983, do Deputado Nilson Gibson,[54] que deu origem à Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Nesse texto, o sobredito parlamentar fez menção expressa a fato específico, que causou grande comoção nacional no começo da década de 1980, como exemplo de que "a repressão às inúmeras irregularidades apuradas esbarra na ausência de instrumentos institucionais adequados".

Trata-se do chamado *caso Tieppo*, fraude financeira de grandes proporções envolvendo operações no mercado paralelo de câmbio e com Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

Tal fraude supostamente causou prejuízo total de Cr$ 1.500.000,00, a cerca de mil investidores àquela época.

---

53. STF, RO no HC 81.057/SP, 1.ª T., rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 29.04.2005, p. 30 (grifamos).

54. *Diário do Congresso Nacional* de 25.03.1983, Seção I, p. 1018-1019.

A menção a esse episódio específico – causador de dano patrimonial considerável a diversos investidores – na exposição de motivos do PLC 273/1983 torna lícito supor que o intuito precípuo do legislador foi o de proteger os *ativos* dos investidores no Sistema Financeiro Nacional.

7. CONCLUSÃO

Tradicionalmente, a doutrina aponta como bens jurídicos tutelados pela Lei 7.492/1986 conceitos tais como "a boa execução da política econômica do Governo"; "a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de suas instituições"; "a boa execução do Sistema Financeiro Nacional" etc.

Tais conceitos comungam de duas características principais: (a) *imprecisão conceitual* e (b) *tutela de políticas estatais ou funções da Administração Pública.*

Não obstante, a concepção do bem jurídico-penal protegido pela Lei 7.492/1986 não pode estar divorciada dos conceitos de *instituição financeira* desse diploma legal e da teoria econômica.

Estes últimos revelam que o *core business da instituição financeira é a gestão – captação, intermediação e aplicação – profissional, mediante oferta pública, de ativos financeiros pertencentes a terceiras pessoas.*

As principais referências epistemológicas que foram adotadas para a definição do bem jurídico-penal tutelado pela Lei 7.492/1986 são as teorias *garantista* (Luigi Ferrajoli) e *personalista* (Winfried Hassemer) acerca desse bem.

Segundo a primeira, em apertada síntese, somente a ocorrência de *dano efetivo* ou *risco palpável de dano* a direito de *terceira pessoa* justifica, moral e politicamente, a criminalização de determinada conduta humana.

Por força do chamado *princípio da ofensividade pessoal* (*nullum crimen sine iniuria*) o bem jurídico-penal deve refletir (direta ou indiretamente) direito ou interesse *fundamental*, de titularidade de *pessoa de carne, osso, sangue, tecido e vísceras.*[55]

Já a teoria personalista *instrumentaliza* os bens de titularidade difusa ou coletiva, em função dos *interesses individuais neles diretamente representados.*

Via de consequência, o bem difuso ou coletivo carece de autonomia e legitimidade *própria e autônoma*; como possui natureza *derivada* ou *indireta*, ele só pode ser penalmente tutelado caso e quando *servir, de modo direto, a interesses individuais relevantes.*

55. FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo... cit., p. 2-8.

O fenômeno hodierno da *administrativização* do Direito Penal ensejou profunda transformação da *estrutura normativa* e do *conteúdo material* das normas penais incriminadoras em crimes de *perigo presumido* a bens jurídicos *supraindividuais*, para satisfazer exigências político-criminais punitivas.

Com efeito, os conceitos doutrinários tradicionais acerca do bem jurídico protegido pela Lei 7.492/1986 tornam o Direito Penal mero *instrumento de regulação* das atividades desempenhadas no Sistema Financeiro Nacional e dos riscos sistêmicos inerentes a tais atividades, conforme as balizas político-econômicas (monetária, fiscal e cambial) traçadas pela Administração Pública.

O Sistema Financeiro Nacional consiste em *relação macrossocial*, cuja finalidade político-jurídica é a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e o atendimento aos interesses coletivos (art. 192 da CF/1988).

Nesse sentido, tal sistema tem conteúdo *personalista* e *microssocial*, pois no seu âmago diuturnamente são realizadas diversas relações patrimoniais *individuais* dos investidores.

Vale dizer: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional (*relação macrossocial*) implica estender essa proteção penal às condições para o regular desenvolvimento de *relação microssocial*: os direitos patrimoniais individuais dos investidores de ativos nesse sistema.[56]

Nesse sentido, a Lei 7.492/1986 caracterizou o Sistema Financeiro Nacional como bem jurídico-penal *intermediário*, cuja estrutura normativa remete a outro bem (bem jurídico-penal *final*), em relação ao qual o primeiro é *instrumento de proteção*.

Trata-se, em última análise, de técnica legislativa de *antecipação da intervenção penal*, protegendo-se bem jurídico *intermediário* (Sistema Financeiro Nacional) para se maximizar a tutela do bem jurídico *final* (ativos de investidores nesse sistema).

Os postulados imanentes ao Direito Penal que caracteriza o Estado de Direito Democrático impõem a reinterpretação da Lei 7.492/1986 *conforme a Constituição*, circunscrevendo a intervenção do poder punitivo àquelas hipóteses de *lesão* ou *perigo concreto* ao bem jurídico *final* protegido por meio do Sistema Financeiro Nacional: *os ativos de terceiros investidos nesse sistema*.

Esse conceito de bem jurídico atende à exigência – decorrente do princípio da ofensividade pessoal (*nullum crimen sine iniuria*) – de *definição teórico-*

56. CERVINI, Raúl. Op. cit., especialmente p. 99.

-conceitual precisa e *concretização mínima* do bem jurídico-penal, a ponto de tornar *empiricamente demonstrável* sua lesão ou colocação em perigo concreto.

Esta modesta proposta de redefinição do bem jurídico protegido pela Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional pode apresentar algumas vantagens:

A uma, conferir maior segurança jurídica na interpretação e aplicação prática da Lei 7.492/1986, ao fornecer critérios *claros* e *precisos* para a emissão de juízos casuísticos de tipicidade *material* das condutas.

A duas, tornar possível o efetivo *conhecimento judicial* sobre a conduta criminosa, ao viabilizar a *comprovação/refutação empírica* da sua tipicidade material durante a fase procedimental de instrução.

A três, restringir o poder punitivo a patamares aceitáveis de *civilidade*, *racionalidade* e *humanismo*, impedindo sua incidência sobre condutas *formalmente* típicas, porém *inofensivas* ao bem jurídico-penal *final*.

A interpretação *histórica* corrobora a releitura proposta no presente estudo.

A exposição de motivos do PLC 273/1983 – que deu azo à Lei 7.492/1986 – fez menção expressa a um episódio específico, que causou dano patrimonial considerável a diversos investidores.

Isso torna lícito supor que a intenção principal do legislador foi a de proteger os *ativos* dos investidores no Sistema Financeiro Nacional.

Por fim, cabe mencionar que certas condutas típicas da Lei 7.492/1986 não aparentam, sequer em tese, ser *potencialmente lesivas* à concepção de bem jurídico-penal ora encampada.

Nada obstante, em vez de autorizar *crítica* às ideias ora apresentadas, essa constatação pode justamente confirmar a *utilidade prática* delas para se reavaliar a *constitucionalidade material* de algumas figuras delitivas da Lei 7.492/1986, à luz do princípio da ofensividade pessoal (*nullum crimen sine iniuria*).

8. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova Lei dos Crimes contra a Economia (Dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de "bem jurídico". *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. 1.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

_____; BARBERO SANTOS, Marino. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Penais*. vol. 5. p. 5. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1994.

BIDERMAN, Maria Tereza Camargo. *Dicionário de termos financeiros e bancários*. São Paulo: Disal, 2006.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 43. p. 81. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: conceito material de crime. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. *Ciencias Penales*. n. 15. p. 15-27. San Jose: Associacion de Ciencias Penales, dic. 1998.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 2. p. 151-198. Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 1994.

DOWNES, John; GOODMAN, Jordan Elliot. *Dicionário de termos financeiros e de investimento*. São Paulo: Nobel, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. *Ciencias Penales*. n. 5. p. 2-8. San Jose: Associacion de Ciencias Penales, mar.-jun. 1992.

_____. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 7. ed. Bari: Laterza, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun. 1982.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. *Estudios sobre justicia penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*. Trad. Elena Larrauri. Santiago: ConoSur, 1995.

_____. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. n. 45-48. Buenos Aires: Depalma, 1989.

_____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Santiago: ConoSur, 1992.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Apontamentos manuscritos das aulas ministradas no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra/IBCCrim, 05 e 06.08.2004.

_____. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (coords.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. n. 38. p. 343-374. Milano: Giuffrè, 1995.

NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 11. p. 95-164. Madrid: Editorial Uned, ene. 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2008.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en el derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de "O processo" de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1.

VOLK, Klaus. Diritto penale ed economia. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. n. 2. Padova: Cedam, abr.-set. 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões, de Davi Castro Silva – *RCP* 10/190;
- Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988, de Rafael Silva de Faria – *RCP* 13/275;
- Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma análise crítica do art. 4.º e parágrafo único da Lei 7.492/86, de Paulo Cezar da Silva – *RT* 848/381;
- Derecho penal económico - concepto y bien jurídico, de Raúl Cervini – *RBCCrim* 43/81; e
- Direito Penal Econômico e o bem jurídico protegido através do crime de evasão de divisas, de Douglas Bonaldi Maranhão – *RCP* 14/229.

EMPRESA, QUADRILHA (ART. 288 DO CP) E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

3

Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado

HELOISA ESTELLITA

Doutora em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito pela Unesp. Professora da FGV-SP e do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada.

LUÍS GRECO

Doutor e Mestre em Direito pela Ludwig Maximilians Universität (Munique). Assistente junto à cátedra do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A interseção entre os conceitos de empresa, quadrilha ou bando e organização criminosa é o tema deste artigo, que recorre à teoria do bem jurídico para interpretar restritivamente o crime do art. 288 do CP, de modo a contribuir para superar a automática identificação entre tais fenômenos.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de quadrilha ou bando – Art. 288 do CP – Bem jurídico – Criminalidade de empresa – Organização criminosa.

ABSTRACT: The intersection between the concepts of corporation, gang-related crimes and criminal organization is analyzed in this paper. Its authors resort to the theory of the legal asset to restrictively interpret the offense (on section 288 of the Brazilian Criminal Code) so as to avoid the random identification between these phenomena.

KEYWORDS: Gang-related crimes – Section 288 of the Brazilian Criminal Code – Legal asset – Corporate crime – Criminal organization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Características dos crimes de associação e das organizações criminosas – 3. Associação e organização na atividade empresarial – 4. O bem jurídico tutelado como critério distintivo: a associação criminosa como injusto de organização – 5. Concretização: associação criminosa e criminalidade de empresa – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Há certa interseção entre os conceitos de empresa, quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e organização criminosa, o que tem tornado cada vez mais comum que, no caso de crimes cometidos a partir de uma empresa, automaticamente se afirme a configuração do tipo de quadrilha ou bando e a existência de organização criminosa. As presentes reflexões pretendem recorrer à teoria do bem jurídico para interpretar restritivamente o crime do art. 288 do CP, de modo a contribuir para superar a automática identificação entre empresa, quadrilha e associação criminosa.

2. CARACTERÍSTICAS DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO E DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

As elementares do tipo penal de *bando ou quadrilha* são: (a) pluralidade de sujeitos, quatro ou mais; (b) associados por algum tempo; (c) em um vínculo estável (ou permanente); (d) cujo fim é a perpetração de uma indeterminada série de delitos.[1]

Enquanto isso, o conceito de *organização criminosa*, como é sabido, não se encontra ainda fixado em lei, nem na chamada Lei de Organizações Criminosas (Lei 9.034/1995). A importância de uma definição deriva não só da necessidade de determinar se as medidas coercitivas da Lei 9.034/1995 podem ser aplicadas,[2] como da configuração de uma das hipóteses de proveniência ilícita do capital para fins de lavagem (art. 1.º, VII, Lei 9.613/1998), como, ainda, da possibilidade de que, futuramente, seja introduzida uma incriminação autônoma.[3] Há, assim, uma série de propostas de definição ou mesmo de descrição do fenômeno, dentre as quais podem ser mencionadas as seguintes:

---

1. ESTELLITA, 2009, p. 15-18. Estes elementos são confrontados com o concurso eventual de agentes, para diferenciá-los (ESTELLITA, 2009, p. 24-25).
2. Abstraindo, por ora, da questão preliminar da constitucionalidade de uma lei interventiva que não se preocupa em definir o conceito que determina o seu âmbito de aplicação; quanto a isso cf. Pitombo, 2009, p. 89 e ss.
3. O que é defendido, por exemplo, por BALTAZAR JR., 2010, p. 225 e ss.

1. A do documento Europol 161-REV-3, que enumera três características que não podem faltar à categoria do crime organizado: (a) mais de duas pessoas; (b) suspeita da comissão de um crime grave; (c) ânimo de lucro;[4]

2. A da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho da União Europeia: os requisitos para a conformação de uma organização criminosa seriam: (a) mais de duas pessoas; (b) associação estruturada; (c) permanência; (d) finalidade da prática de crimes graves (pena com duração máxima igual ou superior a quatro anos); e, (e) objetivo de obter benefícios financeiros ou materiais;[5]

3. A da Convenção de Palermo, que emprega a expressão "grupo criminoso organizado", o qual reúne as seguintes características: (a) três ou mais pessoas; (b) duração por algum tempo; (c) atuação concertada; (d) fim de cometer uma ou mais infrações graves (definidas na Convenção); (e) intenção de obter beneficio econômico ou material;[6]

4. Para tomar uma definição da doutrina estrangeira, confira-se Zúñiga Rodriguez, que analisou o tema da organização criminosa a partir de diversas aproximações (histórica, representações sociais, definições internacionais, fenomenológica e sociológica),[7] para concluir que seus traços essenciais são: (a) a organização; (b) o fim de lucro; (c) cometimento de crimes graves;

---

4. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 58. Onze são os indicadores, entendendo-se que devem concorrer ao menos *seis* dele, dentre os quais deverão estar, os *três* acima reproduzidos. Os onze indicadores são: (1) mais de duas pessoas; (2) distribuição de tarefas entre elas; (3) permanência; (4) controle interno; (5) suspeita da comissão de um delito grave; (6) atividade internacional; (7) violência; (8) uso de estruturas comerciais ou de negócios; (9) lavagem de capitais; (10) pressão sobre o poder público; (11) ânimo de lucro.

5. Art. 1.º Definições: "1. 'Organização criminosa', a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privative de liberdade ou medida de segurança privative de liberdade cuja duração maxima seja, pelo menos, igual ou superior a quarto anos, ou de pena mais grave, com o objective de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material".

6. Esta é a "definição"lançada no art. 2.º da Convenção que trata da sua "terminologia" interna. Outros elementos estarão presentes no art. 5.º, onde a Convenção apresenta aos países signatários opções para a criminalização da *participação* em um grupo criminoso organizado. Sobre o tema e as contradições internas da Convenção, vide ESTELLITA, 2009.

7. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, 2009, p. 35-102.

5. E no Brasil, José Paulo Baltazar Jr. aponta como características essenciais: (a) pluralidade de agentes; (b) estabilidade ou permanência; (c) finalidade de lucro; e, (d) organização.[8]

Não se tomará posição nessa interminável controvérsia, uma vez que, ao menos em parte, ela é uma questão de estipulação, a que não se aplicam as categorias de verdadeiro e falso.[9] Ainda assim, para os fins desse trabalho, pode-se trabalhar com o seguinte denominador comum: pluralidade de agentes, associados de forma estruturada (organização) e permanente, para o fim de cometer delitos.

3. ASSOCIAÇÃO E ORGANIZAÇÃO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O direito de associação tem assento constitucional: "É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar" (art. 5.º, XVII, da CF/1988). O exercício da atividade econômica (produção e circulação de bens) é atribuído primordialmente à iniciativa privada (arts. 170 e 173).[10] Essa atividade pode ser exercida por "empresários" e por "não empresários". Os primeiros podem ser pessoas físicas (empresário individual) ou jurídica ("sociedade empresária"), estas estruturadas juridicamente em conformidade com as normas previstas no Código Civil: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações (art. 983 e ss. do CC/2002).

O empresário é aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica *organizada* para a produção ou circulação de bens ou de serviços" (art. 996 do CC/2002), e "empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário" (art. 982 do CC/2002), ou seja, exerce profissionalmente *atividade econômica organizada*. A "empresa" é, então, atividade econômica *organizada* que *visa obtenção de lucros* com oferecimento no mercado de bens e serviços, oriundos da *organização* dos fatores de produção (trabalho, capital e tecnologia).

Se levarmos em conta o dado por todos conhecido de que a maioria dos crimes econômicos é praticada no contexto empresarial[11] e confrontarmos as

8. BALTAZAR JR., 2010, p. 124-126.

9. RÖHL; RÖHL, 2008, p. 42 e ss.

10. CF/1988: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

11. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1998, p. 70 e 194.

características da empresa com as das associações (e organizações criminosas, ou para usar um termo genérico que abranja os dois fenômenos, as *associações criminosas*), chegaremos a um quadro preocupante: há uma parcial identidade entre seus elementos essenciais.

Partindo, por exemplo, dos três traços essenciais selecionados por Zúñiga Rodríguez, quais sejam (a) *organização*, (b) *fim de lucro* e (c) *cometimento de crimes graves*, veremos que tais elementos encontram-se frequentemente presentes no que Schünemann designou de criminalidade de empresa: "A soma dos delitos econômicos que se cometem a partir de uma empresa", "por meio da atuação para uma empresa".[12] A *empresa*, tanto quanto a *organização criminosa*, é composta por um grupo de pessoas (normalmente mais de quatro), associadas em uma organização, com objetivos comuns, divisão de trabalho, códigos de conduta, sistema de tomada de decisões, tendência a autoconservação (associação permanente). Está orientada ao fim de lucro. E as pessoas que dela formam parte podem vir a cometer delitos, que poderão ser graves, especialmente se tivermos em conta, por exemplo, os parâmetros penais sugeridos pela Convenção de Palermo (pena máxima igual ou superior a quatro anos), muito embora o nosso crime de quadrilha ou bando não exija a meta de prática de crimes graves.

Problemático parece ser não o caso da *empresa ilícita*, isto é, aquela criada para a prática de delitos, que configurará, sem maiores obstáculos, quadrilha e organização criminosa (a depender da definição legal de um determinado ordenamento jurídico), mas o da *criminalidade de empresa*, isto é, dos crimes praticados a partir de empresa lícita, entendida como uma empresa com objetivos lícitos e na qual predomina atividade econômica lícita. Imagine-se uma rede de drogarias, na qual se praticam crimes tributários, por exemplo.

E aqui se observa mais uma aproximação entre os fenômenos: muito raramente, no contexto da criminalidade de empresa, haverá a pratica de um só crime. Pense-se, por exemplo, na hipótese apenas citada da rede de drogarias no âmbito da qual são praticadas diversas "apropriações indébitas de contribuição previdenciárias" (art. 168-A do CP). O que conduz ao preenchimento também de um requisito clássico dos crimes de associações criminosas, como nosso art. 288 do CP: o fim de "perpetração de uma série indeterminada de delitos".

Ainda que o objetivo da associação dessas pessoas na atividade empresarial não seja a prática de crimes, pode suceder que em algum momento, algumas (ou todas, se a empresa for menor) pessoas decidam-se pela prática dos crimes

12. SCHÜNEMANN, 2004, p. 17.

(em nosso exemplo, tributários) e aí se constata uma mais estreita aproximação entre este fenômeno e das associações criminosas: teremos (normalmente) uma pluralidade de sujeitos, quatro ou mais; associados por algum tempo; em vínculo estável (ou permanente); cujo fim, ainda que parcial, é a perpetração de uma série indeterminada de delitos. E, assim, ao menos *prima facie*, estaremos diante do preenchimento de todos os elementos, por exemplo, do crime descrito no art. 288 do CP. Se agregarmos ao elemento da "organização", que normalmente também existe por definição em uma empresa, preenchemos, ao menos à primeira vista, mais um elemento presente em qualquer conceito proposto de *organização criminosa*.[13]

Pois bem, se assim é, se, diante da *criminalidade de empresa* e da *empresa lícita* no âmbito das quais são praticados crimes econômicos, estaremos com frequência diante do (aparente) preenchimento dos elementos objetivos dos tipos de associação criminosa, é preciso formular a indagação: haverá uma imputação automática dos crimes de associação (quadrilha ou bando ou mesmo organização criminosa, quando houver uma definição legal) no âmbito da criminalidade de empresa? Ou terá o delito associativo elementos adicionais, ainda não explicitados, capazes de distingui-lo da criminalidade de empresa?

4. O BEM JURÍDICO TUTELADO COMO CRITÉRIO DISTINTIVO: A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COMO INJUSTO DE ORGANIZAÇÃO

Um caminho um tanto natural para resolver o impasse mencionado, a saber, apartar *criminalidade de empresa* das *associações criminosas*, puníveis em conformidade com os delitos de associação (art. 288 do CP) ou mesmo com a participação em uma organização criminosa quando e se houver a criação de tal tipo penal, seria partir de considerações referidas ao bem jurídico do dispositivo incriminador em questão.

Há, principalmente, dois grupos de opiniões a respeito do bem jurídico protegido pelos delitos de associação.[14] Um grupo minoritário de autores entende que os tipos de associação conteriam uma antecipação da punibilidade

13. Assim também ZUÑINGA RODRÍGUEZ, 2002, p. 284.

14. Um terceiro posicionamento entende que no delito de associação se manifestaria um exercício abusivo do direito fundamental de associação; o bem jurídico seria, pois, o correto exercício do direito de associação (referências em CANCIO MELIÁ, 2007, p. 34, nota 26, que também o considera pouco relevante). Trata-se de um posicionamento um tanto estranho, uma vez que o incorreto exercício de um direito *per se* nada lesiona e, portanto, carece de desvalor para justificar uma criminalização. Pense-se

justificada com base na especial periculosidade das associações; bens protegidos seriam os dos tipos correspondentes ao plano criminoso da associação.[15] Dominante tanto na Alemanha como na Espanha é a compreensão de tais delitos como um ataque a determinados bens jurídicos coletivos ou supraindividuais como a "ordem pública", "segurança interior", "paz pública" etc.[16]

Comecemos pela posição majoritária. Em seu favor pode-se aduzir um argumento exegético-sistemático: nosso Código Penal posiciona o crime do art. 288 entre os crimes "contra a paz pública". Além disso, a ideia de que um desses bens seja aquilo que o tipo de quadrilha ou bando protege é um tanto intuitiva, uma vez que, mesmo que as quatro ou mais pessoas nada façam, o fato de elas se associarem com o fim de cometer delitos deixa insegura a população.

Ainda assim, a paz pública – e o mesmo pode-se dizer da ordem pública, da segurança interior, ou de quaisquer noções similares – não pode ser entendida como um bem jurídico coletivo capaz de justificar qualquer incriminação. Isso

---

na cobrança de uma dívida prescrita ou na tentativa de votar de votar depois de já fechada a seção eleitoral.

A ideia de CANCIO MELIÁ, 2007, p. 44 e ss., segundo a qual o injusto específico da associação criminosa estaria na usurpação do monopólio estatal da violência, tem a insuficiência de, para não se tornar vulnerável à objeção de SCHROEDER, 1985, p. 14, segundo a qual uma tal *ratio* só se aplica a grupos armados, recuar, precisando que essa usurpação ocorre sob a forma de um ataque não físico, e sim ideal ou ideológico (p. 49 e ss.). O problema é que, num sistema que reconheça a liberdade de opinião, atacar o Estado no plano ideal ou ideológico não tem qualquer conteúdo de injusto, doutro modo não se poderia publicar um trabalho em favor de teses anarquistas.

15. Fundamental: RUDOLPHI, 1978, p. 317 e s.; 1979, p. 215 e s.; 1982, p. 199; seguindo-o: BOTTKE, 1985, p. 123; FÜRST, 1989, p. 68; HEFENDEHL, 2005, p. 160; KRÜGER, 2000, p. 167 e ss.; LANGER-STEIN, 1987, p. 150 e ss.; MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD, 2005, § 95 nm. 3; OSTENDORF, 2010, § 129 nm. 5; SCHEIFF, 1997, p. 28; SCHROEDER, 1985, p. 11. Convincente crítica ao bem jurídico paz pública em CAVALIERE, 2003, p. 65; HEFENDEHL, 2002, p. 290 ff.; HÖRNLE, 2005, p. 90 e ss.

16. DIAS, 1999, p. 1157; KRAUSS, 2009, § 129 nm. 1: "segurança pública interna" e "ordem estatal"; LACKNER; KÜHL, 2007, § 129 nm. 1: "segurança e ordem pública"; LAMPE 1994, p. 706; LENCKNER; STERNBERG-LIEBEN, 2010, § 129 nm. 1: "paz pública"; LÜTTGER, 1960, p. 54; MIEBACH; SCHÄFER, 2005, § 129 nm. 1: "segurança pública" e "ordem estatal"; PATZAK, 2009, § 129 nm. 5; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 268. No Brasil, v.g., FRAGOSO, 1981, p. 277, "tranquilidade e segurança social"; PRADO, 2006, p. 606, "paz pública"; SILVA FRANCO; STOCO, 2007, p. 1351-1352, "paz pública", todavia observando que também se protegem, indiretamente, "os demais bens jurídicos tutelados por cada um dos crimes que podem ser incitados pelo autor."

porque nenhum desses bens pode ser afetado por si só, sem que ao mesmo tempo seja afetado outro bem qualquer, geralmente de natureza individual.[17] Concretamente: a paz pública e qualquer das noções assemelhadas só podem ser atingidas por um comportamento que, ao mesmo tempo, coloque em perigo ao menos abstrato outros bens como a vida, a integridade física, a propriedade, a existência ou o funcionamento do Estado. Isso significa que um comportamento que afete os bens coletivos propostos pela opinião dominante não tem qualquer conteúdo de desvalor adicional em comparação a um comportamento que já afete os bens que acabamos de mencionar.[18] A menção ao bem coletivo é, portanto, *redundante* do ponto de vista normativo. Ela nada acrescenta para a justificação da norma penal em questão.

Como o bem jurídico coletivo ou supraindividual paz pública é redundante, os tipos de associações criminosas devem ser entendidos como protetores dos bens que poderão vir a ser lesionados pelos delitos fim da associação. A principal vantagem da abordagem aqui defendida é que ela fornece parâmetros para criticar e interpretar restritivamente os dispositivos de associação, o que não poderia ser feito com igual clareza caso se partisse do bem coletivo.

Por exemplo, o recurso ao bem individual deixa claro em que medida muitos dos delitos associativos cominam *sanções de todo desproporcionais* ao grau de afetação dos bens protegidos. Tome-se o art. 35 da Lei 11.343/2006 (nova Lei de Políticas Públicas sobre Drogas), o tipo penal de associação para o tráfico:[19] se se entender que a associação para a prática de delitos de tóxico não afeta a paz pública (nem tampouco a "saúde pública", falso bem jurídico coletivo, vulnerável às mesmas críticas que acima foram dirigidas à paz pública),[20] mas

17. GRECO, 2004, p. 123; mais extensamente 2011/2012, no prelo, onde se fala num "teste de não especificidade".

18. Percebendo que a finalidade de toda a política criminal é a ordem social e destacando sua indeterminação, sem, todavia, renunciar a tal bem jurídico para os delitos associativos YACOBUCCI, 2005, p. 53.

19. "Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 desta Lei:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei."
Pena do art. 33 *caput*: 5 a 15 anos e multa; pena do art. 33, § 1.º: a mesma; pena do art. 34: 3 a 10 anos e multa; e do art. 36: 8 a 20 anos e multa.

20. GRECO, 2004; 2011: a saúde pública é redundante em relação às saúdes individuais, pois não é possível afetá-la sem ao menos gerar perigo abstrato para saúdes individuais.

sim a saúde individual, trata-se de um crime de perigo abstrato com grau severo de antecipação da tutela, e cuja menor lesividade deveria refletir-se na pena. Mas não é isso que ocorre: tanto o crime do art. 35, de perigo "superabstrato" ou de perigo do perigo (associação), como o crime de perigo "abstrato" (do art. 34)[21] têm a mesma pena.

Além disso, uma vez que se dispense o bem coletivo global da "paz pública", o próprio *alcance do tipo* torna-se passível de uma crítica mais diferenciada. Fica, em especial, evidente a dificuldade de distinguir a conduta típica associativa da fase preparatória de um concurso de pessoas para a prática de mais de um crime, como observa com razão Cavaliere.[22]

Um esclarecimento: entender o delito associativo como uma proteção antecipada do bem afetado pelos crimes-fim não significa, contudo, que o delito associativo deve ser absorvido no caso de cometimento do crime fim. Isso porque o perigo que gera o delito associativo não se dirige ao bem concreto que o cometimento de um crime-fim lesiona, e sim a todos os bens da mesma classe, dos quais em geral é titular um número indeterminado de pessoas. Com base em um exemplo: membros de um esquadrão da morte composto por cinco pessoas matam dois meninos de rua A e B numa chacina. O tipo de homicídio incide, porque foi lesionado o bem vida de A e B; e o tipo de associação criminosa também incide e não é absorvido, porque o mero fato de se associarem mais de três indivíduos em um esquadrão da morte significa um perigo não só para a vida de A e B, e sim para um número indeterminado de pessoas. Haverá, pelo contrário, concurso pelo menos formal, mas possivelmente mesmo material, entre a realização do tipo de homicídio (art. 121 do CP) e quadrilha ou bando (art. 288 do CP).

Cumpre analisar se a determinação do bem jurídico dos delitos de associação, além de frutífera para as indagações ora apontadas, também pode

21. Art. 34 da Lei 11.343/2006: "Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa".

22. CAVALIERE, 2003, p. 66. Isso vale ainda com maior razão no caso do art. 35 da Lei 11.343/2006, que tipifica a associação ainda que a prática de delitos não deva ocorrer "reiteradamente". O que a lei está fazendo é punir a preparação de um delito em concurso de pessoas.

ajudar a resolver o problema inicial. Parece-nos que, em parte, sim. Porque se o legislador já protege a vida, a integridade física, o patrimônio, a propriedade por meio dos tipos tradicionais dos art. 121 e ss. do CP, e também o sistema financeiro, a ordem tributaria, a ordem econômica etc. por meio dos tipos penais de leis específicas, apenas um *especial perigo para esses bens* justificaria uma antecipação da proibição, para que passem a ser compreendidos também atos preparatórios. Como a realização de um dos tipos mencionados juntamente com outras pessoas já é punível segundo esses próprios tipos (em conjunto com as regras do concurso de pessoas do art. 29 do CP), o perigo que justifica uma antecipação da proibição tem que ser superior até mesmo ao perigo já existente no fato de alguém atuar ao lado de outras pessoas. Esse especial perigo só poderá consistir na própria *estrutura da organização*, em algo como uma tendência objetiva no sentido da prática de delitos.[23] A associação criminosa tem, assim, de estar objetivamente orientada no sentido de que em seu bojo se cometam crimes.[24]

Estamos derivando esse dado referido à estrutura do delito de associação de considerações relativas ao bem jurídico protegido e à legitimidade de protegê-lo uma segunda vez, por meio de um dispositivo (como o do art. 288 do CP) que antecipe uma proibição e uma punibilidade que pré-existam (no resto da parte especial c/c o art. 29 do CP). Ou seja, a proposta é de *interpretar restritivamente* o alcance do tipo do art. 288.

A existência da associação estruturada de pessoas dentro de uma *empresa* pode ser portadora de uma certa periculosidade para os bens jurídicos protegidos pelos delitos programados pelo grupo, já que os recursos para a prática dos crimes estão disponíveis para os membros da associação, mas esse perigo não será em geral maior do que aquele que gera uma pessoa que, por ser rico ou influente, pode cometer delitos com maior facilidade. Noutras palavras, o perigo que gera uma empresa lícita permanece em geral difuso, isto é, ele não ultrapassa o perigo que um autor pode gerar atuando individualmente ou em

23. Argumentação similar em RUDOLPHI, 1978, p. 319 e ss.; 1979, p. 216. Em conclusão LENCKNER; STERNBERG-LIEBEN, 2010, § 129 nm. 7, argumentado a partir do bem coletivo.

24. Com isso se resolve parte do problema da legitimidade ou constitucionalidade desses dispositivos (a parte referida à necessidade de proteção de um bem jurídico). Apesar de que vozes críticas se tornem cada vez mais raras (COBLER, 1984, p. 407 e ss.; BECK, 1992, p. 206 e ss.; KÖHLER, 1997, p. 567), não é acertado qualificar essa discussão de superada, como fazem por exemplo LENCKNER; STENBERG-LIEBEN, 2010, § 129 nm. 1 e MIEBACH; SCHÄFER, 2005, § 129 nm. 3 (corretamente CANCIO MELIÁ, 2007, p. 29, nota 5).

concurso de pessoas. O que justifica antecipar a punibilidade por meio de um tipo associativo é o seu caráter de *injusto de organização*.[25]

O que significa, mais concretamente, que a própria organização tem de estar objetivamente orientada no sentido de prática de delitos?

Determinante não pode ser o *motivo originário da associação* – a prática de delitos – no sentido de que só se pudesse considerar uma "quadrilha ou bando" (ou organização criminosa) aquela que se uniu, desde sua origem, para a prática de crimes. Nada impede que pessoas associadas para a prática de condutas lícitas tomem a decisão, em um determinado momento, de manter essa associação agora para fins criminosos, ou mesmo parcialmente criminosos. O aparato organizacional só estará orientado para a prática de delitos, se existir uma estrutura que possibilite a persecução de finalidades criminosas com independência da vontade individual dos membros da organização.[26] Noutras palavras, o cometimento de novos crimes no seio da organização tem de poder ocorrer quase que *automaticamente*, como manifestação de uma *vontade coletiva*, autônoma, que torna dispensáveis maiores esforços no sentido de encontrar executores dispostos a cometer os delitos em questão.[27] Ou para dizê-lo com base numa fórmula: numa associação criminosa, a decisão quanto ao "se" do cometimento de delitos já foi tomada em momento anterior, o que se decide no momento da prática dos crimes-fins diz respeito apenas ao "como".

5. Concretização: associação criminosa e criminalidade de empresa

Esse ponto de partida permite ulteriores concretizações. Nas *empresas com fins conformes ao direito*, ainda que se possa pensar em probabilidade de lesão a determinados bens jurídico-econômicos pelo simples fato de existirem como tais, isso não basta para justificar a punição a título de delito associativo. Já o outro extremo, o da *empresa ilícita*, ou, como preferem Cervini e Adriasola, da *empresa com atitude geral criminógena*, a "empresa de fachada" ou mafiosa, é um caso claro em que os mencionados pressupostos estão presentes.

Mas resta a questão da *associação na criminalidade de empresa*, dos crimes econômicos praticados no âmbito da participação na vida econômica ou em

25. Miebach; Schäfer, 2005, § 129 nm. 5; Patzak, 2009, § 129 nm. 6.

26. Hefendehl, 2005, p. 158.

27. Em conclusão também Dias, 1999, p. 1160 e s.: ("centro autônomo de imputação e motivação"); Lenckner; Sternberg-Lieben, 2010, § 129 nm. 7; Patzak, 2009, § 129 nm. 12.

estreita conexão com ela por um grupo de pessoas estruturado e organizado na forma legal, com aspiração à permanência. Aqui não se trata mais da *empresa ilícita,* mas de uma empresa constituída em conformidade ao direito, com finalidade lícita conforme a seu estatuto social, no âmbito da qual são praticadas condutas puníveis na participação na vida econômica, ou seja, estreitamente conectadas com a participação na vida econômica.

Nesse âmbito, não se pode afirmar a tipicidade objetiva do crime de associação criminosa de forma *autônoma.* Porque se a associação estruturada desse grupo de pessoas na forma de empresa lícita, ainda que com probabilidade de que venham a praticar crimes econômicos, é permitida pelo ordenamento, não se pode dizer que a associação, por si só (ou seja, de forma autônoma), crie um risco que baste para legitimar uma proibição. Isso explica porque, na prática, a imputação do crime de associação criminosa vem comumente acompanhada da imputação dos crimes econômicos efetivamente praticados.[28] Tal ocorre porque (ainda que intuitivamente) se reconhece que o ordenamento não permite identificar na mera associação de pessoas em empresa lícita a criação de risco juridicamente desaprovado. Nas denúncias que temos visto, este é o raciocínio: dado que um grupo de pessoas associadas em empresa praticou vários crimes tributários, por exemplo (primeira parte, normalmente, da denúncia), disso decorre que se associaram para a prática desses crimes tributários (segunda parte, imputação da quadrilha ou bando). Todavia, se são retirados da acusação, em nosso exemplo, os crimes tributários praticados, o que resta da imputação, por si, tem de ser suficiente para afirmar a *existência do perigo específico de um injusto de organização,* que exige uma estrutura objetivamente orientada no sentido da prática de delitos.

É de notar-se, contudo, que a mencionada orientação *não* exige *exclusividade*, isso é: não pode ser necessário para a existência de um delito de associação que a organização se estruture exclusivamente no sentido de cometer delitos. Tampouco parece ser de exigir-se que a comissão de delitos seja *atividade principal ou predominante da associação.*[29] Ainda assim, é necessário que, ao

28. Sobre a aplicação subsidiária do tipo do art. 288 "quando não há imputação a ser deduzida" no âmbito da atividade empresarial, vide PITOMBO, 2009, p. 85-86.

29. Assim, porém, o § 129 II Nr. 2 do Strafgesetzbuch: não incide o tipo de associação criminosa "quando a comissão de delitos seja uma finalidade ou atividade *de importância secundária*" na associação. Cf. a respeito KRAUSS, 2009, § 129 nm. 83 e ss.; EIRANOVA ENCINAS, 2000, p. 95. No mesmo sentido ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 271; CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 125: "A nuestro juicio, el tratamiento del delito empresarial no puede asimilarse al delito de crimen organizado, aunque existan zonas secantes cuando la empresa tiene una actitud global o predominantemente criminógena".

menos em parte, a ilegalidade deixe a sua *marca na estrutura da organização*,[30] concretamente: que numa empresa haja um setor de atividades em que se manifeste a mencionada orientação criminosa. Doutro modo, bastaria que a associação dedicasse a maior parte de seus recursos e pessoal para fins lícitos, e ela já escaparia da incidência do tipo associativo.

Do até agora exposto se pode derivar um teste, que talvez seja de grande utilidade heurística: *o delito associativo só estará realizado se, subtraindo-se mentalmente a prática de quaisquer outros delitos, restar na mera associação de pessoas conteúdo de desvalor suficiente a ponto de justificar uma sanção penal.* Se o único ponto de apoio para a imputação do delito associativo for a prática dos outros crimes, está-se punindo essa prática duas vezes, já que associação, em si mesma, é algo que o ordenamento jurídico não valora negativamente.

As presentes considerações encontram eco no entendimento de alguns dos magistrados do STF, que têm se atentado para a impropriedade da imputação automática do crime associativo nos chamados "crimes societários". Assim, por exemplo, a matéria foi bastante por ocasião da sessão plenária de 17.02.2011, na qual se rejeitou a denúncia pela imputação de quadrilha nos autos do Inq 2.786.[31] Naquela oportunidade, o Min. Marco Aurélio Mello ponderou que não poderia vislumbrar na participação societária a intenção especial de se vir a praticar crimes. A aceitar-se a tese proposta na denúncia, observou, em todo caso a envolver crime societário, a Corte teria de aceitar a imputação de quadrilha, o que não lhe parece correto. Também o Min. Dias Toffoli, acompanhando o voto do Min. Marco Aurélio Mello, ponderou que os atos descritos na denúncia como configuradores do crime associativo não passavam, na verdade, de atos lícitos, ou seja, a integração da denunciada no quadro social de uma sociedade. Tal entendimento foi acolhido pelos Ministros Aires Britto, Cármen Lúcia Antunes, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. Este último lembrou, ainda, o voto anteriormente proferido no julgamento do HC 84.223, no qual apartou criminalidade econômica e crime associativo.

6. CONCLUSÕES

1. Nem todo delito praticado no seio de um grupo organizado de pessoas, em especial de uma empresa, pode configurar o delito de associação criminosa do art. 288 do CP.

30. RUDOLPHI, 1978, p. 322; LENCKNER; STERNBERG-LIEBEN, 2010, § 129 nm. 7; MIEBACH; SCHÄFER, 2005, § 129 nm, 18; PATZAK, 2009, § 129 nm. 21.

31. STF, Inq 2.786, Plenário, j. 17.02.2011, m.v., Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 06.06.2011.

2. O tipo penal do art. 288 do CP protege não um bem supraindividual (segurança, ordem, paz pública), e sim os *bens jurídicos protegidos pelos crimes fim*, para cuja prática a associação é um meio.

3. Uma vez que esses bens já são protegidos por outros tipos, o tipo penal do art. 288 do CP tem de apresentar um *conteúdo de desvalor autônomo*, doutro modo ele não seria justificável.

4. Esse conteúdo de desvalor autônomo, ou *injusto da organização, só pode situar-se numa orientação objetiva da organização no sentido da prática de delitos.*

5. Marca dessa orientação está no fato de que as condutas delitivas sejam praticadas no seio da organização de modo *automático*, isto é, sem necessidade de um novo processo decisório: a decisão quanto ao "se" da prática de delitos é tomada por cada membro no momento de entrar na organização.

6. Como *teste*: o delito associativo só estará realizado se, subtraindo-se mentalmente a prática de quaisquer outros delitos, restar na mera associação de pessoas conteúdo de desvalor suficiente para justificar uma sanção penal.

7. BIBLIOGRAFIA

BALTAZAR JR., José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECK, Wolfgang. *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung.* Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

BOTTKE, Wilfried. Anmerkung zu BGHSt 32, 243. *Juristische Rundschau.* vol. 37. p. 122 e ss. Berlin: De Gruyter, 1985.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung. In: PAWLIK; ZACZYK (coords.). *Festschrift für Günther Jakobs.* Heidelberg: Carl Heymanns Verlag, 2007.

_____; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos de organización.* Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2008.

CAVALIERE, Antonio. Tipicità ed offesa nei reati associativi. In: PALATANO, Vicenzo (a cura di). *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnacionale.* Torino: Giappichelli, 2003.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa. Desde una visión garantista.* Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2005.

COBLER, Sebastian. Plädoyer für die Streichung der §§ 129, 129a StGB. *Kritische Justiz.* vol. 17 (4). p. 407 e ss. Baden-Baden: Nomos, 1984.

CORTELLA, Ana Carolina Rocha. *O automatismo da imputação do delito descrito no artigo 288 do Código Penal nos crimes cometidos contra o sistema financeiro nacional.* Artigo científico apresentado no Programa de Educação Continuada e Especialização, São Paulo, FGV Law, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Art. 299.º (associação criminosa). In: _____ (coord.). *Comentário Conimbricense ao Código Penal Português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.). *Código Penal Alemán (StGB) – Código procesal penal alemán (StPO)*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoria del delito sobre la base de casos de sentencias*. Trad. S. Bacigalupo e Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial (arts. 213 a 359 CP)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva em derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2006.

FÜRST, Martin. *Grundlagen and Grenzen der §§ 129, 129a StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1989.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO; PÜSCHEL (coords.). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*. 2011/2012 (no prelo).

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 49. p. 89 .São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns, 2002.

_____. Organisierte Kriminalität als begründung für ein Feind – oder Täterstrafrecht? *Strafverteidiger*. vol. 25. n. 3. p. 156-161. Köln: Carl Heymanns, mar. 2005.

HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstössiges Verhalten*. Franfkurt am Main: Klostermann, 2005.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 1997.

KRAUSS, Matthias. § 129. In: LAUFHÜTTE, H. W.; VAN SAAN, R. Rissing; TIEDEMANN, K. (hrsg.). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2009.

KRÜGER, Matthias. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26. ed. Munique: Beck, 2007.

LAMPE, Ernst-Joachim. Systemunrecht and Unrechtssysteme. *ZStW* 106 (4). p. 683 e ss. Berlin: De Gruyter, out. 1994.

LANGER-STEIN, Gertrude. *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a StGB)*. München: Florentz, 1987.

LENCKNER, Theodor; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. § 129. In: SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28. ed. Munique: Beck, 2010.

LÜTTGER, Hans. Internationale Rechtshilfe in Staatsschutzverfahren? *GA*. p. 33-61. Heidelberg: Hüthig Jehle Rehm, 1960.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MAURACH, Reinhard; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 9. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. Teilband 2.

MIEBACH, Klaus; SCHÄFER, Jürgen. § 129. In: VON HEINTSCHEL-HEINEGG (coord.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Munique: Beck, 2005. vol. 2/2.

OSTENDORF, Heribert. § 129. In: KINDHÄUSER; NEUMANN; PAEFFGEN (coords.), *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*. 3. ed. Baden Baden: Nomos, 2010. vol. 1.

_____. Entwicklungen in der Rechtsprechung zur "Bildung Krimineller bzw. Terroristischer Vereinigungen", §§ 129, 129a StGB. *Juristischer Arbeitsblätter*. vol. 12. p. 499 e ss. München: Franz Vahlen, 1980.

PATZAK, Jörn. § 129. In: SATZGER; SCHMITT; WIDMAIER (coords.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Köln: Heymanns, 2009.

PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 3.

RÖHL, Klauf F.; RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. 3. ed. Köln/München: Heymanns, 2008.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Anmerkung zu BGH 4 StR 631/81. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. vol. 2. p. 198 e ss. München: C. H. Beck, 1982.

_____. Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. vol. 12. p. 214 e ss. München: C. H. Beck, 1979.

_____. Verteidigerhandeln als Unterstützung einer Kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129a StGB. In: FRISCH; SCHMIDT (coords.). *Festschrift für Bruns*. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns, 1978.

SCHEIFF, Bernd. *Wann beginnt der Strafrechtsshutz gegen kiminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*. Berlin/New York: DeGruyter, 1985.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Trad. Beatriz Spínola Tártalo y Margarita Valle Mariscal de Gante. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Ed., 2004.

_____. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. In: _____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del Milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal do perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.). *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Depalma, 2005.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del derecho comparado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. n. 11-12. p. 283-300. Lima: Idemsa, 2002.

_____. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Colmares, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal, de André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – *RBCCrim* 79/7;
- Crime organizado e o problema da definição jurídica de organização criminosa, de Arthur Pinto de Lemos Junior – *RT* 901/427;
- Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica, de Luiz Regis Prado e Bruna Azevedo de Castro – *RT* 890/409;
- Criminalidade organizada: considerações sobre a Lei 9.034, de 03.05.1995, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 14/255;
- Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RIASP* 21/216; e
- Os modelos estruturais do crime organizado e das organizações criminosas, de Ana Luiza Almeida Ferro – *RT* 877/427.

- Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, *Organização criminosa*, São Paulo, Ed. RT, 2009.

El compromiso de Kampala sobre el crimen de agresión

1

Claus Kress

Profesor Doutor de Derecho Penal y Derecho Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la delegación alemana en las negociaciones ante la Corte Penal Internacional desde 1998. Sub-coordinador de las negociaciones sobre la conducta individual del crimen de agresión durante el Proceso de Princeton. *Focal Point* para las consultas informales sobre algunas interpretaciones sobre el crimen de agresión en la Conferencia de Revisión de Kampala (2010).

Leonie Von Holtzendorff

Doctoranda en la Universidad de Colonia (Alemania) bajo la dirección del Prof. Dr. Claus Kress.

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumen: Se suele emplear la palabra "histórico" de forma exagerada. Sin embargo, la adopción de un paquete de propuestas sobre el crimen de agresión en la *Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, celebrada el 11.06.2010 en Kampala, merece tal distinción. Este acontecimiento concluye décadas de trabajos preparatorios y completa el Estatuto de Roma. En este artículo, los autores describen y analizan desde una perspectiva privilegiada los principales pasos que condujeron al compromiso de Kampala y describen la decisión consensuada como un significativo avance que puede llevar a buen término la famosa promesa de Núremberg realizada por Robert Jackson.

Palabras clave: Compromiso de Kampala – Corte Penal Internacional – Crimen de agresión – Derecho penal internacional – Estatuto de Roma.

Abstrac: The word 'historic' suffers from an exaggerated use, but the adoption of the package proposal on the crime of aggression by the First Review Conference on the Rome Statute on 11.06.2010 in Kampala deserves that label. This development concludes decades of preparatory work and completes the Rome Statute. The authors describe and analyse the major steps leading to the Kampala compromise from an insider's perspective, and characterize the consensus decision as a breakthrough that, if nurtured, may eventually bring to fruition the famous Nuremberg promise given by Robert Jackson.

Keywords: Kampala Compromise – International Criminal Court – Crimen of aggression – Roma Statute – International Criminal Law.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El precedente original y las décadas de suspense: de Núremberg a Roma – 3. El camino hacia el acuerdo: de Roma a Kampala: 3.1 El *Documento de debate* de 2002 y las *Propuestas* de 2009; 3.2 Algunas consideraciones destacables del trabajo dentro del SWGCA; 3.3 La clasificación de las negociaciones en tres partes: 3.3.1 La conducta individual; 3.3.2 La conducta de agresión del Estado; 3.3.3 Las condiciones para el ejercicio de la competencia; 3.4 El acuerdo sobre el proyecto de los elementos de los crímenes – 4. El final del juego en Kampala: 4.1 El preludio: la eliminación de las opciones poco esperanzadoras; 4.2 Acto primero: el movimiento de apertura de Argentina, Brasil y Suiza; 4.3 Acto segundo: la propuesta de Canadá; 4.4 Acto tercero: salvando la brecha; 4.5 Entreacto: involucrando a Estados Unidos; 4.6 El final: drama de una noche de verano en el Lago Victoria – 5. El compromiso de Kampala: la modestia permite un gran paso adelante: 5.1 La definición del crimen; 5.2 El ejercicio de la jurisdicción: 5.2.1 El pilar basado en el Consejo de Seguridad; 5.2.2 El pilar basado (en forma relativa) en el consentimiento; 5.3 El crimen de agresión y el principio de complementariedad – 6. Mirando al futuro.

1. INTRODUCCIÓN

Nadie olvidará la gran noche del 17 al 18.07.1998 en Roma, en la que fue presentado el texto final del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, el Estatuto)[1] ante la Conferencia diplomática. Los relojes se detuvieron, y la gran mayoría de los delegados estalló en júbilo tras la adopción del compromiso final. La noche del 11 al 12.06.2010, cuando se logró el acuerdo en la *Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional* sobre el crimen de agresión, fue igualmente significativa. Los relojes se detuvieron a media noche. Fue entonces cuando la *Primera Conferencia de Revisión* llegó a su fin. Poco tiempo después, el embajador y Presidente de la Conferencia, Christian Wenaweser, manifestó ante la Sala su "mejor intención" de alcanzar un compromiso con la esperanza de que no hubiera objeciones, sin que nadie pudiese estar seguro de si el silencio se rompería o no. Todas las miradas se dirigieron a Francia y al Reino Unido, quienes no mostraron movimiento alguno. En ese momento, el presidente estuvo a punto de bajar el martillo para declarar que la proposición había sido adoptada. De repente, Japón pidió la palabra y manifestó su descontento. Cuando el jefe de la delegación japonesa empleó las palabras "con el corazón apesadumbrado", la Conferencia contuvo la respiración. El alivio llegó cuando el delegado continuó su intervención y manifestó

1. A/CONF.183/9, 17.07.1998, y corregido los procès-verbaux del 10.11.1998, 12.07.1999, 30.11.1999, 08.05.2000, 16.01.2001 y 17.01.2001 (entrada en vigor: 01.07.2002).

que, a pesar de sus preocupaciones, Japón no deseaba romper el consenso. Inmediatamente después, el Presidente bajó el martillo, causando un júbilo colectivo.[2]

La clausura de la *Primera Conferencia de Revisión* generó un sentimiento de triunfo que rememoraba la experiencia vivida en Roma una década antes; sin embargo debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurrió en Roma, la decisión en Kampala se tomó por consenso. Asimismo EEUU, que formalmente no tomó parte en las decisiones (al no ser un Estado Parte en el Estatuto) sintió que se habían realizado esfuerzos por complacer algunas de sus exigencias más importantes.

A lo largo de este trabajo, nos gustaría relatar de qué manera el debate que se extendió por casi un siglo sobre el crimen de agresión culminó en Kampala. Del mismo modo, intentaremos ofrecer una valoración inicial de lo que consideramos ha sido un significativo avance hacia la consolidación de un sistema de justicia penal internacional todavía en formación.

2. EL PRECEDENTE ORIGINAL Y LAS DÉCADAS DE SUSPENSE: DE NÚREMBERG A ROMA

Si Núremberg marca el comienzo del derecho penal internacional *stricto sensu*,[3] el crimen de agresión se situó en el centro de la cristalización de esa rama del Derecho.[4] A juicio de EEUU "the crime which comprehends all lesser crimes, is the crime of making unjustifiable".[5] La Carta de Londres que estableció el Tribunal Militar Internacional (en adelante, TMI) incluyó

2. Sobre la más reciente contribución de Donald Ferencz al debate, vid. 42 *Case Western Reserve Journal of International Law*, p. 531-542, 2009.
3. El derecho penal internacional *stricto sensu* fundamenta la responsabilidad penal individual directamente en el derecho internacional. Vid. KRESS, C. International Criminal Law. In: WOLFRUM, R. (ed.). *Max Planck-Encyclopedia of Public International Law* (en prensa), párrafo 10; la versión electrónica se puede consultar en: [www.mpepil.com]. Última consulta realizada el 21.02.2011.
4. Un reciente resumen de los desarrollos de esta rama del Derecho anteriores a Núremberg puede verse en NYAMUYA MAOGOTO, J. Aggression: supreme international offence still in search of definition. 6. *Southern Cross University Law Review*, 2002. p. 278-289.
5. Informe del Ministro de Justicia Robert Jackson al presidente, de 06.06.1945, sub IV. Versión electrónica en: [http://avalon.law.yale.edu/imt/jack63.asp]. Última consulta realizada el 21.02.2011.

este crimen bajo la denominación de "crímenes contra la paz",[6] y el TMI calificó la realización de una guerra de agresión como un "crimen supremo internacional".[7] Poco después, el Fiscal Jefe estadounidense, Robert Jackson, informó al presidente de EEUU de que la prohibición de realizar una "guerra de agresión" constituía una "precedente judicial"[8] que la había convertido en "sancionable conforme a la ley".[9] Sin embargo, la famosa promesa de Jackson de que, a partir de ese momento, el nuevo derecho penal internacional contra la guerra de agresión sería aplicado a todos los infractores,[10] fue condenada a verse incumplida en las décadas subsiguientes.

A pesar de que la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció los principios de Núremberg como derecho internacional,[11] y de que los juicios de Tokio habían seguido el precedente de Núremberg,[12] el "crimen supremo internacional" no sólo permaneció sin definir, sino que pronto se convirtió en un obstáculo para la realización del proyecto de codificación de dichos principios.[13] Incluso cuando esos obstáculos parecían haber sido superados en 1974, tras la adopción de una definición de "acto de agresión" por consenso,

---

6. El art. 6 (a) de la Carta de Londres define estos crímenes como "planificar, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriores"; 82 UNTS 280.
7. "Iniciar una guerra de agresión no es sólo un crimen internacional, es el crimen supremo", en 'Judicial Decisions, International Military Tribunal (Núremberg), Judgment and Sentences', 41. *American Journal of International Law*, p. 186, 1947.
8. Para un breve resumen del debate sobre si este "creativo" precedente violaba el principio *nullum crimen*, vid. KRESS, C. *Nulla poena nullum crimen sine lege*. In: WOLFRUM, R. (ed.). Op. cit., párrafo 16. Versión electrónica en: [www.mpepil.com]. Última consulta realizada el 21.02.2011.
9. *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, vid. supra nota 5.
10. Discurso de apertura del Fiscal General de Estados Unidos. Vid. *Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany*. Buffalo: William S. Hein & Co., 2001. p. 45.
11. UN Doc. A/RES/95 (1946), párrafo 1, 11.12.1946.
12. Para una excelente y reciente revalorización de la contribución del Tribunal Militar Internacional de Tokio al desarrollo jurídico, vid. BOISTER, N. y CRYER, R. *The Tokyo International Military Tribunal: a Reappraisal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 115.
13. WILMSHURST, E. Aggression. In: CRYER, R.; FRIMAN, H.; ROBINSON, D. y WILMSHURST, E. *An introduction to international criminal law and procedure*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 314.

dentro del art. 39 de la Carta de Naciones Unidas, nada cambió realmente.[14] A pesar de que el art. 16 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de derecho Internacional (CDI) de 1996 confirmó que el crimen de agresión constituía un crimen según el derecho internacional,[15] ninguno de los tribunales penales internacionales establecidos durante la década de los noventa incluyeron en sus respectivos Estatutos fundacionales el crimen de agresión. Más llamativa es, sin embargo, la ausencia del crimen de agresión de la competencia *ratione materiae* del Tribunal Especial Iraquí (posteriormente llamado Alto Tribunal Penal Iraquí), que fue constituido para perseguir los crímenes cometidos por Saddam Hussein.[16] El derecho internacional permaneció impasible ante el crimen de agresión.

La adopción del Estatuto de la CPI condujo únicamente a un despertar parcial. De nuevo, se constató la imposibilidad de acordar una definición de crimen de agresión y los Estados se dividieron en relación con el papel que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas podría desempeñar para activar la competencia de la CPI en relación con el crimen de agresión. Sin embargo, de forma generalizada se mantuvo la opinión de que el crimen de agresión debía formar parte de la competencia *ratione materiae* de la CPI.[17] El resultado de ello se plasmó en el art. 5.1 (d y 5.2 del Estatuto, que señala lo siguiente:

"1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

(...)

(d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los arts. 121 y 123 en que

14. Annexo a A/RES/3314 (XXIX), 14.12.1974 (Res. 3.314).

15. A/51/10 (1996); El proyecto de Código de 1996 no explica, sin embargo, los elementos del crimen. Un intento se había hecho (y sigue siendo controvertido) en el art. 15 del Proyecto de Código de 1991 (A/46/10 (1991); sobre el último intento vid. NYAMUYA MAOGOTO, J. Op. cit., p. 304-309.

16. KRESS, C. The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression. 2. *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, p. 347-352, 2004.

17. Para un sucinto resumen de los debates en Roma, vid. WESTDICKENBERG, G.; FIXSON, O. Das Verbrechen der Aggression im Roemischen Statut des Internationalen Gerichtshof. In: FROWEIN, J. A. et al (eds.). *Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel*. Berlin et al: Springer, 2003. p. 496-498.

se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas".

Mientras que esta solución excluyó la jurisdicción de la CPI con respecto al crimen de agresión durante, al menos, los siete años siguientes tras la entrada en vigor del Estatuto,[18] el art. 5 (1) (d) del Estatuto confirmó implícitamente la existencia de un crimen conforme al derecho internacional consuetudinario.[19] El compromiso de Roma sobre el crimen de agresión fue complementado con el párrafo séptimo de la *Resolución F del Acta Final de la Conferencia,* que se trascribe a continuación:

"La Comisión preparará propuestas acerca de una disposición relativa a la agresión, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión, y a las condiciones en las cuales la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen. La Comisión presentará esas propuestas a la Asamblea de los Estados Partes en una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión para su inclusión en el presente Estatuto. Las disposiciones relativas al crimen de agresión entrarán en vigor respecto de los Estados Partes de conformidad con las correspondientes disposiciones del presente Estatuto".[20]

3. EL CAMINO HACIA EL ACUERDO: DE ROMA A KAMPALA

3.1 El Documento de debate *de 2002 y* las Propuestas *de 2009*

La Comisión Preparatoria de la CPI reanudó el mencionado mandato a lo largo de diez sesiones celebradas entre la primavera de 1999 y el verano de 2002. En su tercera sesión se creó el Grupo de Trabajo sobre Agresión, liderado en un primer momento por Tuvako Manongi (Tanzania) y después por Silvia Fernández de Gurmendi (Argentina), actual magistrada de la CPI. Este Grupo de Trabajo no realizó grandes avances pero sus esfuerzos dieron como resultado un útil resumen sobre las posiciones principales en el *Coordinator's Discussion*

18. Art. 123(1) Estatuto CPI.

19. La Cámara de los Lores británica sumó su voz a este punto de vista en *R. v. Jones at al*, 2006. UKHL 16, §§ 12, 19 (Lord Bingham), §§ 44, 59 (Lord Hoffmann); § 96 (Lord Rodger); §97 (Lord Carswell); § 99 (Lord Mance).

20. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, Vol. I, Final Documents, Annex I, at 72.

Paper de 11.07.2002 (en adelante, Documento de debate de 2002).[21] Este texto marcó los términos esenciales del debate posterior, por lo que merece la pena ser reproducido:

"1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un 'crimen de agresión' cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Opción 1: Añádase 'como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado'.

Opción 2: Añádase 'y equivalga a una guerra de agresión o constituya un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado'.

Opción 3: Ninguna de las anteriores.

2. A los efectos del párrafo 1, por 'acto de agresión' se entenderá un acto comprendido en la definición dada en la Resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14.12.1974, que ha sido cometido por el Estado de que se trate, según un pronunciamiento,

Opción 1: Añádase "de conformidad con los párrafos 4 y 5".

Opción 2: Añádase 'sujeto a una determinación previa por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas'.

3. Lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 25 y en los arts. 28 y 33 del Estatuto no se aplica al crimen de agresión.

4. Cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, la Corte verificará en primer lugar si el Consejo de

21. Para una mejor explicación de esta parte del debate, vid. CLARK, R. S. Rethinking aggression as a crime and formulating its elements: the final work-product of the preparatory commission for the international criminal court. 15. *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, p. 859-890, 2002. Sobre los puntos de vista del último coordinador, vid. FERNANDEZ DE GURMENDI, S. The working group on aggression at the preparatory commission for the International Criminal Court. 25. *Fordham International Law Journal*, p. 589-605, 2001-2002.

Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. De no existir un pronunciamiento del Consejo de Seguridad, la Corte notificará al Consejo de Seguridad la situación ante la Corte, a fin de que el Consejo de Seguridad pueda adoptar las medidas pertinentes:

Opción 1: con arreglo al art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

Opción 2: de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Cuando el Consejo de Seguridad no haya hecho una determinación sobre la existencia de un acto de agresión por parte de un Estado:

Alternativa a): ni invoque el art. 16 del Estatuto dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación.

Alternativa b): [elimínese la alternativa a)].

Opción 1: la Corte podrá proceder a sustanciar la causa.

Opción 2: la Corte desechará la causa.

Opción 3: la Corte, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los arts. 12, 14 y 24 de la Carta, pedirá a la Asamblea General de las Naciones Unidas que haga una recomendación dentro de un plazo de [12] meses. En el caso de que no se haga tal recomendación, la Corte podrá proceder sustanciar la causa.

Opción 4: la Corte podrá pedir

Alternativa a): a la Asamblea General

Alternativa b): al Consejo de Seguridad, actuando con el voto a favor de nueve miembros, que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el art. 96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sobre la cuestión jurídica de la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate.

Opción 5: la Corte podrá sustanciar la causa si verifica que la Corte Internacional de Justicia ha determinado, en las actuaciones iniciadas con arreglo al Capítulo II de su Estatuto, que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión".[22]

Poco después de la entrada en vigor del Estatuto, el 01.07.2002, la Asamblea de Estados Partes[23] expresó su deseo de continuar y completar el trabajo en relación con el crimen de agresión. Para ello, la Asamblea constituyó el Grupo

22. UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, 11.07.2002.

23. Art. 112 Estatuto de Roma.

de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión (en adelante, con sus siglas en inglés, SWGCA),[24] que se reunió por primera vez en septiembre de 2003 y que concluyó su trabajo en febrero de 2009. Como puede observarse, las propuestas relativas al crimen de agresión elaboradas por el SWGCA (en adelante, las Propuestas de 2009), representan "un hito en las negociaciones sobre el crimen de agresión"[25] y allanaron el camino para llegar al compromiso de Kampala. Las Propuestas de 2009 fueron las siguientes:

"1. Suprímase el párrafo 2 del art. 5 del Estatuto.

2. Insértese el texto siguiente a continuación del art. 8 del Estatuto:

Art. 8 bis

Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un 'crimen de agresión' cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por 'acto de agresión' se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14.12.1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

---

24. ICC-ASP/I/Res. 1 adoptada por consenso en la Tercera Reunión del Pleno, de 09.09.2002, ICC-ASP/I/3, 328.

25. La expresión pertenece a BARRIGA, S. Against the odds: the results of the special working group on the crime of aggression. In: BELLELLI, R. (ed.). *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*. Farnham/Burlington: Ashgate, 2010. p. 640, obra que constituye la mejor explicación del trabajo del SWGCA.

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

3. Insértese el texto siguiente a continuación del art. 15 del Estatuto:

Art. 15 bis

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el art. 13, con sujeción a las disposiciones de este art.1.

2. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

3. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

4. (Alternativa 1) Cuando no se haya realizado dicha determinación, el Fiscal no podrá iniciar la investigación respecto de un crimen de agresión.

Opción 1. finalizar el párrafo aquí

Opción 2. añadir: a menos que el Consejo de Seguridad, en una resolución adoptada según el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, haya requerido al Fiscal para proceder a la investigación respecto al crimen de agresión.

4. (Alternativa 2) Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de [6] meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión,

Opción 1: finalizar el párrafo aquí

Opción 2: añadir: siempre y cuando la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el art. 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión.

Opción 3: añadir: siempre y cuando la Asamblea General haya determinado que un acto de agresión ha sido cometido por un Estado referido al que se hace referencia en el art. 8 bis.

Opción 4: añadir: siempre y cuando la Corte Internacional de Justicia haya determinado que un acto de agresión ha sido cometido por un Estado al que se hace referencia en el art. 8 bis.

5. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5.

4. Insértese el texto siguiente a continuación del párrafo 3 del art. 25 del Estatuto:

3 bis Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

5. Sustitúyase la primera oración del párrafo 1 del art. 9 del Estatuto por la oración siguiente:

1. Los Elementos de los Crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6, 7, 8 y 8 bis.

6. Sustitúyase el *chapeau* del párrafo 3 del art. 20 del Estatuto por la frase siguiente; el resto del párrafo no se modifica:

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los arts. 6, 7, 8 u 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal".[26]

3.2 Algunas consideraciones destacables del trabajo dentro del SWGCA

El encargado de presidir el SWGCA fue el Embajador, Christian Wenaweser, de Liechtenstein. Con el apoyo de un equipo excepcional, qué contó con la extraordinaria presencia de Stefan Barriga, Wenaweser lideró las negociaciones

26. ICC-ASP/8/Res.6.

combinando autoridad, destreza, paciencia y buen humor. Poco a poco, el equipo de Liechtenstein tuvo la sensación de que, a pesar de los números obstáculos, existía una oportunidad real de completar con éxito su misión. Desde el principio, se tomó la decisión acertada de gestionar una parte esencial del trabajo a través de reuniones informales. A lo largo de cuatro encuentros entre 2004 y 2007, los delegados disfrutaron de la hospitalidad del *Liechstenstein Institute on Self-Determination* de la Universidad de Princeton y de su director, Wolfgang Danspeckgruber. El llamado "proceso de Princeton" permitió que representantes de Estados no Partes y expertos de algunas organizaciones no gubernamentales interesadas tomaran parte activamente en el debate.[27] El proceso de Princeton fue especialmente transparente, como lo demuestra el hecho de que sus consultas informales fueran ampliamente documentadas en una serie de informes[28] y completadas con innumerables conferencias en el ámbito académico,[29] lo que permitió que la doctrina especializada en derecho penal internacional pudiese seguir intensamente todas las negociaciones y comentarlas de manera continua.[30] Asimismo, el proceso de Princeton,

27. Los Estados no-Partes hicieron amplio uso de esta oportunidad. La única excepción a lamentar fue la de Estados Unidos durante el gobierno de G. W. Bush. El grado de participación de las ONGs varió. Tristemente, y de manera un tanto sorprendentemente, Amnistía Internacional y Human Rights Watch interpretaron sus respectivos mandatos como si se les excluyera de un compromiso significativo que, a la vez y quizá inadvertidamente, generó la impresión de que esas dos importantes organizaciones se pusieran del lado de aquellas pocas delegaciones que permanecieron escépticas durante todo el proceso. Hubo, sin embargo, algunas ONGs que tuvieron un enfoque menos tímido y compartieron su experiencia con los delegados durante todo el proceso. Jutta Bertram-Nothnagel y Noah Weisbord merecen especial atención por su significativa aportación intelectual.

28. Los informes han sido recopilados en BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). *The princeton process on the crime of aggression*. Boulder: Lynne Rienner, 2009.

29. Véase dos importantes ejemplos en *The Torino Conference on International Criminal Justice*, de mayo de 2007. BELLELLI, R. (ed.). Op. cit. Y el *Symposium on the crime of aggression*, de septiembre de 2008, ofrecidos por la *Case Western Reserve University School of Law* (41 *Case Western Reserve Journal of International Law*, p. 267-467, 2009).

30. El número de autores que se ha dedicado a profundizar sobre el crimen de agresión ha aumentado significativamente en los últimos diez años. Por razones de espacio no podemos mencionar una lista detallada. Una selección (en parte muy crítica), véase en: KAMTO, M. *L'agression en droit international*. Paris: A. Pedone, 2010; CLARK, R. S. Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it. 20. *European Journal of International Law*, p. 1103-1115, 2009; vid. The Crime of Aggression and the International Criminal Court. In: DORIA, J.; GASSER, P. H. y BASSIOUNI, M.C. (eds.). *The Legal Regime of the International Criminal Court*.

haciendo gala de un gran sentido de pragmatismo, se centró en la discusión de las principales preguntas legales y técnicas. La cuestión más espinosa –relativa

Essays in Honour of Professor Igor Blsishchenko. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2009. p. 661-699; GLENNON, M. J. The Blank-Prose Crime of Aggression. 35. *The Yale Journal of International Law*, p. 71-114, 2009; KRESS, C. Time for decision: some thoughts on the immediate future of the crime of aggression: a reply to Andreas Paulus. 20. *European Journal of International Law*, p. 1129-1146, 2009; PAULUS, A. Second thoughts on the crime of aggression. 20. *European Journal of International Law*, 2009. p. 1117-1128; S. D. Murphy. Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court. 20. *European Journal of International Law*, p. 1147-1156, 2009; SCHAEFFER, R. The Audacity of Compromise. The UN Security Council and the Pre-Conditions to the Exercise of Jurisdiction by the ICC with Regard to the Crime of Aggression. 9. *International Criminal Law Review*. p. 411-433, 2009; MAY, L. *Aggression and Crimes Against Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; REISINGER CORACINI, A. "*Amended* Most Serious Crimes": a new category of core crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?. 21. *LJIL*, p. 699-718, 2008; WEISBORD, N. Prosecuting Aggression. 49. *Harvard International Law Journal*, p. 161-220, 2008; BLOKKER, N. The crime of aggression and the United Nations Security Council. 20. *LJIL*, p. 867-894, 2007; CASSESE, A. On Some Problematic Aspects of the Crime of Aggression. 20. *LJIL*, p. 841-849, 2007; MCDOUGALL, C. When Law and Reality Clash – The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: conditions for the Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression. 7. *International Criminal Law Review*, p. 277-333, 2007; SOLERA, O. *Defining the Crime of Aggression*. London: Cameron May, 2007; STEIN, T. Aggression als Verbrechen im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs – "A Bridge too Far"?'. In: MÜLLER-DIETZ, H. et al (eds.). *Festschrift für Heike Jung*. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 935-944; STEIN, M. The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's Power to Determine Aggression? 16. *Indiana International and Comparative Law Review*, p. 1-360, 2005; BOEVING, J. N. Aggression, International Law and the ICC: an Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute. 43. *Columbia Journal of Transnational Law*, p. 557-611, 2005; PAULUS, A. Peace through Justice? The Future of the Crime of Aggression in a Time of Crisis. 50. *Wayne Law Review*, 2004. p. 1-35; POLITI, M. y NESI, G. (eds.). *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Aldershot: Ashgate, 2004; FIFE, R. Criminalizing Individual Acts of Aggression by States. In: BERGMSO, M. (ed.). *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjorn Eide*. Leiden: Nijhoff, 2003. p. 53-73; NSEREKO, D.D. Defining the Crime of Aggression: An Important Agenda Item for the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court. *Acta Juridica*, p. 265-286, 2003; SCHUSTER, M. The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword. 14. *Criminal Law Forum*, p. 1-57, 2003; R.L. Griffiths. International Law, the Crime of Aggression, and the *Ius ad Bellum*. 2. *International Criminal Law Review*, p. 301-374, 2002; MUELLER-SCHIEKE, I.K. Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court. 14. *LJIL*, p. 409-430, 2002.; MERON, T. Defining Aggression for the International Criminal Court. 1. *Suffolk Transnational Law Review*, p. 1-15, 2001; y HUMMRICH, M. *Der völkerrechtliche Tatbestand der Aggression*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

a la participación del Consejo de Seguridad– fue tratada en menor medida que aquellas otras cuestiones menos sensibles políticamente hablando.

Un aspecto que quedó menos claro es aquel relativo a los esfuerzos del grupo de trabajo para definir el crimen de agresión conforme a los límites del derecho internacional consuetudinario. Como es sabido, en Roma se acordó acotar y definir los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional *ratione materiae* de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario,[31] acuerdo que también se extendió al crimen de agresión.[32] Sin embargo, este enfoque tropezó con una dificultad técnica y una sustantiva. En primer lugar, rápidamente se hizo evidente que la mayoría de las delegaciones deseaban evitar, en la medida de lo posible, apartarse de lo ya acordado en el Estatuto de la CPI. Esto trajo consigo el reto de formular una definición para ser aplicada conforme a la "Parte General" contenida en la III Parte del Estatuto, que no existía cuando se concibió el derecho penal internacional contra la agresión. En segundo lugar, y de forma más importante, fue difícil determinar con precisión el estatus del derecho internacional consuetudinario, especialmente en lo relativo al componente estatal (*state component*) del delito. Mientras que esto explica porqué las referencias al derecho internacional consuetudinario fueron menos frecuentes durante el Proceso de Princeton que en Roma, nunca se cuestionó que los precedentes de Núremberg y Tokio proporcionaban una orientación crucial para la definición del delito.

3.3 La clasificación de las negociaciones en tres partes

El trabajo del SWGCA se dividió en tres partes: conducta individual, conducta del Estado y condiciones para el ejercicio de la competencia jurisdiccional.[33]

3.3.1 La conducta individual

El acuerdo sobre este aspecto fue el más sencillo de alcanzar. Tras algunas discusiones, se decidió abandonar el enfoque "monista"[34] del *Documento de*

---

31. ZIMMERMANN, A. Article 5. In: TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2. ed. Munich/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008. párrafo. 1.

32. WESTDICKENBERG, G.; FIXSON, O. Op. cit., p. 500-503.

33. Vid. el informe del SWGCA de 2006, SWGCA, § 5 et seq.; BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 109 et seq.

34. Para una distinción entre el enfoque "monista" y el "diferenciador" sobre el componente individual del crimen, vid. el Documento de debate 1 propuesto por Claus Kress. In: BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 184 et seq.

debate de 2002, que empleaba el término "participar activamente" (*actively participates*) para describir la conducta necesaria para la comisión individual del delito. En lugar de eso, y conforme al principio rector de desviarse lo menos posible de la III Parte del Estatuto, se utilizó la fórmula de Núremberg referida a "planning, preparation, initiation or execution"[35] (planificar, preparar, iniciar o ejecutar). Esta enumeración de actuaciones debe ser leída de forma conjunta con las diversas formas de participación mencionadas en el art. 25 (3) del Estatuto, dado que, precisamente, la distinción entre las diversas formas de participación, contempla un enfoque "diferenciador".

Muy pronto se alcanzó un sólido consenso a la hora de considerar que, en el crimen de agresión, lo absolutamente determinante era la posición de autoridad del autor. Tanto en el Documento de debate de 2002 como en la Propuestas de 2009 se hacía referencia a esta idea cuando se aludía a "una persona en condiciones de controlar o dirigir efectivamente una acción política o militar de un Estado". Esta fórmula, que retorna a Núremberg,[36] distingue el crimen de agresión de los otros crímenes de derecho internacional. Una vez tomada la decisión a favor del enfoque "diferenciador", era necesario expresar el carácter absoluto del requisito de la posición de dirección o mando del autor a través de un nuevo art. 25 (3) bis del Estatuto.[37] Esta disposición deja en claro que el soldado ordinario que sirve en las filas del Estado agresor no será considerado partícipe (*aider or abettor*) conforme al art. 25 (3) (c) del Estatuto.

A diferencia de lo dispuesto en el punto I.3 del Documento de debate de 2002, conforme a las Propuestas de 2009, las normas de la Parte General (contenidos en la parte III del Estatuto) eran perfectamente aplicables al crimen de agresión. El grado en el que esas disposiciones tengan relevancia práctica en casos de agresión deberá ser determinado respecto de cada disposición

35. Nótese, sin embargo, que la formula de Núremberg (supra nota 6) incluía la palabra *waging* (hacer) en lugar de *executing* (ejecutar).

36. Ha habido un cierto debate, sin embargo, en cuanto si este leguaje es lo suficientemente amplio como para cubrir la totalidad del acervo consuetudinario. Vid. Escuchar – Leer fonéticamente – Diccionario – Ver dicionario detalhado.
HELLER, K. Retreat from Nuremberg: The leadership requirement in the crime of aggression. 18. *European Journal of International Law*, p. 477-497, 2007; KRESS, C. The Crime of aggression before the first review of the ICCSt. 20. *LJIL*, p. 855, 2007.

37. Vid. sub 4. De las propuestas de 2009. Para una crítica a esta solución, vid. AMBOS, K. The Crime of Aggression after Kampala. 53. *German Yearbook of International Law*, 2010 (forthcoming). Sobre el posible "acierto" de esta solución, vid. KRESS, C. Time for decision... cit., p. 1134.

en forma específica. Es ciertamente poco probable que los arts. 28 y 33 del Estatuto lleguen a adquirir relevancia práctica. Por otro lado, y a diferencia del Documento de debate de 2002, las Propuestas de 2009 no contienen elementos subjetivos en relación con el crimen de agresión, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 30 del Estatuto. No obstante, los Elementos del crimen de agresión –de los que nos ocuparemos más adelante–[38] contienen algunas indicaciones sobre la interrelación entre el propuesto art. 8 bis y el art. 30 del Estatuto.

3.3.2 La conducta de agresión del Estado

Razones políticas pudieron haber hecho que el crimen de agresión hubiese abarcado ciertas conductas violentas de organizaciones privadas transnacionales,[39] especialmente teniendo en cuenta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede calificar la violencia grave transnacional no estatal como una amenaza a la paz internacional, dado que dicha violencia se califica con frecuencia como un ataque armado conforme al art. 51 de la Carta de Naciones Unidas.[40] Sin embargo, en el curso de las negociaciones sobre el crimen de agresión, los Estados decidieron permanecer dentro de los límites del derecho internacional consuetudinario, y el Documento de debate de 2002 restringió el componente colectivo del crimen a la conducta de un Estado. Así pues, el requisito de un acto internacional estatal ilícito constituye otra peculiaridad (junto con el requisito de la posición de dirección o mando) del crimen de agresión en comparación con los otros crímenes de derecho internacional.

Durante las negociaciones quedó igualmente claro que la conducta de agresión de un Estado debe consistir en un uso ilícito de la fuerza armada. Las normas primaras de derecho internacional que deben ser protegidas por la norma segundaria sobre el crimen de agresión son las prohibiciones del

38. Vid. infra 3. D.

39. Esta puntualización ha sido formulada, por ejemplo, por STAHN, C. International Law at a Crossroads? The impact of september 11. 62. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, p. 183-255, 2002; vid. también, CASSESE, A. *International Criminal Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 157.

40. Para algunas referencias sobre la controversia en torno a este aspecto en la actualidad, vid. KRESS. C. Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts. 15. *Journal of Conflict & Security Law* p. 248, 2010, (notas 9-12).

uso de la fuerza prevista en el art. 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas,[41] y en el derecho internacional consuetudinario. Este extremo fue el único aspecto no controvertido de las negociaciones sobre la conducta del Estado. La definición de aquello en lo que consiste el uso ilícito de la fuerza armada fue, sin embargo, un extremo mucho más debatido. Al respecto se mantuvieron puntos de vista totalmente divergentes. En primer lugar, se debatió si se debía tener en cuenta la definición de "acto de agresión" del Anexo a la Resolución 3.314,[42] y, en segundo lugar, si el ámbito de aplicación del crimen de agresión debería limitarse a ciertas formas de uso ilícito de la fuerza armada por parte de un Estado. Por un lado, y de forma simplificada, cabe decir que un grupo de Estados (comprendidos por los países neutrales) estaba a favor de una definición amplia que remitiera a la lista de actos enumerados en el art. 3 del Anexo a la Resolución 3.314 sin agregar nuevos límites, mientras que otro grupo de Estados (al que pertenecen muchos países de la OTAN) insistían en la necesidad de agregar más conductas típicas.[43] Sobre este punto debe destacarse que el SWGCA trató de alcanzar un compromiso en relación con tal definición que aunara los elementos de ambas posiciones. Así pues, el compromiso combina una referencia a la Resolución 3.314 con una cláusula de ampliación.[44]

La referencia a la Resolución 3.314 en el art. 8 bis (2) constituye el mayor punto de consenso sobre las posiciones concurrentes. La primera frase de este segundo apartado, cuya redacción se toma del art. 1 del Anexo a la Resolución 3.314, opera como cláusula "chapeau". La segunda frase de este segundo inciso del art 8 bis ilustra el significado de la cláusula *chapeau* mediante un listado de los actos de agresión contenidos en el art. 3 del Anexo a la Resolución 3.314. Esta técnica legislativa no impide a la Corte determinar que un acto de un Estado cumple los requisitos del *chapeau* no obstante no estar incluido entre los mencionados en la lista.[45] Por último, la inclusión de la frase "de conformidad

41. En la medida en que el art. 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas también prohíbe la amenaza del uso de la fuerza armada, que excede el ámbito de la conducta que está sujeta a la penalización internacional.

42. Vid. supra nota 14.

43. Véanse las diferentes opciones en el párrafo 1 del Documento de debate de 2002.

44. Vid. art. 8 bis párrafo 1 y 2 de las Propuestas de 2009.

45. CLARK, R. S. Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 may-11 june 2010. 2. *Goettingen Journal of International Law*, p. 696, 2010; la lista contenida en el art. 8 bis (2) a) a g) debe ser llamada, por esto, "semi-cerrada". Desde nuestro

con la Resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974", en el segundo párrafo del art. 8 bis alberga una "constructiva ambigüedad", ya que deja abierta la pregunta de si y de qué manera otras disposiciones del Anexo de la Resolución 3.314 pueden ser relevantes para la CPI a la hora de interpretar el tipo penal sobre agresión. En relación con lo anterior, la Corte se guiará por su marco normativo incluyendo *inter alia*, las disposiciones relativas a los Derechos Humanos conforme a lo dispuesto en los arts. 21 (3) y 67 (1) (i) del Estatuto. El *efecto prima facie* que el art. 2 del Anexo a la Resolución 3.314 adjudica al primer uso de la fuerza armada queda limitado, por tanto, a la decisión en el marco del Consejo de Seguridad, y no guiará el trabajo judicial de la CPI.

Michael Glennon critica en un meditado escrito la definición de "acto de agresión" contenida en el art. 8 bis (2) de las *Propuestas* de 2009 por no incorporar, como requisito, la ilegalidad del acto. Glennon considera que las acciones militares llevadas a cabo en legítima defensa podrían ser calificadas como acto de agresión dentro del significado del art. 8 bis.[46] Esta crítica pone de relieve, con razón, una dificultad, pero analizada ésta en profundidad, no es tal. El problema planteado deriva del hecho de que los arts. 1 y 3 del Anexo a la Resolución 3.314 parecen definir el "acto de agresión" sin tener en cuenta los casos en los que esté justificado recurrir al uso de la fuerza, como ocurre en supuestos de legítima defensa. A esos casos se hace referencia únicamente en el art. 6 del Anexo a esa Resolución, que señala lo siguiente: "nada de lo dispuesto en la presente definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza". Esta redacción permite situar los "actos de agresión" dentro de los arts. 1 y 3, incluso cuando exista una justificación legal para el uso de la fuerza. Como correctamente señala Glennon, la extraña osibilidad de elaborar un "acto de agresión lícito" ha sido incorporada en el art. 8 bis de las *Propuestas* de 2009. El reconocimiento de un concepto tan extraño puede evitarse mediante una interpretación conjunta de los arts. 1, 3 y 6, como de hecho lo exige el art. 8 de dicho Anexo. La ausencia de una causa de justificación sobre el uso de la fuerza armada constituye un elemento negativo implícito en el concepto de acto de agresión definido en el

---

punto de vista, esto no contradice el principio de seguridad jurídica del Derecho internacional (sobre este principio, vid. KRESS, C. *Nulla poena nullum crimen sine lege* cit., p. 29-31) porque el requisito *chapeau* garantiza un suficiente grado de seguridad jurídica. Para un punto de vista diferente, vid. AMBOS, K. *The crime of aggression after Kampala* cit.

46. GLENNON, M. J. Op. cit., p. 88-90.

Anexo de la Resolución 3.314. La expresión "de conformidad con la Resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14.12.1974" también se incluyó en el borrador de art. 8 bis. Además, debe destacarse que el borrador del art. 9 bis de las *Propuestas* de 2009 no prevé ninguna consecuencia legal al "acto de agresión" *per se*. El "acto de agresión" en el borrador del art. 8 bis (2) no puede separarse, sino que tiene que ser leído junto con el elemento referido a la "violación manifiesta" del art. 8 bis (1).[47]

Por varias razones habría resultado sumamente problemático definir el elemento "conducta de un Estado" a través de una mera referencia a la Resolución 3.314. La definición del "acto de agresión" contenida en los arts. 1 y 3 del Anexo a esa Resolución no se incorporó con la finalidad de que después fuese usada para definir la "conducta de un Estado" del tipo penal de agresión. Por ello, en el art 5.2 del Anexo a la Resolución sólo se hace referencia a la "guerra de agresión" como un crimen contra la paz internacional.[48] Por esta y otras razones[49] es difícil considerar que los arts. 1 y 3 del Anexo plasmen el elemento referido "conducta de un Estado" conforme al derecho internacional consuetudinario.

Por otro lado, una mera referencia a la Resolución 3.314 no habría servido adecuadamente para solucionar el reto fundamental de definir el crimen de agresión. Resulta un hecho innegable que las normas primarias de derecho internacional (prohibición del uso de la fuerza según la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario) están rodeadas por una "zona gris" de controversia jurídica.[50] Esto constituye una imperfección del actual Derecho de la paz y seguridad interestatal, mas no por ello ha de ser remediado por la "puerta de atrás" del derecho *penal* internacional. Así pues, acudir a la Resolución 3.314 crearía [parafraseando al embajador Rolf Fife, coordinador noruego de la preparación de la Conferencia de Kampala] el peligro de no asentar la definición de crimen de agresión sobre bases sólidas, arriesgando que la CPI se convierta en un foro "de continuación política".[51]

---

47. Es probable que las preocupaciones expresadas por SCHEFFER, D. The complex crime of aggression under the Rome Statute. 23. *LJIL*, p. 898-890, 2010, sobre la distinción entre crimen y acto de agresión estén basadas en tan problemático divorcio.
48. Para más detalles sobre el análisis, vid. BRUHA, T. *Die Definition der aggression*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980. p. 126 et seq.
49. Vid. en general, WILMSHURST, E. *Aggression* cit., p. 320 et seq.
50. Para una sucinta exposición magistral sobre la "zona gris" vid. WILMSHURST, E. *Aggression* cit., p. 322-325.
51. FIFE, R. Op. cit., p. 73.

A pesar de lo anterior, la abrumadora mayoría de Estados estuvieron a favor de hacer una referencia a la Resolución 3.314 en lugar de aplicar el clásico concepto de "guerra de agresión".[52] No obstante, quedó claro que dicha referencia a la Resolución 3.314 necesitaba ser calificada en aras de lograr el consenso. Al respecto, los negociadores tuvieron que elegir entre una rigurosa intencionalidad colectiva y un requisito de humbral mínimo[53] con el fin de satisfacer a los Estados que sostenían que el uso de la fuerza por parte de un Estado debía ser lo suficientemente serio y su ilegalidad no controvertida. Finalmente, se logró un acuerdo provisional partiendo de la segunda alternativa. El art. 8 bis (2) *in fine* de las *Propuestas* de 2009 exige, por eso, que el acto de agresión "por sus características, gravedad y escala, constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas".[54] Mientras que los criterios de gravedad y escala se refieren al requisito de "gravedad suficiente", el criterio de "por sus características" se refiere al problema de la "zona gris" ya mencionado.[55]

La formulación del elemento "conducta de un Estado" del art. 8 bis en las Propuestas de 2009 probablemente no satisfizo a nadie, pese a ello quedó claro que era la mejor opción final y por esa razón fue la propuesta enviada a Kampala.

---

52. Nótese que este concepto está todavía referenciado en las opciones 1 y 2 del borrador de art. 8 bis del *Documento de debate* de 2002.

53. Para algunas reflexiones al respecto, vid. KRESS, C. The German Chief Federal Prosecutor's Decision not to investigate the alleged crime of preparing aggression against Iraq. 2. *Journal of International Criminal Justice*, p. 256-259, 2004.

54. El Documento de debate de 2002 emplea el término "flagrante" en lugar de "manifiesta". No parece ser una explicación "oficial" para la elección del término "manifiesta". El párrafo 20 del informe de la reunión de Princeton de 2006 sólo indica que hubo una "preferencia general (...) por el término 'manifiesta' en lugar de 'flagrante'". Vid. BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 144.

55. El "Documento de debate 3", que fue presentado ante el SWGCA en 2005, se refirió a esta segunda función del requisito del humbral mínimo en términos un tanto cautelosos. La doble función del humbral fue, sin embargo, la clara interpretación de la mayoría de aquellos Estados que insistían en la inclusión del humbral mínimo. Esto se desprende del siguiente pasaje del informe de la reunión del SGWCA en junio de 2008: "Las delegaciones partidarias de la cláusula de humbral mínimo señalan que se limitaría de manera apropiada la competencia de la Corte a los más graves actos de agresión bajo el derecho internacional consuetudinario, excluyendo, por tanto, casos de insuficiente gravedad y que caen dentro de una zona gris". BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 87 (paragraph 68).

3.3.3 Las condiciones para el ejercicio de la competencia

Desde una perspectiva política, el posible papel del Consejo de Seguridad fue, sin duda, la cuestión más delicada a tratar durante las negociaciones. El art. 23 (2) del borrador presentado por la Comisión de derecho Internacional (CDI) en 1994 sobre un Estatuto de la CPI proponía hacer depender el procedimiento por un crimen de agresión de una resolución previa del Consejo de Seguridad en relación con dicho acto de agresión.[56] Esta propuesta, sin embargo, generó críticas dentro de la CDI al introducir en el Estatuto una desigualdad sustancial entre aquellos Estados miembros del Consejo de Seguridad y aquellos otros no miembros, especialmente entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y el resto de Estados.[57] Esta crítica fue compartida por la gran mayoría de Estados que participaron en las negociaciones, y fue acertada en tanto que pronosticaba que una resolución de esas características "no fomentaría una amplia adhesión de los Estados al Estatuto".[58] La cuestión acerca de la justificación del monopolio del Consejo de Seguridad sobre la determinación de un acto de agresión, como sugería el borrador de Estatuto de la CDI de 1994, ha recibido mucha atención en los últimos diez años, por lo que no reproduciremos aquí este debate. Basta decir que en línea con el extenso debate doctrinal internacional sobre esta materia, un buen argumento es que ni el art. 39 de la Carta de Naciones Unidas, ni el art. 5 (2) del Estatuto requieren conceder al Consejo de Seguridad el monopolio.[59]

Los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, por su parte, adoptaron la propuesta de la Comisión de derecho internacional y la defendieron enérgicamente hasta los últimos minutos de las negociaciones. Acordar una solución que salvara la amplia brecha entre, por un lado, el monopolio de los cinco Estados permanentes del Consejo, y por otro, la negativa a cualquier

56. El texto está reproducido en BASSIOUNI, M. C. (ed.). *The Legislative History of the International Criminal Court: An Article-by-Article Evolution of the Statute*. Ardsley: Transnational, 2005. p. 130.

57. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May to 22 July 1994*. UN Doc. A/49/10, 43, p. 87 et seq.

58. Idem, ibidem.

59. Para una exposición detallada de la posición jurídica correcta vid. SCHAEFFER, R. Op. cit., p. 412 et seq.; MCDOUGALL, C. Op. cit., p. 279 et seq.; and, Stein, supra note 30, p. 5 et seq. El intento más reciente de GLENNON, M. J. Op. cit., p. 105-109, para el caso de un monopolio del Consejo de Seguridad, no ha aportado nuevos argumentos. Se basa en consideraciones de naturaleza política, por lo que tampoco nos convence.

papel del Consejo más allá de lo reconocido en el art. 16 del Estatuto, constituía un gran reto. La formulación alternativa del borrador de art. 15 bis (4) en las Propuestas de 2009, con sus varias opciones, demostró que el SWGCA, como era de esperar, no podía resolver la llamada "question of questions". Por eso, el polémico tema del papel del Consejo de Seguridad se pospuso hasta el final del juego en Kampala.

Una comparación entre las opciones contenidas en el Documento de debate de 2002 y en las Propuestas de 2009 revela cuán lejos había llegado el SWGCA en este arduo terreno. El logro más importante del SWGCA en este punto fue establecer un consenso sobre que cualquier papel del Consejo de Seguridad con respecto al procedimiento de agresión sería de naturaleza procedimental.[60] Los miembros del SWGCA acordaron que para el propósito específico de establecer una responsabilidad penal individual, correspondería exclusivamente a la CPI determinar si el elemento de la conducta del Estado había sido cumplido o no. Así, "la determinación de que hubo un acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte sería sin perjuicio de las propias conclusiones de la Corte según este Estatuto",[61] lo que hace que las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la (no) existencia de un acto de agresión, en particular, esos previstos en los arts. 2 y 4 del Anexo a la Resolución 3.314, no sean vinculantes para la CPI. El segundo logro importante fue asegurar el consenso sobre el hecho de que los tres mecanismos de "activación" enumerados en el art. 13 del Estatuto de la CPI se aplicarían también al crimen de agresión. El art. 15 bis (1) de las Propuestas de 2009 plasmó este acuerdo.

Cuanto más duraban las negociaciones dentro del SWGCA, más claro resultaba que la controversia sobre el posible papel del Consejo de Seguridad estaba muy unida a otra cuestión: la relativa a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción competencia. Es decir, si la Corte debía tener poder para ejercer su competencia sobre el crimen de agresión incluso en casos en los que el presunto Estado agresor no hubiera consentido respecto a las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. No era ilógico suponer que sería más fácil para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad tolerar el comienzo del procedimiento ante la CPI incluso sin el consentimiento del Consejo si se acordaba que los procedimientos no podían ser iniciados

60. CLARK, R. S. Amendments... cit., p. 700.

61. Vid. el borrador de art. 15 bis (5) de las *Propuestas* de 2009. Esta importante disposición ha hecho su camino en el compromiso de Kampala en la forma del borrador de art. 15 bis (9) y del borrador de art. 15 ter (4) del Estatuto de la CPI. Vid. infra 4.6.

a menos que el presunto estado agresor hubiera consentido respecto de las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. Esto presagiaba la posibilidad de un eventual compromiso final construido sobre la base de una competencia sobre el crimen de agresión resultante de una combinación entre un sistema basado en el Consejo de Seguridad y uno basado en el consentimiento del Estado.

El camino hacia tal compromiso, sin embargo, no fue tan obvio por razones políticas y jurídicas. Desde la perspectiva política, un gran número de delegaciones (no sólo el grupo de los Estados No Alineados) era partidario de la aplicación del art. 12 del Estatuto de la CPI sin ninguna modificación.[62] Aquellos más favorables a condicionar la competencia de la Corte (en ausencia de un consentimiento del Consejo de Seguridad a iniciar el procedimiento) al consentimiento de los Estados al crimen de agresión confiaban en el argumento de que la segunda frase del art. 121 (5) del Estatuto requería una solución jurídica. Este argumento, sin embargo, fue muy polémico con respecto a la interpretación de dicha frase, y con respecto a la aplicabilidad del art. 121 (5) a las nuevas disposiciones. Esta controversia procede de la "ambigüedad básica"[63] de los arts. 5 (2) y 121 del Estatuto con respecto al papel del consentimiento del Estado en casos de procedimiento de agresión y de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. Con el fin de comprender completamente la etapa final de las negociaciones y de apreciar completamente el complejo compromiso de Kampala, hay que tener en cuenta que fueron avanzadas, dentro del SWGCA, cuatro interpretaciones diferentes del art. 5 (2) del Estatuto en relación con el art. 121.[64]

---

62. Sobre la historia del régimen jurisdiccional en el Estatuto, vid. KAUL, H.P.; KRESS, C. Jurisdiction and Cooperation in the Rome Statute on the International Criminal Court: principles and Compromises. 2 *Yearbook of International Humanitarian Law*, p. 143-175, 1999.

63. La expresión está tomada del resumen de un reciente artículo de uno de los principales expertos en la materia. Vid. CLARK, R. S. Ambiguities in articles 5(2), 121 and 123 of the Rome Statute. 41. *Case Western Reserve Journal of International Law*, p. 413, 2009.

64. La mayoría de ellas está reflejada en el informe de la reunión de Princeton de 2005. BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 167-169 (párrafos 5-17. Sobre la imagen final, vid. idem, p. 50-51 (párrafos 6-11), y at 56-57 (párrafos 31-37). Es importante destacar que la controversia acerca de los cuatro modelos descritos en el siguiente texto no incluye el caso especial de una remisión del Consejo de Seguridad. Aquí todos los miembros del Special Working Group acordaron que la CPI debería ejercer su competencia independientemente del consentimiento de cualquier estado. Idem, ibidem, p. 55-56 (párrafos 28-29).

El "modelo de aprobación" consiste en aplicar simplemente el art. 121 (3) del Estatuto, que dice lo siguiente:

"La aprobación de una enmienda en una reunión de la Asamblea de los Estados parte o en una Conferencia de Revisión en la que no sea posible llegar al consenso requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados parte".

Según el "modelo de aprobación", la Corte puede ejercer su competencia sobre el crimen de agresión de acuerdo con el art. 12 del Estatuto una vez que las nuevas disposiciones hayan sido aprobadas en una reunión de la Asamblea de Estados Partes o en una conferencia de revisión. Esta interpretación se basa en la literalidad del art. 5 (2) Estatuto, que igual que l art. 121 (3) usa la palabra "aprobación". El problema con esta interpretación es que, cuanto menos, cuestionable dado que el Estatuto no distinguió entre "aprobación" y "entrada en vigor" en el caso de agresión, mientras que sí lo hace en el caso de las "enmiendas a disposiciones de carácter institucional" según lo previsto en el art. 122 del Estatuto. Además, del "modelo de aprobación" se deriva la siguiente consecuencia: la ratificación de las disposiciones sobre el crimen de agresión por los Estados sería jurídicamente irrelevante, lo que no deja de ser llamativo dada la importancia política de la cuestión. En otro extremo se sitúa el "modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa". El art. 121 (5) del Estatuto CPI dice lo siguiente:

"Las enmiendas a los arts. 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda".

El "modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa" descarta que la CPI ejerza su competencia sobre el crimen de agresión cuando el Estado parte de la nacionalidad del presunto infractor o el Estado Parte en cuyo territorio el delito ha sido presuntamente cometido, no haya aceptado las disposiciones sobre el crimen de agresión.[65] El problema con esta interpretación es que el art.

65. Como se indicó supra nota 64, aquéllos partidarios de este modelo no deseaban aplicar la segunda frase del art. 125 (2) del Estatuto CPI en el caso de una remisión al Consejo de Seguridad. Mientras que esta frase no distingue explícitamente entre los tres mecanismos de activación, se puede argumentar que esta frase ha sido formulada con vista al art. 12 (2) del Estatuto, que es inaplicable en el caso de una remisión al Consejo de Seguridad según el art. 13 (b) del Estatuto.

5 (2) del Estatuto no habla de "entrada en vigor". A primera vista, es difícil leer la referencia en la última disposición que se dirige al art. 121 (5). Sin embargo, si las disposiciones sobre el crimen de agresión fueran consideradas como enmiendas que tienen que entrar en vigor en alguna forma no determinada por el art. 121 (3), no queda claro si tal enmienda es una de las de "los arts. 5, 6, 7 y de este Estatuto", como exige el art. 121 (5). Se puede argumentar que la enmienda en cuestión no afecta a esos artículos o que la enmienda va más allá de esos artículos en la medida en que trata con las condiciones para el ejercicio de la competencia. Finalmente, este modelo ignora el hecho de que el crimen de agresión y aquellos otros recientemente añadidos a la lista, ya forman parte de la competencia de la corte en virtud del art. 5 (1) (d) del Estatuto de la CPI.

De acuerdo con el "modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva", la segunda frase del art. 121 (5) sólo tiene el efecto limitado de colocar a los Estados Partes no-aceptantes precisamente en las mismas condiciones para el propósito de la aplicación del art. 12 (2) del Estatuto.[66] Esto significaría que la Corte no sería categóricamente excluida del ejercicio de la competencia sobre los presuntos autores del crimen de agresión cuando el estado de su nacionalidad no hubiera aceptado las disposiciones del crimen de agresión. En lugar de ello, la Corte tendría poder para ejercer su competencia de acuerdo con el art. 12 (2) a del Estatuto si el estado víctima hubiera aceptado la disposición en cuestión.[67]

Una lectura menos rigurosa de la segunda frase del art. 121 (5) del Estatuto, como sugiere el "modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva", elude el problema de una injusta discriminación entre Estados no aceptantes y no Partes. El "modelo del art. 121 (5) con una interpretación negativa" inevitablemente se enfrenta al problema de la discriminación. Como se acaba de ver, según este modelo, la segunda frase del art. 121 (5) constituye una desviación del art. 12 (2) del Estatuto. Esta desviación, sin embargo, parece que sólo se aplica a Estados Partes porque la segunda frase del art. 121 (5) sólo se refiere

66. Para una exposición sobre este modelo, cuya relevancia excede, por supuesto, del crimen de agresión, vid. Reisinger Coracini, A., "*Amended* Most Serious Crimes": a New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?. 21. *LJIL*, p. 707-714, 2008.

67. Esto se basa en la opinión de que el territorio del estado víctima forma parte del territorio en el cual el crimen de agresión ha sido cometido dentro del significado del art. 12 (2) a del Estatuto CPI. Esta opinión fue compartida de manera general por los miembros del SWGCA. Vid. Barriga, S.; Danspeckgruber, W.; Wenaweser, S. (eds.). Op. cit., p. 57 (párrafos 38 and 39).

a ellos.[68] Mientras que ello constituye una ventaja del "modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva", que no se encuentra con este problema de discriminación, difícilmente se puede negar que "la interpretación positiva" de la segunda frase derive de su literalidad.[69] Además de este problema general de la lectura "positiva" de la segunda frase del art. 121 (5), el "modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva", como modelo diseñado para aplicar en el caso especial del crimen de agresión, presenta la misma dificultad que el "modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa", a saber, que ni la literalidad del art. 5 (2) del Estatuto CPI, ni el art. 121 (5) sugiere claramente la aplicación de esta disposición en el caso especial de crimen de agresión.

El "modelo del art. 121 (4)" considera las disposiciones sobre el crimen de agresión como una enmienda al Estatuto de la CPI, pero por – al menos – una de las razones ya expuestas, no como una "enmienda a los art. 5,6,7 y 8 del presente estatuto" dentro del significado del art. 121 (5). Esto conduce a la aplicación del art. 121 (4), que dice lo siguiente:

"Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Partes un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión".

Después de lo dicho hasta aquí, queda claro que el "modelo del art. 121 (4)" también se enfrenta al problema de que el art. 5 (2) del Estatuto no prevé una enmienda. Además, el efecto jurídico de la aplicación del art. 121 (4) al crimen de agresión sería bastante extraño si se compara con la introducción de nuevos delitos previstos en el art. 121 (5). Mientras que la Corte podría ejercer su jurisdicción sobre estos nuevos delitos un año después del depósito de la primera ratificación de acuerdo con la primera frase del art. 121 (5), la ratificación de siete octavos de los Estados Partes se necesitaría para establecer la competencia de la corte sobre el crimen de agresión incluso aunque ese delito ya forme parte de aquéllos que son competencia de la Corte según el art. 5 del Estatuto CPI.

---

68. Debe ser destacado que muchos Estados partidarios del "modelo del art. 121 (5) con una interpretación negativa" se sintieron incómodos con la discriminación entre Estados parte no aceptantes y Estados no parte, y se mostraron de acuerdo para llegar a un entendimiento común sobre la eliminación de tal discriminación. Vid. también infra nota 119.

69. Para una elocuente justificación a favor del "Modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva", vid. REISINGER CORACINI, A., "*Amended Most Serious Crimes*"... cit.

Desafortunadamente, el problema de interpretación mencionado no puede resolverse por referencia a los trabajos preparatorios. Como Roger Clark (quien estuvo directamente implicado en las negociaciones de la Parte 13 del Estatuto) ha señalado, no hay una clara intención de los redactores sobre cómo leer de manera conjunta los arts. 5 (2) y 12 del Estatuto[70] (formulados por dos grupos de trabajo diferentes en Roma). Por esto, la propuesta más razonable (formular un "mecanismo especial de entrada en vigor") se hizo tanto dentro del SWGCA como fuera, mucho antes de Kampala.[71]

3.4 El acuerdo sobre el proyecto de los elementos de los crímenes

La Resolución F del Acta Final de la Conferencia de Roma también instó a los Estados Partes a adoptar los elementos de los crímenes dentro del significado del art. 9 del Estatuto.[72] Por ello, el Grupo de Trabajo sobre la Comisión Preparatoria en materia de agresión formuló algunas indicaciones sobre el aspecto que podían tener estos elementos, y un borrador fue incluido en el Documento de debate de 2002.[73] Cualquier trabajo posterior sobre los elementos fue entonces pospuesto hasta que se alcanzara un acuerdo internacional sobre el art. 8 bis. Cuando este acuerdo se alcanzó en 2009, las delegaciones de Australia y Samoa[74] tomaron la iniciativa para preparar el primer borrador.[75] En abril de 2009, dicho borrador fue objeto de una intensa discusión durante una reunión informal en Montreux. El texto y las explicaciones que resultaron de esta reunión[76] se sometieron a todas las delegaciones en junio de 2009 en una reunión en el *Princeton Club* de Nueva York, en la cual se alcanzó un acuerdo provisional sobre los siguientes elementos que debían ser acordados en Kampala:

"Introducción

70. CLARK, R. S. Ambiguities... cit., p. 421-425.

71. BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 51 (párrafo 11); REISINGER CORACINI, A. "*Amended* Most Serious Crimes"... cit, p. 716.

72. Vid. supra nota 20.

73. Vid. supra nota 22 (sub II.); el borrador no ha sido reproducido como parte de la cita que acompaña a esta nota.

74. Sobre el trabajo preparatorio de los elementos, vid. la contribución académica del delegado de Samoa, CLARK, R. S. Rethinking aggression... cit.

75. A esta iniciativa se alude en el informe de la reunión del SWGCA de 2009. Vid. BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 58 (párrafo 42).

76. Idem, p. 36-42.

1. Se entenderá que cualquiera de los actos a los que se hace referencia en el párrafo 2 del art. 8 bis se caracterizará como un acto de agresión.

2. No existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad entre el uso de la fuerza armada por el Estado y la Carta de las Naciones Unidas.

3. La expresión 'manifiesta' es una calificación objetiva.

4. No existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza "manifiesta" de la violación.

Elementos

1. Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión.

2. Que el autor sea una personal que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión.

3. Que el acto de agresión – el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas – se haya cometido.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían la incompatibilidad del uso de la fuerza armada por el Estado con la Carta de las Naciones Unidas.

5. Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían esa violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas".[77]

El proyecto de elementos para el crimen de agresión versa exclusivamente sobre la definición del crimen. En general, sigue la estructura de los elementos existentes en los otros crímenes bajo competencia de la CPI y deben ser leídos a la luz de la "introducción general" a aquellos elementos.[78] Mientras que el proyecto de elementos no define explícitamente algunos conceptos clave de la definición, sí proporciona dos importantes aclaraciones.

El tercer elemento deja claro que la conducta del Estado debe ocurrir de hecho. Consecuentemente, la conducta individual en las primeras etapas

77. ICC-ASP/8/Res. 6.

78. BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 38 (párrafos 1-3).

(planear o preparar un acto de agresión) da lugar a una responsabilidad penal individual sólo si una conducta del Estado manifiestamente ilegal realmente se produce. Una vez más, demostraron así los Estados su voluntad de permanecer dentro de los límites existentes en el derecho penal internacional consuetudinario. La pregunta sigue siendo si la participación en casos de actos incompletos de Estados está cubierta en virtud de la disposición sobre tentativa del art. 25 (39) del Estatuto,[79] lo que sería una consecuencia de gran alcance de la aplicación del concepto de tentativa, y uno de los autores de este artículo ha expresado serias dudas con respecto a la idea de un "acto colectivo intentado".[80]

Los elementos cuarto y sexto del proyecto, que deben ser leídos conjuntamente con los párrafos 2 y 4 de la introducción, proporcionan una importante aclaración sobre cómo el art. 32 (2) del Estatuto debe ser aplicado al crimen de agresión. Está estipulado que un error sobre la ilegalidad manifiesta del uso de la fuerza armada por un Estado no es causa para excluir la responsabilidad penal. A primera vista, esta exclusión de la posibilidad de alegar un *error iuris* puede parecer problemática. Sin embargo, el requisito objetivo de ilegalidad manifiesta tiene ya el efecto de excluir del elemento "conducta del Estado" cualquier uso de la fuerza armada que caiga dentro de la "zona gris" de la prohibición del uso de fuerza. Por esto, el requisito objetivo de ilegalidad manifiesta sirve (en parte) como una "equivalencia funcional" de un *error iuris* en casos de controversia.[81] Por esto, la defensa adicional de un *error iuris* es innecesaria, además de indeseable.

4. EL FINAL DEL JUEGO EN KAMPALA

El significativo progreso dado dentro del SWGCA, que se reflejó en la Propuestas de 2009,[82] abrió una oportunidad a la Primera Conferencia de

79. Nótese que, a diferencia del Documento de debate de 2002, las Propuestas de 2009 no excluyen la aplicación de esta disposición al crimen de agresión.

80. "Documento de debate 1", como es reproducido en BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 192.

81. Para una exposición más detallada de la equivalencia funcional del requisito de la "ilegalidad manifiesta" y sobre la defensa de un error de derecho subjetivo en el caso del crimen de agresión, *vid.* KRESS, C. *The German Chief Federal Prosecutor's Decision...* cit., p. 260-261.

82. La *Conference Room Paper on the Crime of Aggression*, de 25.05.2010 (RC/WGCA/1), sobre la cual se emprendieron las negociaciones para la Conferencia de Revisión, documentó

Revisión del Estatuto de la CPI. Sin embargo, cuando las delegaciones llegaron a Kampala el 31.05.2010, no estaba claro si esta oportunidad conduciría a resultados concretos, y probablemente sea justo decir que prevaleció el escepticismo, al menos fuera de Kampala. Los tres prerrequisitos básicos para el éxito final fueron que los Estados Partes no cuestionarían el acuerdo provisional sobre la definición de crimen de agresión plasmada en el proyecto de art. 8 bis de las Propuestas de 2009 y en el proyecto de elementos; que encontrarían una solución para el ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión (incluida la llamada "question of questions"; y que el paquete global no causaría un gran enfrentamiento entre Estados Partes y Estados no Partes. Mientras que jurídicamente era posible adoptar la decisión final por una mayoría de dos tercios de los Estados parte (art. 121 (3) del Estatuto CPI), la voluntad política de votar en todos era incierta. Incluso no estaba claro si un número suficiente de delegaciones estaría presente para asegurar la mayoría necesaria. En ésta nada fácil situación, la mejor estrategia de negociación fue focalizar el debate, en la mayor medida de lo posible, en las condiciones pare el ejercicio de la competencia, y buscar primero un argumento sobre el papel del consentimiento del Estado. Sólo alcanzando este acuerdo podría esperarse que Francia y Reino Unido se alejaran de su categórica insistencia referente a un monopolio del Consejo de Seguridad sobre el crimen de agresión. Afortunadamente, la estrategia prevaleció en última estancia, en gran parte, gracias al liderazgo de los presidentes del Grupo de Trabajo y de la Conferencia de Revisión.[83]

4.1 El preludio: la eliminación de las opciones poco esperanzadoras

El trabajo sobre el crimen de agresión se inició entre bastidores en la forma de una serie de consultas bilaterales de las delegaciones interesadas con el

---

magistralmente este progreso de una manera resumida. El documento compendió las Propuestas de 2009 y el proyecto de Elementos y propuso una oportuna estructura para el resultado final, incluyendo el proyecto de resolución, el proyecto de enmiendas a los Elementos de los Crímenes y el proyecto de entendimientos sobre la interpretación de las enmiendas. El documento final RC/Res.6, Annex II. Amendments to the Elements of Crimes, adoptado por consenso en la 13.ª reunión plenaria de 11.06.2010, versión avanzada de 28.06.2010, 18:00, p. 5; [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf]. Última consulta realizada el 22.02. sigue esta estructura.

83. El Príncipe Zeid Ra'ad Zeid Al-Hussein, Embajador de Jordania en los Estados Unidos y Primer Presidente de la Asamblea de Estados Partes, dirigió las negociaciones en el Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión. Como Presidente de la Asamblea de Estados Partes, Christian Wenaweser presidió la Conferencia de Revisión.

presidente del Grupo del Grupo de Trabajo sobre Agresión (en adelante, por sus siglas en inglés, WGCA). El primer debate formal tuvo lugar el viernes 04.06.2010, y en general, las intervenciones demostraron el deseo de aprovechar tan histórica oportunidad. Ante la necesidad ampliamente reconocida de avanzar con rapidez y decisión en Kampala, el presidente de la *First Revised Conference Room Paper*[84] propuso eliminar las dos opciones de compromiso en el caso de inactividad del Consejo de Seguridad; a saber, involucrar a la Asamblea General de Naciones Unidas o dar un papel procedimental a la Corte de Justicia Internacional en tal caso.[85] Dado que aquellas opciones habían agotado su potencial, la sugerencia de dejar pasarlas no encontró oposición alguna.

4.2 Acto primero: el movimiento de apertura de Argentina, Brasil y Suiza

El domingo 06.06.de 2010, la parte final de las negociaciones se abrió por la propuesta de un "non-paper" (documento oficioso) de la Argentina, Brasil y Suiza, que será recordada como la "Propuesta ABS".[86] Esta propuesta constituyó un intento para salvar las diferencias en torno al problema del consentimiento del Estado,[87] proyectando una distinción entre la activación por el Consejo de Seguridad y las otras dos formas de iniciar los procedimientos recogidas en el art. 13 del Estatuto CPI. La entrada en vigor de la activación por el Consejo de Seguridad se regiría por la primera frase del art. 121 (5) del Estatuto y, de acuerdo con el art. 13 (b) del Estatuto, no habría más condiciones para el ejercicio de la competencia. En cambio, la entrada en vigor de las otras dos activaciones seguiría el art. 121 (4). A este respecto, las condiciones para el ejercicio de la competencia habrían sido aquellas que de manera general se prevén en el art. 12 (2) del Estatuto. El lunes 7 de junio de 2010, la "Propuesta ABS" recibió muchos elogios por su ingeniosidad e influyó significativamente en el curso posterior de las negociaciones. La distinción propuesta entre la activación por el Consejo de Seguridad y las otras dos fue asumida en la

84. RC/WGCA/1/REV.1, 6.6.2010.

85. Sobre el enunciado de estas opciones, vid. art. 15 bis párrafo 4, alternativa 2, opciones 3 y 4 de las Propuestas de 2009.

86. Documento oficioso presentado por la Argentina, Brasil y Suiza el 6 de junio de 2010. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. Documentos Oficiales, Apéndice V, p. 75 [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf].

87. Supra 3.C.3.

presidencia de la *Revised Conference Room Paper* el 7 de junio de 2010.[88] Aún así, debido a su fuerte dependencia del "modelo del art. 121 (4)", la propuesta no tenía asegurado el apoyo de los partidarios del "modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa", y menos probable aún era el apoyo de Francia y Reino Unido. Por eso se debieron dar más pasos.

4.3 Acto segundo: la propuesta de Canadá

El martes 08.06.2010 Canadá respondió a la "Propuesta ABS" y presentó lo que se llamó un "menu approach".[89] La propuesta canadiense trasladaba al "modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa" a un mecanismo "opt-in" para los casos en que el Consejo de Seguridad no hubiera tomado una determinación sobre la existencia de una acto de agresión. La Corte podría entonces comenzar una investigación siempre que la Sala de cuestiones preliminares Hubiera dado su autorización y "todos los Estados interesados" hubieran declarado su decisión de tomar parte. En ausencia de una determinación del Consejo de Seguridad, esta propuesta habría ascendido a un estricto régimen jurisdiccional basado en el consentimiento recíproco de Estados. Como era de esperar, la propuesta canadiense provocó cierto descontento entre los partidarios de la "Propuesta ABS" y obligó a que los dos "bandos" entraran en negociaciones directas.

4.4 Acto tercero: salvando la brecha

En la tarde del miércoles 09.06.2010, aquellos negociadores desembocaron en una declaración conjunta que recibió el nombre de "Non-paper ABCS", aunque algunas otras delegaciones interesadas también tomaron parte en su realización.[90] El "Non-paper ABCS" partió del ahora firmemente acuerdo de que en el caso de una remisión del Consejo de Seguridad, la Corte ejercería competencia sin más requisitos adicionales. El "Non-paper ABCS" se centró exclusivamente en el régimen jurisdiccional para los dos factores de activación.

---

88. Vid. el proyecto de arts. 15 bis y 15 ter en RC/WGCA/1/Rev.2, 07.06.2010.

89. Documento oficioso presentado por la delegación de Canadá el 08.06.2010. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11.06.2010. Documentos Oficiales, Apéndice V, p. 77 [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf].

90. *Declaration (Draft of 9 june 2010 16 hs)*. La propuesta, en posesión de los autores, no se ha distribuido como documento oficial del grupo de trabajo.

Puesto que esta declaración pavimentó el camino hacia un compromiso final, merece ser reproducida literalmente:

"Art. 15 bis

(Remisión por un Estado, proprio motu)

Ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión

4 bis. La Corte podrá ejercer su competencia sobre un crimen de agresión cometido por un nacional de un Estado parte o en su territorio de acuerdo con el art 12 a menos que el Estado parte haya presentado una declaración de no aceptación de la competencia de la Corte según el párrafo 4 de este artículo.

4 ter. Tal declaración podrá ser presentada a la Secretaría General de Naciones Unidas en cualquier fecha antes del 31.12.2015 o , en el caso de que la ratificación o adhesión al Estatuto de cómo sea posterior a esa fecha, en el momento de la ratificación o adhesión. Esta declaración podrá ser retirada en cualquier momento, en cuyo caso, la Corte, con sujeción a las disposiciones del párrafo 1, podrá ejercer su competencia respecto del Estado en cuestión.

4 cor. Respecto de un Estado no parte en este Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión según lo dispuesto en este artículo cuando sea cometido por nacionales de ese Estado o en su territorio".

El "Non-paper ABCS" adoptó, así, la idea de someter el crimen de agresión a la aplicación del art. 12 del Estatuto pero añadió dos importantes advertencias. Primera, todo Estado parte tiene derecho a retirarse y, segundo, la Corte no ejercerá su competencia sobre crímenes de agresión cometidos por nacionales de Estados no parte o en el territorio de esos Estados. El compromiso consistió en tomar del "modelo del art. 121 (4)" el punto de partida de aplicar el art. 12 Estatuto pero "suavizando" considerablemente las consecuencias de este modelo a través del reconocimiento de la ausencia del consentimiento del Estado. Este sistema fue completado con una "cláusula de activación" para el ejercicio de competencia de la Corte. Mientras que la primera frase del art. 121 (5) fue tomada como punto de referencia para la entrada en vigor, el proyecto de art. 15 bis (1) puso una condición adicional para el ejercicio de la competencia, requiriendo que deberían haber pasado cinco años "después de la entrada en vigor de este artículo para todo Estado parte". El "Non Paper ABCS" recibió pronto un amplio apoyo. De hecho, su impacto sobre las dinámicas en los dos días últimos de la conferencia fue fundamental ya que preparó el terreno para un acuerdo entre los Estados Partes. Sin embargo, Francia y Reino Unido fueron convencidos para unirse a este consenso porque el "Non-paper ABCS", adoptando la "Alternativa 2", rechazó –como era de esperar– la idea de un monopolio del Consejo de Seguridad. De hecho, aquellos dos Estados y los

tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad que no son Partes en el Estatuto mostraron sin reparo su apoyo a la Propuesta "Non-paper ABCS".

4.5 Entreacto: involucrando a Estados Unidos

Casi en paralelo a las negociaciones que resultaron del "Non-paper ABCS', se realizaron algunas consultas acerca de diferentes materias. En el acto de apertura, el 04.06.2010, el jefe de la delegación de EEUU y su asesor legal del Departamento de Estado expresaron su disconformidad con la definición sustantiva del crimen de agresión propuesta en el art 8 bis.[91] Asimismo, EEUU identificó dos riesgos importantes: por un lado, la criminalización del uso legítimo de la fuerza y, por otro, la emancipación de estas propuestas sobre el crimen de agresión del derecho internacional consuetudinario. No obstante, es importante resaltar que EEUU no insistió en modificar el tenor literal del art. 8 bis propuesto, sino que simplemente se refirió a la posibilidad de canalizar estos dos puntos a través de los llamados "entendimientos" (*understandings*) que acompañan a esta norma. El 07.06.2010 la delegación americana revisó estas cuestiones e introdujo formalmente una larga lista de posibles entendimientos sobre el art 8 bis.[92] Con respecto al sólido consenso logrado sobre el art.8 bis propuesto en las últimas horas de las negociaciones, la gran mayoría de las delegaciones se mostraron contrarias a comenzar una nueva discusión sobre las propuestas de EEUU. Pese a ello, subsistía el sentimiento de que no era aconsejable no comprometerse con la delegación estadounidense, que había venido a Kampala con un espíritu abierto y constructivo. Por ello, a la delegación alemana se le encomendó la labor de actuar como punto de referencia en relación con los entendimientos propuestos y de posibilitar acuerdos al respecto.[93]

Tras numerosas consultas bilaterales y regionales entre el 8 y el 9 de junio, quedó claro que no existía la más remota posibilidad de acuerdo entre las propuestas que abogaban por la emancipación del art. 8 bis del derecho

---

91. Véase texto completo de la declaración de Harold Hongju Koh, en línea [www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm]. Última consulta realizada el 22.02.2010.

92. Documento sin título presentado por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión (siglas en inglés, WGCA) por William K. Lietzau, asistente adjunto al Secretario de Defensa (sección de *Detainee Policy*); el documento se encuentra en posesión de los autores.

93. El primero de los autores de este artículo actuó en representación de la delegación alemana y la segunda autora de este escrito actúo como su asistente.

internacional consuetudinario, y aquellas otras que pretendían excluir de la definición del tipo penal de agresión algunos supuestos de uso de la fuerza estatal. No obstante, el hecho de que no se discutiese en profundidad sobre la exclusión del tipo penal de ciertos supuestos de uso estatal de la fuerza no significa que hubiese necesariamente un desacuerdo de fondo con EEUU. La propuesta estadounidense más delicada pretendía excluir de forma expresa las intervenciones humanitarias armadas del ámbito del art. 8 bis. En relación con esto, la cuestión principal fue si era o no adecuado pronunciarse sobre aspectos esenciales del Derecho de la seguridad internacional vigente mediante la proposición apresurada de entendimientos en las últimas horas de la Conferencia diplomática. Por esta razón, la delegación alemana decidió buscar una "aproximación minimalista" y alcanzar el consenso sobre dos propuestas más generales que parecían ser más importantes para la delegación de EEUU.

El 09.06.2010 la discusión se centró en dos entendimientos propuestos por EEUU, que fueron agrupados para ser tratados en una única ronda, y que se trascriben a continuación:

1. Entendimiento X

"Se entiende que para determinar si se ha cometido un acto de agresión es preciso considerar todas las circunstancias en el caso en concreto, incluyendo el propósito para el cual se utilizó la fuerza y la gravedad de los actos correspondientes y sus consecuencias; únicamente las violaciones más serias y peligrosas del uso ilegítimo de la fuerza constituyen agresión."

2. Entendimiento Y

"Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos sobre carácter, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente de forma independiente para justificar una determinación de violación 'manifiesta'."[94]

Ambas propuestas fueron bien acogidas, pero generaron debate en relación a su formulación. Con respecto al entendimiento X, la delegación iraní sugirió que la terminología debía adecuarse a aquella utilizada en el art 2 del anexo de la Resolución 3.314. La delegación estadounidense mostró su conformidad y de ahí resultó el sexto entendimiento habido y contenido en la resolución finalmente adoptada, que reza lo siguiente:

94. *Non-Paper on possible further understandings (Annex III of the Conference Room Paper).* El "non-paper", que se encuentra en las actas de los autores, no ha sido puesto en circulación como documento oficial de trabajo.

"Se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas."[95]

El entendimiento Y fue reformulado a petición de la delegación canadiense. Canadá se cuestionó la concepción del uso estatal de la fuerza armada, cuando en relación con los tres componentes uno de ellos fuese casi manifiestamente ilegal, aunque con respecto a los otros dos componentes el uso de la fuerza fuese indubitablemente manifiestamente ilegal. Canadá consideraba que dicho uso de la fuerza armada debía contener también el umbral al que se refería el art. 8.1 bis propuesto y que, sin embargo, no estaba reflejo en el entendimiento Y. En opinión de Canadá, en esos casos, la Corte debía tener en cuenta el hecho de que uno de los componentes estuviese prácticamente satisfecho, sugiriendo que la combinación de los tres componentes era relevante, por lo que Canadá propuso que entendimiento Y estuviese redactado como se dispone a continuación:

2. Entendimiento Y

"Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos sobre características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación 'manifiesta'."

EEUU estuvo de acuerdo con esta redacción, añadiendo la siguiente frase:

Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.

La idea que subyace a este enunciado es la de excluir que se pueda producir la determinación de la violación manifiesta en casos en los que uno de los componentes esté más presente que los demás, estando los otros dos componentes ausentes en el caso. Por ello, se pensó que el uso de la conjunción copulativa "y" en la formulación del umbral contenido en el art 8.1 bis impedía la determinación de una violación manifiesta en ese tipo de casos.

La reformulación del entendimiento Y con sus dos frases consecutivas tal y como fue propuesto por Canadá, y sin la oposición de EEUU, se convirtió en el séptimo entendimiento que finalmente fue adoptado en la Conferencia de Revisión.[96]

---

95. RC/Res.6, supra nota 82, Anexo III. sub 6.

96. RC/Res.6, supra nota 82, Annex III. sub 7.

Es necesario resaltar que esta segunda frase del entendimiento 7 –relativa a que "ninguno de los elementos puede bastar por sí solo"– no debe entenderse como que la Corte debe hacer la determinación de la "violación manifiesta" siempre que estén presentes dos de los componentes. Por el contrario la primera frase del séptimo entendimiento deja claro que la Corte debe contemplar la concurrencia de los tres componentes, aunque no es necesario que todos estén presentes en el mismo grado.[97]

Nuestra posición con respecto a este séptimo entendimiento es que éste puede ser útil para llamar la atención de los magistrados en relación con los criterios de "gravedad" y "escala", de manera que éstos puedan concretarse en mayor o menor medida. En realidad, el problema surge en relación con el elemento referido a las "características", previsto para solventar el problema de la "zona gris". Los magistrados siempre tendrán que establecer qué se entiende por uso de la fuerza armada con ciertas "características" que constituya una violación manifiesta de forma razonablemente incontrovertida. La segunda frase del entendimiento no supone ningún obstáculo para dicha interpretación, *quod erat demonstrandum*.

Todavía es prematuro hacer un juicio firme acerca de si la incorporación de los dos entendimientos sobre el art 8 bis facilitará o no la labor de los magistrados. No obstante, puede afirmarse que la finalización del debate sobre la iniciativa de EEUU coincidió con el 'Non-paper ABCS', que salvó una de las dos cuestiones abiertas en las negociaciones y contribuyó a allanar el camino que condujo al acuerdo final.

4.6 El final: drama de una noche de verano en el Lago Victoria

En las últimas horas del 10 de junio de 2010, el Embajador Wenaweser[98] presentó un *non paper* que reflejaba en esencia lo expuesto en el 'Non-paper ABCS'.[99] En un intento de complacer a los cinco miembros permanentes del

97. Este aspecto no fue apreciado en su totalidad ni por HEINSCH, R. The crime of aggression after Kampala: success or Burden for the Future?. 2. *Göttingen Journal of International Law*, p. 728-729, 2010, ni por SCHEFFER, D. The complex crime of aggression... cit., p. 900.

98. Una vez terminada su tarea, el WGCA remitió los temas pendientes al Presidente de la Conferencia. El Informe del WGCA se encuentra en RC/20 (advance version of 28.06.2010) [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-20-ENG-Annex.II.WGCA.report.pdf]. Visited: 05.10.2010).

99. *Non-Paper del Presidente de la Asamblea, de 10 de junio de 2010, a las 23 h.* El documento non paper en posesión de los autores pero éste no ha circulado como

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, esta propuesta enfatizó la idea de una moratoria extraordinaria para activar la jurisdicción de la CPI a través de la introducción de un requisito adicional de 30 ratificaciones o aceptaciones a las enmiendas.[100] Resulta interesante que el documento que permitía esa resolución sostenía al mismo tiempo que las enmiendas entrarían en vigor de acuerdo con el art. 121.5 del Estatuto.[101] Finalmente y de forma crucial el *non-paper* no se había enfrentado aun con el extremo más espinoso de la cuestión, a saber: ¿qué ocurriría si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no emitía una resolución sobre un acto de agresión después de que un Estado parte le remitiese el asunto al Fiscal de la CPI para que abriese una investigación, o éste de oficio decidiera iniciar una investigación?

A mediodía del último día de la Conferencia el Presidente hizo público el *non paper* que zanjó inevitablemente la cuestión. Llegado ese momento ya había quedado suficientemente claro que la retención del monopolio del Consejo de Seguridad no tenía la menor posibilidad de alcanzar el consenso, ni siquiera por los dos tercios de la mayoría. La única forma realista de alcanzar un consenso era abandonar esa idea y hacer lo que hizo el *non paper* presentado por el Presidente a las 16.30 hs del 11.06.2010. Se desconocía cuál iba a ser la reacción de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, en particular la reacción de Francia y Reino Unido. Teniendo en cuenta que el *non paper* dejaba abierto un artículo para la formulación de alguna otra condición para activar la jurisdicción de la CPI, se se asumió que la última concesión a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad reforzaría los obstáculos para adoptar las enmiendas, haciendo que, a partir de ese momento, las negociaciones posteriores se concentrasen en ese punto.

Poco antes de medianoche llegó el momento de la decisión. El Presidente presentó su propuesta de compromiso final, que contenía la condición adicional de "adoptar una decisión con posterioridad al 01.01.2017 por la misma mayoría de Estados Partes, tal y como se requería en la enmienda de adopción del Estatuto". El texto completo de la propuesta de resolución y

---

documento oficial de la Conferencia. El anterior *Non-Paper del Presidente de la Asamblea, de 10 junio de 2010, 12h* (en posesión de los autores) había tomado en esencia lo dispuesto en el "Non-Paper ABCS", aunque con margen de mejoras en la redacción.

100. Borrador de los art. 15 bis (1) bis y artículo 15 ter (2) previsto en el documento *non paper* de 06.06.2010, a las 23h; supra nota 99.

101. Idem, párrafo 1 de la resolución.

de las dos propuestas en relación con las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI era (y es) la siguiente:

"El crimen de agresión

La Conferencia de Revisión,

Recordando el párrafo 1 del art. 12 del Estatuto de Roma,

Recordando el párrafo 2 del art. 5 del Estatuto de Roma,

Recordando también el párrafo 7 de la resolución F aprobada el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional,

Recordando asimismo la resolución ICC-ASP/1/Res.1 sobre la continuación del trabajo relativo al crimen de agresión y expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión por haber elaborado propuestas sobre una disposición relativa al crimen de agresión,

Tomando nota de la resolución ICC-ASP/8/Res.6, mediante la cual la Asamblea de los Estados Partes remitió propuestas a la Conferencia de Revisión sobre una disposición relativa al crimen de agresión para su examen,

Resuelta a activar la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a la mayor brevedad posible,

1. Decide aprobar, de conformidad con el párrafo 2 del art. 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante el "Estatuto"), las enmiendas del Estatuto que figuran en el anexo I de la presente resolución, que estarán sujetas a ratificación o aceptación y entrarán en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del art. 121 del Estatuto; y señala que cualquier Estado Parte podrá depositar una declaración como establece el art. 15 bis antes de la ratificación o aceptación;

2. Decide además aprobar las enmiendas a los Elementos de los Crímenes que figuran en el anexo II de la presente resolución;

3. Decide además aprobar los entendimientos respecto de la interpretación de las enmiendas mencionadas, contenidos en el anexo III de la presente resolución;

4 Decide asimismo revisar las enmiendas relativas al crimen de agresión siete años después del inicio del ejercicio de la competencia de la Corte;

5. Exhorta a todos los Estados Partes a que ratifiquen o acepten las enmiendas contenidas en el anexo I.

Art. 15 bis

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

(Remisión por un Estado, proprio motu)

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del art. 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1° de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La Corte podrá, de conformidad con el art. 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y el Estado Parte dispondrá de un plazo de tres años para tomarla en consideración.

5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.

6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el art. 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el art. 16.

9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5.

Art. 15 ter

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

(Remisión por el Consejo de Seguridad)

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del art. 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1° de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5."

La reunión en el Plenario fue una vez más suspendida para permitir que las delegaciones pudiesen efectuar consultas finales. Posteriormente, el Presidente volvió a la sala y, una vez allí preguntó sin vacilar si podía considerar aquella propuesta como definitiva y someterla al consenso de la sala. El lector de este escrito conoce el desenlace de esta historia. Las grandes tribunas de la Conferencia de Kampala con sus espléndidas vistas al Lago Victoria se convirtieron en un lugar donde los delegados de la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional celebraron un logro histórico.

5. EL COMPROMISO DE KAMPALA: LA MODESTIA PERMITE UN GRAN PASO ADELANTE

Como cuestión de política legal internacional, la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto fue altamente controvertida, y sus detractores

manifestaron sus posturas durante el proceso de negociación,[102] aunque no es este el lugar apropiado para continuar este debate.[103] Por el contrario, las observaciones siguientes pretenden hacer una valoración inicial de los elementos esenciales del compromiso de Kampala.

5.1 La definición del crimen

Si el punto de referencia para evaluar la definición del crimen es que haya alcanzado "los mejores niveles de codificación",[104] el proyecto de art. 8 bis del Estatuto[105] puede a duras penas pasar ese test: la referencia al art.3 del anexo de la Resolución 3.314 resulta problemática, y la esencia del uso delictivo de la fuerza por parte de un Estado habría sido probablemente mejor expresado si se hubiese previsto una intención colectiva (*collective intent*).[106] Sin embargo, dicha previsión para la definición del crimen de agresión habría estado cerca de arruinar cualquier intento de definir el crimen de agresión. Si se escoge un criterio más realista, se podría reconocer cuánto se habría conseguido. Una definición restringida del crimen está en línea con la aproximación general de los codificadores del Estatuto de limitar la jurisdicción de la Corte a crímenes que requieran una intervención jurídica colectiva. Merece especial consideración el requisito de la «violación manifiesta» que proviene de la lamentable indeterminación y ambigüedad de la norma primaria que prohíbe el uso de la fuerza. Los magistrados de la CPI pueden asegurar que la Corte no se vea saturada con grandes controversias contemporáneas sobre el mantenimiento de la Paz y la Seguridad, sometidas a discusión por la puerta de atrás de la Justicia penal internacional. No obstante, existe cierto espacio para que los magistrados concreten la definición del crimen, especialmente en

---

102. Véanse las sugestivas contribuciones de GLENNON, M. J. Op. cit. y PAULUS, A. Second thoughts on the crime of aggression cit.

103. Sobre un reciente intercambio de opiniones, vid. el debate entre PAULUS, A. Second thoughts on the crime of aggression cit., y KRESS, C. Time for decision... cit., p. 1129-1146.

104. Meron, supra nota 30, p. 3.

105. RC/RES.6, supra nota 82, anexo I sub 2; como hemos visto supra 3.C.1., el proyecto de artículo 8 bis debe ser leído en conjunción con el proyecto de art. 25(3) bis del Estatuto (idem, Anexo I sub 5). Adicionalmente, el proyecto de art. 8 bis es acompñado por el proyecto de Elementos (idem, Anexo II, y supra 3 D) y proyecto de Entendimientos 6 y 7 (idem, Anexo III, sub 6, y 7, y supra 4 E).

106. Para una exposición más detallada de esta crítica, vid. KRESS, C. *Time for decision...* cit., p. 1136-1142.

relación con el requisito de la ilegalidad manifiesta. Es un importante reto para el futuro explorar hasta qué punto el derecho internacional consuetudinario puede ser de utilidad para favorecer la aclaración del contenido de la norma. En todo caso, los líderes estatales saben que, a partir de 2017, pueden incurrir en responsabilidad penal toda vez que decidan iniciar un uso de la fuerza masivo siempre que la ilegalidad de dicho uso resulte razonablemente incontrovertida. El resultado de la negociación podría haber sido mucho peor.

5.2 El ejercicio de la jurisdicción

5.2.1 El pilar basado en el Consejo de Seguridad

La facultad del Consejo de Seguridad de remitir a la CPI una situación en la que parezca se ha cometido un crimen de agresión ha sido siempre una cuestión incontrovertida y así se reconoció en el art. 15 ter del Estatuto. De forma interesante, esta norma no requiere que el Consejo de Seguridad determine la existencia de un acto de agresión, por lo que el Consejo de Seguridad puede querer comenzar una investigación sin haber efectuado la declaración prevista en el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas.[107] El modo en que esto puede afectar a la praxis del Consejo de Seguridad en relación con el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas y el art. 13 (b) del Estatuto es una interesante cuestión que pertenece al futuro desarrollo del derecho de la seguridad internacional. En cualquier caso, es fundamental que el ejercicio de la jurisdicción de la CPI basada en el Consejo de Seguridad no esté condicionado a la adhesión de los Estados a los compromisos de Kampala.[108] No obstante, debe mencionarse

---

107. Otras opciones diferentes fueron barajadas antes de la Conferencia de Kampala, especialmente por SCHEFFER, D. A Pragmatic Approach to the Crime of Aggression. In: BELLELLI, R. (ed.). *International Criminal Justice*...cit., p. 609-619.

108. Esto es explícito en el segundo entendimiento; RC/Res.6, supra nota 82, Anexo III *sub* 2. El ejercicio de la competencia jurisdiccional por la CPI está sin embargo condicionado a la ratificación o aceptación de la competencia de al menos 30 Estados Partes y la decisión de activación debe ser después del 1 de enero de 2017. Véase proyecto art. 15 ter (2) y (3 Estatuto. Se plantea el interrogante del ejercicio de la jurisdicción en caso de crimen de agresión cometido después de transcurrido 1 año tras la ratificación o aceptación de terceros Estados Partes antes de la decisión de activación por los Estados parte (si ésta última se realiza con posterioridad). Mientras que el proyecto art. 15 bis (2) y (3) Estatuto deben dejar abierta la posibilidad a que la CPI ejerza su jurisdicción sobre ese crimen, el primer entendimiento (RC/Res.6, supra note 82, Annex III *sub* 1.) estipula otra cosa; la relevancia práctica de este extremo es limitada y no nos detendremos más sobre ello en este artículo.

que incluso los Estados que se adhiriendo al "modelo del art. 121(5) con un 'entendimiento negativo (*Negative Understanding*)'" se mostraron de acuerdo con que el Consejo de Seguridad active la aplicación de la jurisdicción universal de la CPI sobre el crimen de agresión.[109]

5.2.2 El pilar basado (en forma relativa) en el consentimiento

La parte más compleja de las negociaciones fue, indubitablemente, la cuestión de si debía o no existir un monopolio del Consejo de Seguridad en los enjuiciamientos sobre el crimen de agresión. La respuesta del proyecto de art. 15 bis del Estatuto –relativo al inicio de una investigación por la remisión de una situación por un Estado Parte y *propio motu*– es negativa y establece el único filtro judicial a través de la Sala de Cuestiones Preliminares. De ese modo, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá en todo caso autorizar el inicio de una investigación[110] en estos casos. Ello constituye la mejor garantía en relación con la aspiración del Estatuto de aplicar por igual el derecho penal internacional. No obstante, la insistencia sobre el monopolio del Consejo de Seguridad estaba ciertamente presente, de modo que no sorprendió que se tuviera que pagar un precio muy alto para poder superar dicha idea. En parte esta es la razón por la que el proyecto de art. 15 bis del Estatuto reviste cierta complejidad. Dicha complejidad se debe fundamentalmente a la ambigüedad del art. 5.2 del Estatuto, junto con el art 121 del Estatuto y las controversias que resultan de la ambigüedad de las negociaciones.[111] Por otra parte, la delegación japonesa lamentó durante la adopción del compromiso de Kampala que el proyecto de art. 15 bis del Estatuto estuviese basado en fundamentos legales tan discutibles.[112] Esta compleja cuestión merece un tratamiento más exhaustivo y por ello sería excesivamente atrevido intentar dar una respuesta completa a esta cuestión en este escrito. No obstante, intentaremos modestamente arrojar algo de luz sobre esta cuestión. Lo ideal sería que estas reflexiones contribuyesen a la realización de un debate constructivo acerca del elemento más delicado del compromiso de Kampala.

---

109. Ello apunta claramente a la existencia de práctica ulterior uniforme acerca de la interpretación de la segunda frase contenida en el art. 121.5 del Estatuto en el sentido de ser inaplicable a supuestos de remisión por parte del Consejo de Seguridad.

110. Proyecto de art. 15 bis (8) Estatuto de Roma. Sobre la sección de cuestiones preliminares, ver arts. 34(b), 39(1) Estatuto de Roma.

111. Supra sub 3.C.3.

112. Intervención de Japón (11.06.2010); actas en posesión de los autores.

La primera frase del borrador del art. 15.4 bis del Estatuto prevé la aplicación del art. 12 del Estatuto al crimen de agresión. Sin embargo, dicha aplicación está sujeta a que el acto de agresión haya sido cometido por un Estado Parte que no haya declarado previamente que no acepta la jurisdicción de la CPI. Lo anterior significa, en primer lugar, que la Corte no podrá conocer de ningún acto de agresión que haya sido cometido por un Estado no Parte. Dicha restricción convierte al apartado 5 del borrador de art 15 bis del Estatuto en parcialmente redundante. Este quinto apartado lo único que agrega al apartado anterior es la restricción adicional de que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción en los casos en los que el supuesto crimen de agresión provenga de un acto de agresión de un Estado Parte que haya ratificado las enmiendas sobre agresión contra un Estado no Parte, aún cuando no haya hecho una declaración de exclusión de la competencia ("opt-out").[113]

El borrador del art 15.4 bis Estatuto restringe la aplicación del art 12 Estatuto al establecer que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre un crimen de agresión que provenga de un Estado Parte que haya optado previamente por excluir la competencia jurisdiccional de la CPI ("opt-out"). Esta segunda restricción no significa, sin embargo, que la Corte solo pueda ejercer su jurisdicción sobre un crimen de agresión que provenga de un acto de agresión de un Estado Parte cuando éste haya ratificado o aceptado las enmiendas sobre agresión.[114] La formulación del art. 15.4 bis del Estatuto no establece dicha restricción, y por ello dicha restricción no se compadece con la finalidad y el origen de dicha norma.[115] La idea de una declaración de exclusión de la jurisdicción de la Corte surgió precisamente en aras de salvar las distancias entre aquellos Estados que abogaban por aplicar el régimen jurisdiccional consagrado en el art. 12.2 del Estatuto sin modificaciones (propuesta ABS) y aquellos otros que preferían un régimen basado en el consentimiento (propuesta canadiense). Para no exigir la ratificación del Estado Parte, presunto

113. Esta restricción adicional no puede ser salvada por una aceptación *ad hoc* según el art. 12 (3) del Estatuto por parte del presunto Estado no Parte víctima. El proyecto de artículo 15 bis (5) del Estatuto constituye una *lex specialis* en relación con el art. 12 (3) del Estatuto y evita que un Estado no Parte obtenga del nuevo régimen del Estatuto contra el crimen de agresión un beneficio asimétrico. Dudoso sobre este aspecto, vid. REISINGER CORACINI. The International Criminal Court's Excercise of Jurisdiction over the crime of aggression – At last... in reach... over some. 2. *Göttingen Journal of International Law*, p. 780-781, 2010.

114. CLARK, R. S. *Amendments*... cit., p. 704.

115. Supra sub 4.4.

autor de la agresión, pero permitir la opción de la exclusión de la jurisdicción, se estableció el "régimen de consentimiento suavizado" situado entre los dos polos, que proporcionó una base razonable para alcanzar un compromiso.

Sin embargo, cabe preguntarse si la exigencia de que el presunto Estado agresor haya ratificado las enmiendas sobre agresión proviene de la afirmación del primer párrafo operativo de la resolución, que establece que las enmiendas de agresión "entraran en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del art. 121" del Estatuto. Esta referencia puede interpretarse como si la segunda frase de esta última norma estuviese incluida, y entendida en sentido negativo, requeriría efectivamente la ratificación del presunto Estado agresor. Si este fuese el efecto legal de dicha referencia, el mecanismo de la exclusión perdería su capacidad para construir un compromiso. Además el extremo más importante en relación con el art 15.4 bis del Estatuto es que, precisamente, la CPI ejercerá su jurisdicción sobre el crimen de agresión "de acuerdo con el art. 12". Sin embargo, este principio se vería totalmente soterrado si se requiriese que el presunto Estado agresor haya ratificado las enmiendas sobre agresión en todas las circunstancias. En ese caso, sería muy difícil negar la existencia de una flagrante contradicción entre el art. 15.4 del Estatuto y el primer párrafo operativo de la resolución. Dicha contradicción puede, no obstante, salvarse si se entiende que la resolución, cuando se refiere al art 121.5 del Estatuto, alude exclusivamente a la entrada en vigor y sólo a ello se refiere la primera frase del párrafo.[116] Por ello resulta perfectamente posible y ciertamente preferible sostener que la resolución y el art. 15.4 propuesto del Estatuto son compatibles, tal y como se concibió durante las negociaciones.

Queda pendiente de precisión la cuestión relativa a la aplicación del art. 12.2 del Estatuto en casos de agresión cuando el acto de agresión haya sido cometido por un Estado Parte que no haya declarado previamente que no acepta competencia de la Corte. Es, precisamente, en este punto del análisis cuando el primer párrafo operativo de la resolución entra en consideración, junto con la afirmación de que las enmiendas sobre agresión deben entrar en vigor conforme al art. 121.5 del Estatuto. La primera frase de esta disposición determina que las enmiendas "entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación". La "entrada en vigor de las

116. Si la segunda frase se entiende en modo negativo, ello no tendrá que ver con la entrada en vigor pero sí poseerá efectos acerca del ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

enmiendas para un Estado parte" significa que a partir de ese momento ese Estado es capaz de proporcionar a la Corte dos de los puntos de conexión para el ejercicio de la jurisdicción mencionados en el art. 12.2 Estatuto. De ello se deriva lo siguiente: si el presunto Estado agresor es Parte del Estatuto y ha ratificado las enmiendas sobre agresión de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12.2 b), la ratificación del presunto Estado Parte-víctima resulta irrelevante. Si el Estado Parte presunto agresor no ha ratificado las enmiendas sobre agresión, entonces la ratificación del Estado Parte-víctima resultará necesaria.[117]

Se podría hacer referencia a este modelo jurisdiccional como "basado en un consentimiento suavizado (*softly consent-based pillar*)" para diferenciarlo del modelo de consentimiento estricto (*strictly*' consent-based) del art. 121.5 que incorpora un entendimiento negativo. La pregunta crucial de la delegación japonesa fue exactamente si este último modelo tiene fundamento legal o no. Es cierto que el art 15.4 del Estatuto no se corresponde con ninguno de los dos modelos mencionados,[118] aunque eso también es argumentable respecto del "art. 121.5 Estatuto con un entendimiento positivo". Resulta evidente que los Estados Partes no quisieron acordar una interpretación en sentido positivo de la segunda frase del art. 121.5 del Estatuto a través del compromiso de Kampala, puesto que el segundo párrafo del preámbulo a las "enmiendas al art 8 del Estatuto de Roma" no prevé una interpretación en sentido positivo.[119] No ha habido acuerdo en torno a esta última interpretación sobre el crimen de agresión, porque al margen del modelo del art. 121.5 que consagra una interpretación en sentido positivo, todos los crímenes de agresión cometidos por o contra Estados no Partes están excluidos de la jurisdicción de la Corte tal y como se deduce de la lectura de los apartados 4 y 5 del art. 15 bis del Estatuto.

Por ello Japón tiene razón cuando sostiene que el régimen jurisdiccional esbozado en el art. 15 bis del Estatuto no refleja ni el párrafo 4 ni el párrafo 5 del

---

117. Podría argumentarse que el Estado Parte víctima también podría brindar a la Corte el vínculo jurisdiccional a través de una aceptación *ad hoc* conforme el art.12.3 Estatuto. Al respecto, vid. REISINGER CORACINI. *The International Criminal Court's Excercise of Jurisdiction...* cit., p.775-776.

118. Supra 3.C.3.

119. *Resolution RC/Res.5*, adoptada por consenso en la 12.ª sesión plenaria, el 10.06.2010. Versión: [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf]. Última visita el 22.02.2011. Nótese que el propio párrafo del Preámbulo expresa que desde un entendimiento conjunto no habrá discriminación entre Estados Partes no aceptantes y Estados no Partes; cf. supra nota 68.

art. 121 del Estatuto, constituyendo así una solución *sui generis*. Posiblemente puede afirmarse que el pilar basado en el consenso relativo ("softly consent-based pillar") del compromiso de Kampala toma la "adopción" y el modelo del art. 121.4 como punto de partida, y luego cualifica la entrada en vigor a través del mecanismo referido en el art. 121.5 Estatuto y las condiciones *sui generis* de gran alcance para el ejercicio de la jurisdicción.

La cuestión decisiva es si los Estados Partes tenían, legalmente, la capacidad de ser tan creativos como fueron sin acudir al engorroso procedimiento previsto en el art. 121.4 del Estatuto. A nuestro juicio, dicha capacidad existió, y fue la consecuencia de la ambigüedad del marco legal en el que debieron moverse los Estados. Con independencia de cuál sea o fuese la preferencia de los Estados, la honestidad requiere reconocer que, de hecho, no hay un modelo que explique satisfactoriamente la interacción entre los arts. 5.2 y 121 del Estatuto. Teniendo en cuenta el enigmático contenido legal del art.121 del Estatuto, que dota de amplio poder de "establecer las condiciones para que la Corte ejerza su jurisdicción con respecto a este crimen", el art. 5.2 del Estatuto debe ser interpretado como una autorización a los Estados Partes para concebir el régimen *sui generis*, establecido en el art. 15.4 bis del Estatuto. Esta base legal quizás no sea tan sólida, pero desde luego es la más sólida que permitieron las circunstancias. Desde una perspectiva ideal, y coincidiendo con la llamada de atención hecha por Japón en esta misma dirección, los Estados deberían establecer un mismo criterio interpretativo en torno al art. 15.4 bis del Estatuto. No obstante, si ello no ocurre no debe temerse dejar la cuestión en manos de una interpretación judicial que aclare este extremo, si ello fuese necesario.

La jurisdicción de la Corte Penal internacional conforme al pilar de consenso relativo alcanzará a pocos casos en los que deberán satisfacerse las grandes expectativas sobre la aplicación imparcial del crimen de agresión en todos los contextos. La restricción más significativa del ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre este crimen está constituida, sin lugar a dudas, por la exclusión categórica del crimen de agresión que derive de actos de agresión de un Estado no Parte en el Estatuto. Desde un punto de vista estrictamente legal, esta decisión no era necesaria, y desde una perspectiva de política criminal esta opción es ciertamente deplorable. No obstante, durante todo este proceso ha habido numerosas reticencias en relación con el crimen de agresión y su tratamiento igualitario en relación con los demás crímenes de derecho internacional. Ante esas circunstancias tan particularmente difíciles, es muy importante resaltar que al final fue posible complementar el pilar jurisdiccional basado en el Consejo de Seguridad con uno basado en el consenso entre Estados. El hecho de que el principio de consenso haya sido suavizado a través del art. 12.2 del

Estatuto junto con el mecanismo de la posible declaración de exclusión de la jurisdicción, supera del todo punto las expectativas que razonablemente cabía tener con anterioridad a Kampala.

5.3 El crimen de agresión y el principio de complementariedad

Una cuestión que ha recibido mucha menor atención en comparación con lo anterior, ha sido la relativa al modo en que el principio de complementariedad del Estatuto va a ser aplicado ante un presunto crimen de agresión.[120] Este extremo fue debatido durante el encuentro de Princeton en 2004 y la opinión dominante fue que los arts. 17 y ss. del Estatuto debían ser aplicados sin excepción.[121] El asunto fue tratado por la delegación estadounidense, quien expresó su preocupación acerca de que los "Estados parte incorporasen una definición –particularmente una de ellas es errónea– al derecho interno, que fomente la posibilidad de que, a través de principios expansivos de la jurisdicción, se persiga a autoridades oficiales por haber cometido actos de agresión en los tribunales de otros Estados".[122] De hecho el quinto entendimiento del anexo III de la Resolución constituye una reacción implícita sobre este particular, disponiendo lo siguiente:

"Se entiende que las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado."[123]

En una primera impresión, este quinto entendimiento parece establecer lo obvio, dado que el Estatuto no fue diseñado para generar derechos y obligaciones para los Estados Partes en relación con el derecho interno y la aplicación de su jurisdicción. La intención que subyace a este entendimiento es, sin embargo, más sutil. Por regla general la aspiración principal del principio

120. Sobre algunos análisis de la doctrina sobre esta cuestión, véase P. WRANGE. The crime of aggression and complementarity. In: BELLELLI, R. (ed.). *International Criminal Justice*... cit., p. 591-607.

121. BARRIGA, S.; DANSPECKGRUBER, W.; WENAWESER, S. (eds.). Op. cit., p. 201-202 (párrafos 20-27).

122. Véase la intervención de los Estados Unidos del 4 de junio, supra nota 91, "The definition does little to limit the risk that State Parties will incorporate a definition – particularly one we believe is flawed – into their domestic law, encouraging the possibility that under expansive principles of jurisdiction, government officials will be prosecuted for alleged aggression in the courts of another state".

123. Véase RC RC/Res.6, supra nota 82, Annex III *sub* 5, en [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf]. Última consulta realizada el 22.02.2011.

de complementariedad del Estatuto es que los Estados Partes garanticen el ejercicio de la jurisdicción sobre alguno de los crímenes del art. 5 del Estatuto a través de alguno de los puntos de conexión en materia de jurisdicción recogidos en el art. 12.2 a) y b) del Estatuto. El quinto entendimiento de la Resolución sugiere que esta cuestión no es aplicable al crimen de agresión, salvo en aquellos casos en los que el presunto crimen provenga de un acto de agresión cometido por el Estado en cuestión. Sobre la base de este entendimiento, los Estados no deben sentirse alentados a ejercer la jurisdicción nacional más allá de los supuestos en los que entre en consideración el principio de nacionalidad activa sobre el crimen de agresión en cuestión. En cualquier caso, va a resultar muy interesante observar si este entendimiento va a tener un efecto disuasorio con respecto al derecho interno.

6. MIRANDO AL FUTURO

Obviamente el compromiso de Kampala no contenta a todos. Quizás resulte adecuado afirmar que no contenta por entero a nadie. Sin embargo, tras casi un siglo de debates intensos, los Estados Partes en el Estatuto han decidido preparar la base legal para que la CPI ejerza su jurisdicción ante el crimen de agresión y lo han hecho a través del consenso. Los errores y complejidades del compromiso adoptado, constituyen un hito en el desarrollo del derecho penal internacional. Los Estados Partes y las ONGs que apoyan a la Corte Penal Internacional deben, a partir de ahora, apoyar con firmeza el compromiso y no suscitar la menor duda en relación con dicho compromiso hasta poner en marcha la jurisdicción de la Corte a partir del 01.07.2017. Hasta entonces, la CPI puede y debe prepararse para este nuevo reto. La Corte tendrá la oportunidad de demostrar que es capaz de ejercer la jurisdicción sobre el crimen de agresión de un modo tan poco politizado como con respecto al resto de los crímenes de su jurisdicción. Si ello se logra, no será irrazonable asumir que la opinión del mundo comience a esforzarse lentamente a favor de la expansión de la jurisdicción de la Corte penal internacional. La famosa promesa de Robert Jackson en Núremberg a la que se aludía al principio de este escrito fue que:

"The ultimate step in avoiding periodic wars, which are inevitable in a system of international lawlessness, is to make statesmen responsible to law. And let me make clear that while this is first applied against German aggressors, the law includes, and if it is to serve a useful purpose it must condemn, aggression by other nations, including those which sit here now in judgment."[124]

124. Supra nota 10.

"El último paso para evitar las guerras periódicas, inevitables en un sistema internacional anárquico, es que los hombres de Estado sean responsables ante la Ley. Déjenme aclarar, que mientras esto se aplicó por primera vez contra los agresores alemanes, el Derecho incluye –y si es para servir a buen propósito debe condenar– la agresión cometida por otras naciones, incluso aquellas que están presentes en este juicio".

El eco de esta promesa continúa sonando. El compromiso de Kampala ha abierto la puerta para su cumplimiento final.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade, de Sergio Moccia – *RBCCrim* 47/203;
- Algumas consignações acerca do tribunal penal internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos, de Márcio Medeiros Furtado – *RT* 783/469;
- Direitos humanos e o direito internacional penal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 877/467; e
- O tribunal penal internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 830/421.

1 PANORAMA DA IDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA (DA COLONIZAÇÃO ATÉ O CÓDIGO PENAL DE 1969)

CLAUDIA CRISTINA BARRILARI

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra (Portugal). Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A Constituição de 1988 dispõe em seu art. 228 que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis. Dispositivo semelhante encontra-se no Código Penal de 1940. Contudo, o tema desperta debates acalorados, surgindo vozes que defendem a redução da idade, principalmente quando algum delito ultrapassa a barreira invisível dos crimes comuns, merecendo destaque por parte da imprensa e da sociedade em geral. Analisar o tema da menoridade penal na legislação brasileira desde o período colonial até algumas décadas passadas pode contribuir para proporcionar outros elementos ao debate, desvinculados daqueles que o relacionam com o incremento da violência e da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Panorama histórico - Idade penal - Códigos Penais do Brasil.

ABSTRACT: Art. 228 of the 1988 Brazilian Constitution provides that minors under 18 are not criminally liable; a similar provision can be found on the 1940 Brazilian Criminal Code. This issue has been the subject of heated debates with some advocacy for lowering the criminal liability age especially when these crimes surpass the invisible barrier of common crimes and are featured by the media and society in general. The analysis of minor's criminal liability in Brazilian law, from the colonial period until a few decades later, can help to shed light to this debate, with no associations made to the increase in violence and crime.

KEYWORDS: Criminal law - Historical overview - Criminal age - Brazilian Criminal Codes.

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Delimitação do tema; 1.2 Culpabilidade - 2. O menor em diversas legislações penais do Brasil: 2.1 Os índios no Brasil; 2.2 Brasil colonial; 2.3 Brasil Império; 2.4 Brasil República: 2.4.1 Código Penal de 1890; 2.4.2 Alterações e propostas surgidas até 1940; 2.4.3 Código Penal de 1940 e propostas posteriores surgidas até 1969; 2.4.4 A Constituição de 1988 e a Lei 8.069/1990 - 3. Considerações finais - 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Para além da mera análise histórica, o conhecimento de um tema relevante do direito à luz de seu passado legislativo, pode, dentre várias funções, ter o objetivo de servir de subsídio tanto para a alteração da legislação em vigor quanto para a fundamentação de suas bases teóricas.

O tema que ora propomos, em face das debatidas ideias que se contrapõem ora defendendo a redução da idade, ora defendendo a lei em vigor,[1] adquire especial relevância em face do incremento da delinquência infanto-juvenil.

Muitas causas podem ser apontadas como consequência dessa ordem de fatores, mas a principal, segundo julgamos, é a reconhecida incompetência dos poderes públicos para adotar medidas que possam combater eficazmente a criminalidade infanto-juvenil, principalmente em setores distintos do campo da coerção estatal, visto que o tema está inserido na órbita social e envolve políticas públicas gerais e específicas, tais como aquelas que visam melhorar setores básicos da sociedade, como saúde, educação e trabalho.

Ao inverter-se a ordem dos fatores pode-se chegar à conclusão de que a alteração da idade mínima penal seria medida inócua para efetivamente coibir a criminalidade infanto-juvenil, a exemplo do que ocorre com a criminalidade em geral.

As frequentes alterações que sofre a legislação penal, na maioria das vezes endurecendo a repressão, não acarretam o efeito suposto de coibir a criminalidade.

Reputamos desgastada a opção pelo endurecimento da repressão como medida de política criminal para o combate da violência com aumento desproporcional de penas e a criação de novas figuras típicas. Essas medidas há algum

1. O Código Penal de 1940 expressamente consagrou que os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, disposição repetida na Constituição de 1988. Esta previsão da Constituição de 1988 vem sendo considerada garantia fundamental da pessoa humana, consequentemente, não se admite sua alteração por meio de emenda constitucional. Nesse sentido, José Afonso da Silva, com apoio em René Ariel Dotti, em: *Comentário contextual à Constituição*, p. 860-861. No mesmo sentido, Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, defende a natureza pétrea da cláusula constitucional que estabelece a idade penal. Afirma que: "A inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é, sem dúvida, um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea. No mesmo sentido leva a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU". A irresponsabilidade penal do adolescente. *RBCCrim* 18/91.

tempo vem sendo adotadas sem repercussão de fato na realidade social, respondem apenas ao clamor social e midiático, bem ao encontro do direito penal simbólico dos tempos atuais.[2]

É duvidoso afirmar que a redução da idade mínima penal terá o condão de reduzir a violência. O adolescente deixará de praticar um delito porque responderá penalmente por ele, sujeito as elevadas penas do Código Penal e não mais à medida de internação de no máximo três anos? Não seria mais eficaz procurar coibir os fatores que levam a marginalização social de inúmeros adolescentes, combatendo a extrema desigualdade social que impera na sociedade brasileira? São questões que fogem ao nosso objetivo imediato, mas que propomos que sejam inseridas no contexto inicial: apresentar a evolução histórica da idade penal no direito brasileiro como substrato para as discussões que se apresentam em relação à idade mínima penal atual.

1.1 Delimitação do tema

Abordar o tema do menor na legislação brasileira desde o período colonial até algumas décadas passadas[3] implica em analisar sucintamente o tema da culpabilidade em direito penal e a imputabilidade, como seu requisito ou pressuposto, para, a partir destas considerações, delimitar a matéria. O ponto de partida é a repressão, somente com o surgimento de princípios específicos de proteção chega-se ao ponto de se reconhecer a necessidade de conferir ao menor tratamento diverso, especial, em atenção ao estágio de desenvolvimento por que passa. Paulatinamente separa-se a legislação tutelar da penal.

Assim, trazemos algumas anotações sobre o direito penal indígena, reconhecendo, contudo, que este sistema pouca ou nenhuma influência exerceu sobre a legislação brasileira, que na sua origem atrelou-se basicamente ao direito lusitano. O ponto inicial é a arcaica legislação portuguesa, cujas bases en-

2. "O tema da redução da imputabilidade penal do adolescente para 16 anos é cíclica, senão casuística. De tempos em tempos, e principalmente quando algo excepcional acontece, como, por exemplo, as rebeliões da Febem, o assunto torna-se obrigatório. A mídia contribui para a distorção do enfoque. O problema não está sediado somente na fixação do critério etário; o problema maior está na falência do sistema de atendimento de jovens infratores, carentes de programas de atendimento. O Poder Executivo, detentor da obrigação de instalar esses programas e executá-los, permanece completamente alheio à situação, deixando para o Poder Judiciário sua solução." Wilson Donizete Liberati, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 112.

3. As referências aos Códigos Penais ao longo do texto são da obra de José Henrique Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*.

contram-se na Idade Média, ressaltando o terror punitivo[4] e a responsabilidade por um prisma meramente objetivo, sem a aferição da culpabilidade e, consequentemente, da verificação de ser o autor do fato imputável ou não. Dentro desse panorama, veremos pouca distinção na punibilidade do menor infrator.

Em 1830, a força do movimento liberal, que, dentre outras conquistas, foi responsável pela independência do Brasil, alcança o direito penal com o Código Criminal deste mesmo ano. Considerada legislação de vigor, foi responsável por introduzir importantes princípios como o da legalidade, bem como o reconhecimento da intenção e vontade na prática do ato delituoso, base da culpabilidade. Em relação ao menor, estabelece a necessidade de aferir se o menor que praticou um ato delituoso tem discernimento para poder responder penalmente pelo ato.

Em 1890 há o advento de um novo Código Penal, que confere à questão do menor delinquente tratamento diverso do Código anterior, na medida em que conjuga ao sistema adotado pelo Código do Império, um outro sistema que se baseia na presunção absoluta de que o menor, do nascimento até determinada idade, não tem condições de entendimento da conduta ilícita, não podendo ser responsabilizado pela conduta delituosa.

Em 1927 o advento do Código de Menores marca um novo tratamento a ser conferido ao menor, com medidas de apoio não só ao menor delinquente, como também ao menor abandonado. Grande inovação foi o alargamento das atribuições do juiz de menor, principalmente possibilitando a intervenção nas relações familiares.

Passamos pela Consolidação das Leis Penais de 1932, que incorpora no seu texto o mesmo tratamento do Código de Menores. Fazemos uma breve menção ao tratamento conferido ao menor no importante projeto de Código Penal de Sá Pereira. Terminamos com o vigente Código Penal de 1940, que inova ao estabelecer a imputabilidade a partir da idade de 18 anos, filiando-se ao critério puramente biológico, até atingirmos o Código Penal de 1969, pondo termo ao presente trabalho.

1.2 Culpabilidade

A ideia de conferir tratamento diferenciado ao menor delinquente parte da consideração de que a pena é imposta como consequência de sua atuação

4. "Sobre o corpo e o espírito dos acusados e dos condenados se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. As Ordenações Filipinas – assim como as anteriores – desvendaram durante dois séculos a face negra do direito penal." René Ariel Dotti, *Reforma penal brasileira*, p. 137.

contrária à conduta esperada, o que está diretamente ligado à responsabilidade do agente pelo ato praticado.

A partir da Idade Média, aproximadamente, até as Ordenações Filipinas, na legislação brasileira, só interessava precisar se o agente havia causado o dano com sua conduta, ou seja, se havia produzido aquele resultado. A responsabilidade era objetiva, pois não interessava saber se o dano causado pelo homem era ou não evitável, pertencendo, a evitabilidade do fato, ao psiquismo interno do homem.

É precisamente esse ingresso no psiquismo do homem, para efeito de culpabilidade, que acarretará a exigência da imputabilidade para que o homem responda penalmente por sua conduta.

Tradicionalmente, a imputabilidade passou a ser considerada como elemento da culpabilidade.

É preciso distinguir, contudo, capacidade de imputabilidade. A capacidade, na lição de Cernicchiaro e Costa Júnior, é a aptidão em tese para responder pelas consequências penais do ato praticado. Já a imputabilidade é a aptidão em concreto para responder pelo ato. Para a capacidade, o agente deve satisfazer a exigência legal de ter 18 anos, tal marco é dado pelo critério biológico, sem qualquer consideração acerca da capacidade de entendimento do agente. Já para a imputabilidade, a lei exige que, segundo o critério biopsicológico, a pessoa tenha aptidão para entender o caráter ilícito da conduta. Nas palavras dos autores: "A imputabilidade, repita-se, é compreensão efetiva. A capacidade, compreensão presumida. Daí, com propriedade, afirmar-se que a capacidade é imputabilidade presumida".[5]

2. O MENOR EM DIVERSAS LEGISLAÇÕES PENAIS DO BRASIL

2.1 Os índios no Brasil

A questão da culpabilidade não era considerada pelo homem primitivo, à época do descobrimento. A responsabilização, na maioria das vezes, tinha por base fatores externos à conduta e à vontade do agente.

A influência de espíritos, de forças mágicas e invisíveis, eram quase sempre apontadas como geradoras de responsabilidade, sem que fosse necessário verificar-se qualquer nexo de causalidade entre ação e resultado.

Em relação à imputabilidade, não importava saber se o agente no momento da conduta estava ou não privado de discernimento e vontade.

---

5. *Direito penal na Constituição*, p. 156-157.

Afirma João Bernardino Gonzaga, que os menores eram responsabilizados nas sociedades primitivas da mesma forma que os adultos, sem qualquer distinção, inclusive tendo como base a crença "que nelas podia estar encarnado algum adulto já falecido".

Eram atingidos diretamente, quando praticavam alguma conduta delituosa, ou ainda, indiretamente, em virtude da lei da compensação ou da vingança coletiva, formas de responsabilização objetiva, pautada na vingança, entendida esta dentro da organização social coletiva, própria daquele período, afastando a consideração da responsabilização individual.[6]

Não há consenso na afirmação de que os menores eram responsabilizados da mesma forma que os adultos, para Ruy Rebello Pinho os autores em geral não encontram resposta ou encontram respostas diferentes quando questionados sobre a influência da idade para os delitos praticados pelos indígenas.[7]

2.2 Brasil colonial

No período pós-descobrimento do Brasil, a legislação de Portugal era a mesma vigente na nova colônia. As Ordenações Afonsinas, e as Ordenações Manuelinas, esta última com vigência até 1603, pouco influíram na colônia incipientemente formada,[8] narra-se inclusive que nenhum exemplar das Ordenações havia em território da colônia em 1587.[9]

Já em relação às Ordenações Filipinas, estas por mais de dois séculos, na parte criminal, vigoraram no país, tendo sido revogadas no Brasil pelo Có-

6. João Bernardino Gonzaga faz alusão a outros autores importantes, que afirmavam ser inconteste a ideia de que as crianças, desde a mais tenra idade, podiam sofrer idêntico tratamento vindicativo dispensado aos adultos. *O direito penal indígena*, p. 109.

7. *Menores infratores e criminosos imaturos*, p. 20.

8. "Pouca importância tiveram, no Brasil, as Ordenações Manuelinas, embora, formalmente, estivessem vigorando na época das capitanias hereditárias. Abundavam as determinações reais especialmente decretadas para a nova colônia, as quais, aliadas às cartas de doação, com força semelhante à dos forais, abacinavam as regras do Código unitário." Augusto F. G. Thompson, *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*, p. 89.

9. "Para se ter uma ideia de como iam as coisas referentes à Justiça, naquela época, basta lembrar o episódio ocorrido em Piratininga, em 13.06.1587, de que o almotacel (magistrado de categoria inferior ao juiz ordinário) João Maciel pediu aos vereadores que lhe dessem as Ordenações (certamente o Código Sebastiânico), pois não podia, sem elas, exercer suas funções. Taunay, que nos narra esse episódio, acrescenta não se ter encontrado um exemplar." Magalhães Noronha, *Direito penal*, p. 64.

digo de 1830.[10] Contempla o livro V das Ordenações, em seu título CXXXV, disposições acerca do tema do menor delinquente As principais disposições referem-se a: (a) não fazer distinção entre infância, a puerícia ou mocidade, e a puberdade, como era de praxe desde o direito romano; (b) não relacionar a prática delituosa com a capacidade penal para o fim de afastar da órbita penal infantes ou impúberes.

Confere certa diferenciação de tratamento no que se refere à sanção a ser aplicada. Assim, afasta a pena de morte para o menor de 17 anos, ainda que o delito praticado mereça tal sanção. Contudo, será punido penalmente, devendo a pena ser aplicada de acordo com o arbítrio do julgador.[11] Também fica ao arbítrio do julgador condenar o menor de 20 e maior de 17 anos à pena total ou parcial. Já o maior de 20 que cometer delito será condenado a mesma pena que o maior de 25 anos.

As disposições das Ordenações Filipinas que tratam do tema são consideradas retrógadas, de um rigor exacerbado, tendo em vista que as Ordenações não conferiam aos impúberes o tratamento que era conferido já em Roma, à época da Lei das XII Tábuas, que admitia a distinção entre púberes e impúberes, para subtrair estes últimos ao regime punitivo comum, sujeitando-os apenas a *castigatio*.

Ainda no direito romano (Código de Justiniano) é estabelecida a distinção entre infantes – menores até sete anos – e impúberes – de 7 a 14 anos – mantendo-se os primeiros isentos de qualquer julgamento penal.[12]

Posteriormente, dentre as várias tentativas de reforma da arcaica legislação portuguesa, a de maior realce[13] foi o projeto de Código Criminal de Melo Freire, elogiado pela doutrina pelo avanço das ideias que nele se projetavam. Neste Código a questão do menor será tratada seguindo os parâmetros do direito romano. Conforme Augusto Thompson, o projeto mencionado:

"Declara o § 5.º incapazes de todo o delito e pena os infantes, mas, passada a infância, responderá o agente pelo crime, sendo castigado segundo sua malícia e conhecimento. Esclarecem as Provas que, com base nas leis romanas,

10. Cf. Augusto F. G. Thompson, op. cit., p. 115.
11. Cf. Ruy Rebello Pinho, *História do direito penal brasileiro: período colonial*, p. 100.
12. Cf. Aníbal Bruno, *Direito penal*, p. 163.
13. Destaca-se o projeto citado de Melo Freire, não só pela posição vanguardista, como também por ter "grande influência na redação do Código Criminal do Império do Brasil, por ter sido um de seus autores seu discípulo, em Coimbra". Pierangeli e Zaffaroni, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 273.

fazia-se na Europa distinção entre infância, puerícia ou mocidade e puberdade. Aquela indo até os sete anos, a segunda até os 14 e a terceira até os 25. Do que resulta entender-se que somente os menores de sete anos gozavam de inimputabilidade completa. A matéria está complementada no Título IV, § 27, onde há determinação no sentido de que os menores de 25 anos e maiores de 20 recebam a pena ordinária, que será amenizada para os réus de idade inferior."[14]

Cabe também observar que as Ordenações Filipinas contemplavam como condenação para determinados crimes, a pena não só para o agente da conduta proibida como também para os seus descendentes, atingindo assim menores de qualquer idade e sem qualquer relação com o fato criminoso. Pode-se afirmar que alguns menores já nasciam com a espada da justiça ou de Dâmocles pendente sobre sua cabeça. Exemplo desta pena ocorre no crime de lesa-majestade (Título VI) e sodomia (Título XIII).

Em um caso, excepcionalmente, as Ordenações relevavam de todas as penas em razão da idade: a mulher, menor de 13 anos, que tem "ajuntamento carnal com parentes e afins" (Título XVII).

2.3 Brasil Império

Com o movimento social que culminou com a proclamação da Independência em 1821, foi necessário uma nova legislação que embasasse as recentes mudanças institucionais.

Assim, em 1824, era promulgada a Constituição do Império, contendo algumas das ideias mais recentes surgidas no seio da burguesia europeia, fruto de intenso amadurecimento das ideias renovadoras que brotavam no velho continente.

Nesta Constituição veio a previsão, em seu art. 179, § 18, da necessidade de organização de "um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade".

Assim, em 1830, entra em vigor o Código Criminal do Império, legislação de grande rigor científico, muito elogiado à época, dizendo-se dele que dois penalistas belgas (Haus e Mittermayer) aprenderam o português para melhor estudá-lo.[15]

Em relação à idade penal, em seu art. 10, § 1.º, trouxe a regra de que não se julgarão criminosos os menores de 14 anos,[16] porém, provando-se que os

14. Op. cit., p. 124.

15. Cf. Magalhães Noronha, op. cit., vol. 1, p. 56.

16. De acordo com o aviso imperial de 17.07.1852, "a disposição do § 1.º do art. 10 do Código Criminal é também aplicável aos escravos, nas condições da lei de 10 de ju-

menores de 14 anos praticaram o delito com discernimento, eles seriam recolhidos às casas de correção,[17] pelo tempo que o juiz entendesse necessário fixar, desde que não excedesse à idade de 17 anos (art. 13).

Dispunha ainda o Código que o juiz poderia impor as penas da cumplicidade ao réu maior de 14 e menor de 17 anos, se assim lhe parecesse justo (art. 18, § 10, 2.ª parte).

Já havia a previsão neste ordenamento penal da menoridade como circunstância atenuante do crime, alcançando o delinquente menor de 21 anos (art. 18, § 10). A propósito, observa Magalhães Noronha, baseado nas lições de Roberto Lyra, que a previsão da menoridade como circunstância atenuante é uma originalidade do Código de 1830, desconhecida, até então, das legislações francesa (1810) e napolitana (1819), que o influenciaram.[18]

A idade de 21 anos também era considerada na aplicação da pena de galés, que por expressa previsão não poderia ser imposta aos menores desta idade (art. 45, § 2.º). Tal pena, nesse caso seria substituída pela de prisão com trabalho. Em relação à natureza das penas, Ruy Rebello Pinho distingue entre o menor livre e o menor escravo:

"Ao menor livre, de acôrdo com o grupo de idade, eram aplicáveis tôdas as penas previstas no Código à exceção de morte, galés e açoites. (...) Para os menores escravos, a pena por excelência eram os açoites. Não apenas por fazerem o criminoso sentir o castigo da pena, mas principalmente pelas vantagens de todas as espécies que ofereciam aos senhores, os quais não se privavam do

---

nho de 1835, não obstante os têrmos genéricos do art. 1.º desta". Citada lei mandava aplicar a pena de morte aos escravos que cometessem atentado contra a vida de seu senhor, conforme explica Ruy Rebello Pinho, *Menores infratores...* cit., p. 39.

17. A respeito das casas de correção, Ruy Rebello Pinho trás opiniões distintas de autores da época sobre considerá-las ou não prisão tal como aquelas destinadas aos adultos, ou estabelecimentos especificamente destinados à correção do menor. Enquanto Augusto de Camargo entendia, em 1881, que o Código considerava a reclusão do menor período de preparação para seu desenvolvimento moral, Thomaz Alves ressaltava as falhas e omissões da legislação ao admitir que a falta das casas de correção acarretaria que o menor cumprisse a pena da mesma forma e no mesmo estabelecimento penal que os adultos, comprovado o discernimento na realização da conduta. De qualquer modo, o citado autor, apoiado nas anotações ao Código de Araújo Filgueiras Júnior, refere-se ao Aviso 464, de 23.10.1860, que fomenta mais questionamentos ao permitir a aplicação da pena correcional mesmo ao menor sem discernimento. Idem, p. 35-36.

18. Op. cit., p. 56.

braço negro, tão necessário à economia do Império, cuja estabilidade em parte nele se fundava."[19]

É necessário ressaltar que as legislações penais do século XIX em geral adotavam, em relação ao tratamento conferido ao menor, sistemas diversos, sendo que um primeiro sistema dividia a vida humana em dois períodos, adotando como marco, na maioria das legislações, a idade de 16 anos. Menores desta idade tinham a seu favor a presunção de que não possuíam o necessário discernimento para a prática delituosa, para sofrerem punição era necessário que se provasse discernimento e assim, seriam sancionados como os adultos. Já o segundo sistema, que se aproxima do direito romano, faz uma divisão de idades distinguindo infantes e impúberes, considerando os infantes inimputáveis absolutamente. Já em relação aos impúberes, estes deveriam ter o discernimento investigado para que pudessem responder criminalmente, se presente o discernimento, a menoridade, como regra, acarretava a redução da pena.

Enquanto o nosso Código Criminal de 1830 adotou o primeiro sistema, assim como o Código Penal da França, da Bélgica,[20] de Luxemburgo e do México; o Código Penal de 1890 adotou o segundo sistema, a esteio da legislação penal da Itália, da Alemanha, da Dinamarca, e também da vários outros países: Espanha, Argentina, Chile, Uruguai, Peru e Costa Rica, dentre outros.

Tobias Barreto, um dos mais ilustres penalistas brasileiros, apontado por Magalhães Noronha como o maior vulto do direito penal daquela época, "culminância do direito penal do Império",[21] escreveu, dentre outras obras, em 1892, uma intitulada *Menores e loucos em direito criminal*, tendo tecido severas críticas a variados pontos do Código no trato do tema. Inicialmente, discordou

19. *Menores infratores*... cit., p. 37.

20. Adolph Prins, comentando o Código Penal da Bélgica de 1867, trouxe considerações acerca da menoridade, sobretudo em relação ao tratamento da questão pela legislação penal à época, tanto da Bélgica quanto de outros países europeus. De acordo com o art. 72 e ss. do Código de 1867, inspirado no Código Penal francês de 1810, a infância vai até os 16 anos, sendo apreciado esta idade no momento da prática do ato delituoso, a investigação era realizada para se precisar se a criança havia praticado o delito com ou sem discernimento, sendo negativa a resposta a criança era absolvida, sendo afirmativa era condenada, funcionando a menoridade como atenuante, sendo as penas muito reduzidas. Não havia neste Código fixação de idade a partir do qual a criança poderia sofrer processo criminal, ao contrário do que ocorria em outros países como a Alemanha, em que era fixado em 12 anos, 10 na Noruega, Dinamarca, Áustria e Holanda, nove na Itália e sete na Inglaterra. *Ciência penal e direito positivo*, p. 208-209.

21. Conforme afirmação de Magalhães Noronha, op. cit., vol. 1, p. 58.

da opção pelo sistema adotado no Código francês, entendendo preferível a consideração de que o simples fato da idade já seria suficiente para se presumir a falta de capacidade e compreensão da conduta ilícita. Também criticou a possibilidade de aferição do discernimento do menor de qualquer idade, até mesmo de uma criança de cinco anos. Aponta, ainda nessa obra, uma incongruência do legislador, afirmando que, uma vez tendo o legislador optado pelo sistema do discernimento, ao menos deveria ter seguido o Código Penal francês,[22] que fixou a idade em 16 anos e não em 14 anos como fez o Código de 1830.

2.4 Brasil República

2.4.1 Código Penal de 1890

O Código Penal da República de 1890 foi criticado por ter sido elaborado antes da Constituição da República, ficando em curto espaço de tempo desatualizado por não estar em consonância com os princípios penais da nova Constituição. Tal fato pode ser atribuído à urgente necessidade de alteração da lei penal em vigor, principalmente depois de abolida a escravidão.

Neste Código, encontramos dispositivos que tratam da questão da idade penal de maneira diversa da legislação anterior, embora não seja possível afirmar-se que o Código fez opção unicamente pelo critério biológico, porque ele não se afastou totalmente da consideração acerca do discernimento. Nele há a separação entre infância e puberdade com efeitos distintos, (art. 27, §§ 1.º e 2.º) de modo que os menores de nove anos não são considerados criminosos, enquanto os maiores de nove e menores de 14 anos só não serão considerados criminosos se tiverem agido sem discernimento.

---

22. Sobre o Código Penal francês de 1810, vide Donnedieu de Vabres, *in verbis*: "(...) na grande maioria dos casos, a criança delinquente é, sobretudo, uma *vítima*. Nem os partidários mais resolutos do livre arbítrio pretendem estabelecer uma equivalência entre a responsabilidade moral dos adultos e a dos menores. O legislador de 1810 já se deixou guiar pela idea de que, no tratamento dos criminosos menores, deve prevalecer o ponto de vista educativo. Os arts. 66.º e 67.º do Código Penal, na sua primitiva redacção, fixam a maioridade penal aos 16 anos. Quando um delinquente com menos de 16 anos é levado ao banco dos réus, o tribunal tem que responder a uma pergunta especial: A criança agiu com discernimento? (art. 340 do Código de instrução criminal). Quando a *questão de discernimento* é resolvida negativamente, a pena é substituída por uma medida puramente educativa, aplicada até aos 20 anos numa *casa de correcção*. Quando é reconhecido o discernimento, aplica-se a pena, mas com uma grande redução, que geralmente é de metade: em nenhum caso a condenação pode exceder 20 anos de prisão". *A justiça penal de hoje*, p. 74-75.

Aos menores de nove anos, embora não sujeitos a legislação penal, não há referência quanto ao tratamento que deveriam receber caso praticassem uma infração penal.

A imputabilidade, para os menores compreendidos entre 9 e 14 anos, ficava na dependência de se comprovar ou não discernimento, enquanto a imputabilidade sem exame do discernimento, iniciava-se a partir dos 14 anos.

Segundo o art. 30: "Os maiores de nove anos e menores de quatorze, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos". É mantida a previsão da circunstância atenuante para o delinquente menor de 21 anos (art. 42, § 11), a exemplo do Código do Império.

2.4.2 Alterações e propostas surgidas até 1940

Posteriormente, por meio da Lei 4.242, de 05.01.1921, eleva-se a idade penal para 14 anos, o menor desta idade que praticasse crime não seria submetido a processo algum, aqueles compreendidos entre a idade de 14 e 18 anos ficavam sujeitos a processo especial, de acordo com as condições física, mental ou moral deles.[23] A idade que constituía atenuante desde o Código do Império (menor de 21 anos), é limitada, por esta lei, aos maiores de 18 e menores de 21 anos, alterando-se assim o § 11 do art. 42 do Código de 1890.

Assim, vemos surgir na legislação brasileira pela primeira vez, em sintonia com os reclamos da ciência, já em fins do século XIX, disposições de cunho não repressor, mas protetivo do menor, em respeito a peculiaridade do ser humano ainda em desenvolvimento.[24]

Em 12.10.1927 foi expedido o Dec. 17.943-A (Código de Menores), que disciplinou a matéria, trazendo em um capítulo próprio considerações acerca do menor delinquente. "Foram eles agrupados em três categorias: 1. menores de 14 anos; 2. menores de 14 a 18 anos; 3. menores de 16 a 18 anos, perigosos, autores de crime considerado grave.

Introduziu, assim, o legislador, para escolha do tratamento a ser dado aos jovens criminosos, um dado novo, a *perigosidade* (...). Embora as novas ideias

23. Cf. Galdino Siqueira, *Direito penal brazileiro*, p. 362.

24. É necessário observar anteriores iniciativas no sentido de estabelecer uma legislação protetiva do menor no Brasil já em 1902, por Lopes Trovão, e em 1917 por Alcindo Guanabara.

pregassem total desvinculação dos menores dos Códigos Penais, só em parte foi ela conseguida pelo decreto de 1927. Completamente desligados do Código Penal, ficaram apenas os menores de 14 anos e, quando não perigosos, os menores de 18 anos".[25] Procurou o Código de Menores oferecer tratamento diverso de acordo não só com a idade, como também em virtude de sua situação pessoal. Preocupação com o estado físico e com a saúde passava a ter destaque na verificação do ilícito e na sanção estipulada.

Em determinados casos observam-se, no Código, inovações como na referência a tratamento apropriado, a escola de reforma para educação dos abandonados e pervertidos e a pena de simples advertência para os que praticassem infração muito leve ou contravenção.

Sentidas mudanças tanto na sociedade quanto no panorama jurídico são observadas no Brasil do início do século XIX. Em relação ao Código Penal de 1890, não seria exagero afirmar-se dele que nasceu já desatualizado, pois apenas três anos após, já eram apresentados projetos para sua alteração.[26]

Assim, em virtude de várias alterações por que passou o Código de 1890, em 1932 oficiou-se a obra consolidadora das leis extravagantes e do citado Código, de lavra do Des. Vicente Piragibe, denominada "Consolidação das Leis Penais". No que se refere ao menor, a Consolidação manteve disposições do Código de Menores, ao considerar que não eram criminosos aqueles menores de 14 anos (art. 27, § 1.º), e que constituía circunstância atenuante ser o delinquente maior de 18 anos e menor de 21 anos (art. 42, § 11). Estabelecia em seu art. 30: "Os menores de 18 anos, abandonados e delinquentes, ficam submetidos ao regime estabelecido pelo Decreto 17943-A, de 12 de outubro de 1927, Código de Menores".

Sem embargo da existência da Consolidação, o fato é que vários projetos de alteração do Código Penal tinham sido apresentados antes e alguns até mes-

25. Ruy Rebello Pinho, *Menores infratores*... cit., p. 48-49.

26. Segundo René Ariel Dotti: "As investigações criminológicas contribuíram decisivamente para uma abertura de perspectivas em torno dos grandes problemas do delito, do delinquente e da pena. Em tal sentido, os esforços de Tobias Barreto foram merecidamente reconhecidos, ligando seu nome ao advento da criminologia no Brasil. Dentro daquele quadro, quando a Primeira República desenvolvia uma nova marcha de progresso, a obra de Ferri serviu de modelo obrigatório para as pesquisas entre nós. Adotava-se como linha de princípio que a criminalidade não poderia ser esbatida através de medidas penais de extrema severidade (...). A ampla discussão doutrinária em torno dos postulados e do confronto das escolas Clássica e Positiva estimulava os movimentos de reforma do Código Republicano." Op. cit., p.149-150.

mo depois da Consolidação, o que não representou a síntese das propostas de reforma. Dentre os projetos apresentados, destaca-se o do Des. Virgílio de Sá Pereira. Acerca deste projeto René Ariel Dotti afirma que "a influência exercida pela escola positiva ficou bem delineada através da orientação adotada em importantes setores como a classificação dos delinquentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e indeterminação da pena, o emprego das medidas de segurança etc.".[27]

O projeto mencionado tratava da menoridade diferenciando a absoluta e a relativa, sendo que a primeira terminava aos 14 anos completos e excluía a imputabilidade. Para essa hipótese não havia repressão, somente a prevenção. Já a menoridade relativa terminava aos 18, diminuía a imputabilidade e acarretava a mesma repressão conferida aos adultos (art. 33).

2.4.3 Código Penal de 1940 e propostas posteriores surgidas até 1969

Com a instituição do Estado Novo e a modificação do panorama político brasileiro, o projeto de Sá Pereira, que já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados e chegado ao Senado, não prospera. O novo Ministro da Justiça do governo de Getúlio Vargas, Francisco Campos, incumbe Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, de elaborar um novo Código Penal, e assim, em 1940, surge o Código que ainda hoje se encontra em vigor.[28]

Segundo o art. 23 da redação original do Código, os menores de 18 anos foram considerados penalmente irresponsáveis, sem qualquer preocupação com o discernimento do menor; filia-se assim o Código, nesse ponto, ao critério

---

27. Idem, p. 153, onde, aliás, o autor afirma que Jimenez de Asúa considerou o projeto uma das melhores leis penais do futuro.

28. "Os elaboradores do Código tinham diante de si, não só o projeto Alcântara Machado, sobre o qual diretamente se apoiou o seu trabalho, e o projeto Sá Pereira, com as críticas e discussões que se desenvolveram em volta dele, mas ainda os modernos projetos e Códigos da Europa, a cuja corrente, da chamada política criminal, veio naturalmente filiar-se o novo Código. Uma legislação que, ao lado da concepção objetiva do crime, acolhe a sua concepção sintomática, conduzindo ao dualismo, culpabilidade-pena, perigosidade criminal-medida de segurança, mas fazendo sentir-se no Código um sopro salutar de realismo com a consideração em mais de um ponto da personalidade do criminoso, que não é uma abstração, mas uma realidade natural-social. A política de transição ou conciliação, a que se refere a *Exposição de Motivos*, permitiu que os traços de inspiração positivista dessem um aspecto novo e sadio à fisionomia do Código." Aníbal Bruno, op. cit., t. 2, p.183-184.

puramente biológico. Pela primeira vez a inimputabilidade tem como limite a idade de 18 anos na legislação penal do país.

Na legislação imperial nenhum limite foi estabelecido, no primeiro Código da República o limite foi de nove anos, ao que se seguiu a idade de 14 anos na Lei 4.242/1921, no Código de Menores e na Consolidação. Só com o vigente Código Penal de 1940 atingiu o patamar de 18 anos. No dizer de Roberto Lyra: "Quanto mais alto o limite de idade, em que o delinquente se liberta das penas propriamente ditas, maior o progresso, fazendo da ciência um instrumento humano, mas intransigente de defesa social".[29]

Para conciliar as disposições do Código de Menores de 1927 com a inimputabilidade, fixada no Código Penal de 1940 em 18 anos, foi necessário que uma nova legislação viesse harmonizar esses dois estatutos, de modo que em 1943 surge o Dec.-lei 6.026, de 24 de novembro, trazendo disposições relativas aos menores de 18 anos que praticassem infração penal. A essa legislação, Nélson Hungria[30] tece elogios, afirma que nossa legislação tutelar está entre uma das mais adiantadas legislações sobre o tema. Os atos definidos como crimes praticados por menores de 18 anos ficavam sob o pálio das sanções de caráter meramente educativo previstas na legislação tutelar. Em hipótese alguma o menor seria mandado para a prisão comum.

Tal Decreto foi revogado pela Lei 5.258, de 10.04.1967 que modificou o Código de Menores em alguns pontos, dentre os quais os relativos às infrações penais praticadas pelos maiores de 14 e menores de 18 anos e das medidas a eles aplicáveis. Esta lei recebeu pesadas críticas por ter rompido com a distinção entre a legislação tutelar e a penal. Acabou tendo alguns de seus artigos revogados pela Lei 5.439, de 22.05.1968, que corrigiu alguns de seus desacertos.

---

29. *Comentários ao Código Penal*, vol. II, p. 310.

30. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, t. 2, p. 352. Na mesma obra, de 1953, observa-se que Nélson Hungria já propugnava pela necessidade de que o Estado defendesse os interesses do menor, enquanto responsável pela consecução de fins coletivos, a quem cabia, consequentemente, uma função de assídua vigilância e proteção desses interesses. No entanto, situava a questão do menor como uma opção de política criminal. "Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediàvelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício. O *delinquente juvenil* é, na grande maioria dos casos, um corolário do *menor socialmente abandonado*, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa. Assim tem sido, modernamente, uma assídua preocupação do Estado o amparo material e moral da infância e adolescência." Idem, p. 346.

Em 1969, o Dec.-lei 1.004, de 21 de outubro, converte em lei projeto de alteração do Código Penal, baseado no anteprojeto de Nélson Hungria. Tal Código, porém, após sucessivas prorrogações da entrada em vigor, não chega a ter efetiva vigência em nosso país. Em relação à inimputabilidade do menor optou pelo critério biopsicológico, ao considerar o menor de 18 anos inimputável, possibilitando, contudo, para quem já tivesse completado 16 anos, a verificação de suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nesse caso, a pena seria aplicada diminuída de um terço a metade.

Idêntico tratamento é encontrado no art. 50 do CPM (Dec.-lei 1.001, de 21.10.1969). Segundo esse artigo, o menor de 18 anos é inimputável, salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Caso no qual a pena seria aplicada diminuída de um terço à metade.

Em 1984, há o advento da reforma da parte geral do Código Penal de 1940. Sentidas modificações são efetuadas em diversas matérias. No que se refere à menoridade, a Lei 7.209/1984 dá nova redação ao tema, dando a seguinte redação ao art. 27: "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". Antes da reforma, dispunha o art. 23 do Código Penal de 1940 que os menores de 18 anos eram penalmente irresponsáveis. Substituiu-se a expressão irresponsáveis por inimputáveis.

2.4.4 A Constituição de 1988 e a Lei 8.069/1990

A Constituição de 1988 é a primeira a trazer regramento específico no que se refere à inimputabilidade. Dispõe em seu art. 228 que os menores de 18 anos são inimputáveis, sujeitos à legislação específica. Repete, assim, o estatuído no Código Penal, após a modificação de 1984. Aparentemente não há qualquer alteração, não obstante, afirmar-se que um dos efeitos da norma é o de impedir a lei ordinária de reduzir a idade para aumentar os agentes da infração.[31]

A Lei 8.069/1990 opera uma grande transformação no que tange à tutela do menor. O ponto de partida das inovações é a substituição da doutrina da situação irregular por um sistema de proteção integral. Há o estabelecimento de um verdadeiro sistema de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

31. Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 158.

No campo penal, é possível afirmar que o estatuto criou um direito penal juvenil,[32] assegurando que os princípios do direito penal sejam respeitados, que as medidas sócio-educativas impostas guardem relação com as sanções penais, ou seja, sejam aplicadas apenas e somente como resposta a um ato infracional apurado em conformidade com o devido processo legal, conforme estabelece a Constituição, além do próprio estatuto.

Afasta-se, peremptoriamente, a aplicação de medidas restritivas de direito, do antigo Código de Menores, sem relação com a prática de um ato ilícito, que configurasse delito. Conforme afirma Roberto Barbosa Alves: "Ao cometimento de um ato infracional deve corresponder uma das medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do ECA. Fica claro que o legislador construiu um Direito Penal Juvenil, atenuado pelas características peculiares do adolescente como pessoa em desenvolvimento".[33]

Traçado um breve panorama legislativo acerca da idade penal na legislação brasileira, o momento presente é marcado pelo conjunto de garantias e princípios que, amparado no sistema internacional de proteção aos menores, concede especial tutela a eles, tendo em conta, muito provavelmente, peculiar situação em que se encontram.

A doutrina da proteção integral aliada ao reconhecimento de que os direitos fundamentais da criança e do adolescente são especiais garantem que o tratamento conferido ao menor, no Brasil, seja pautado pela prevalência de seus interesses, reconhecendo-se ainda a primazia, a especialidade e a integral proteção de seus direitos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto o nosso Código Criminal de 1830 adotou o sistema que dividia a vida humana em dois períodos, tendo como marco divisor a idade de 14 anos, o Código de 1890 tratou do tema de maneira diversa, embora não seja possível

32. "O sistema de responsabilização presente no Estatuto pressupõe, pois, a existência de crime ou contravenção como causa objetiva, eficiente e necessária para o acionamento do sistema, sem prescindir das condições subjetivas (dolo ou culpa). Do ponto de vista objetivo estabeleceu-se um sistema que não pode prescindir dos atos aos quais correspondem condutas descritas como crimes ou contravenções. Porém, é variável a intensidade da responsabilização, porquanto há uma relativização do princípio da proporcionalidade em função do superior interesse da criança." Sérgio Salomão Shecaira, *Sistemas de garanta e o direito penal juvenil*, p. 169.

33. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, p. 28.

afirmar que tenha adotado o critério biológico com exclusividade, na medida em que dá relevo, em alguns momentos, ao discernimento. Nele há a separação entre infância e puberdade com efeitos distintos, de forma que os menores de nove anos não são considerados criminosos, enquanto que os maiores de nove e menores de 14 anos só não serão considerados criminosos se tiverem agido sem discernimento. A imputabilidade, sem exame do discernimento, iniciava-se a partir dos 14 anos.

Posteriormente, por meio da Lei 4.242/1921, eleva-se a idade penal para 14 anos, independente de se constatar discernimento. O menor desta idade que praticasse crime não seria submetido a processo algum.

O Código de Menores de 1927 (Dec. 17.943-A/1927) disciplinou a matéria distinguindo os menores de 14 anos, daqueles menores de 14 a 18 anos e por fim, dos menores de 16 a 18 anos, perigosos, autores de crime considerado grave, enquanto que irresponsáveis penalmente ficaram apenas os menores de 14 anos e, quando não perigosos, os menores de 18 anos.

A Consolidação das Leis Penais de 1932 (obra consolidadora das leis extravagantes e do Código de 1890) manteve as disposições do Código de Menores, ao considerar que não eram criminosos os menores de 14 anos, dispondo, ainda, que os menores de 18 anos, abandonados e delinquentes, submetiam-se ao Código de Menores.

O Código Penal de 1940 considerou penalmente irresponsáveis os menores de 18 anos, filiando-se ao critério puramente biológico ao prescindir de qualquer análise quanto ao discernimento do menor.

O estudo da legislação brasileira em relação ao tema da idade penal demonstra que, de maneira geral, há duas variáveis que ora se conjugam e que ora aparecem de forma isolada: a primeira é a idade mínima estabelecida pela lei para separar imputáveis e inimputáveis, a segunda é a necessidade de se prescindir ou não do discernimento. Dentro desses dois vetores reside a maior parte dos questionamentos relativos à matéria.

Nossa legislação atual prescinde de qualquer consideração acerca do discernimento, presumindo, de forma absoluta, que os menores de 18 anos são inimputáveis.

Vários argumentos podem ser utilizados para se defender a idade de 18 anos como limite, bem como a desnecessidade de se aferir a possibilidade de entendimento do caráter do ato praticado.

Há quem defenda a redução da idade penal como forma de combate ao incremento da violência juvenil, mas parece correto acreditar que a redução da idade penal não terá, sozinha, aptidão para reduzir a criminalidade juvenil, da

mesma forma que a experiência demonstra que a política criminal da repressão para conter a violência não surte os efeitos desejados, pois é notório que essa política não diminui a criminalidade.

O que, no entanto, pode ser crucial para acarretar a diminuição da criminalidade infanto-juvenil, para além dos debates que o tema sugere, defendendo ou criticando a idade estabelecida, é o deslocamento do tema para outro eixo que não o penal.

Na verdade, a questão deve ser tratada no âmbito dos direitos sociais e, nesse âmbito, é certo que o Poder Público deve buscar medidas que possam combater eficazmente a criminalidade infanto-juvenil, isso se não quiser continuar repetindo os erros do passado.

4. BIBLIOGRAFIA

ALVES, Roberto Barbosa. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 9. ed. São Paulo: Malheiro, 2008.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. I, t. 2.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991.

CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954. vol. I, t. I.

GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena*. São Paulo: Max Limonad, sem data.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. I, t. 2.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. II.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1993. vol. 1.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Bushatsky/USP, 1973.

_____. *Menores infratores e criminosos imaturos*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

PRINS, Adolphe. *Ciência penal e direito positivo*. Lisboa: Livraria Clássica, 1915.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro*. Brasília: Senado Federal – Conselho Editorial, 2003. vol. I.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

VABRES, H. Donnedieu. *A justiça penal de hoje*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938.

VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 18. p. 87. São Paulo: Ed. RT, abr. 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado, de Karyna Batista Sposato – *RBCCrim* 80/80;
- Direito penal juvenil brasileiro: utopia ou realidade?, de Denis Pestana – *RCP* 8/196;
- Juventude e violência: a maioridade penal e a ética da responsabilidade, de Maria Garcia – *RDCI* 62/240;
- Não à redução da idade penal, de João Batista Costa Saraiva – *RBCCrim* 71/50; e
- Redução da maioridade penal: entre o direito e a opinião pública, de Roberto Barbato Jr. – *RT* 822/429.