54029

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • n. 88 • jan.-fev. / 2011

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Presidência **Marta Saad**
Coordenação **Helena Regina Lobo da Costa**

Ano 19 • n. 88 • jan.-fev. / 2011

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Bruno Shimizu, Heloísa Estellita e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Ávila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Flávia Rahal, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior 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, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos Maria Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-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 • n. 88 • jan.-fev. / 2011

Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do **IBCCRIM**

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • n. 88 • jan.-fev. / 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 RELACIONAMENTD 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

Impresso no Brasil: [02-2011]
Profissional
Fechamento desta edição: [14.01.2011]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2009/2010

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 Ávila Maronna

2.º Tesoureiro
Paulo Sérgio de Oliveira

Assessores da Presidência
Adriano Galvão
Rafael S. Lira

Conselho Consultivo

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

Comissões Especiais

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

Direito Penal Econômico
Heloisa Estellita

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

17.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

15º Concurso de Monografia de Ciências Criminais
Diogo Rudge Malan

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

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

Coordenadores-Chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Cursos
Fábio Tofic Simantob

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Fernanda Carolina 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 de Araújo

Representante do IBCCrim junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Helena Lobo da Costa

Coordenadorias Regionais

Coordenador-chefe: Luciano Anderson de Souza

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) – Marcio 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

Coordenador-chefe: Luciano Anderson de Souza

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

APRESENTAÇÃO

1

Ao ensejo das comemorações do seu centenário, a Editora Revista dos Tribunais, por seu Conselho Editorial e por sua Diretoria, determinou-se a redimensionar a constituição e a reorientar os rumos de suas publicações periódicas, no empenho de atender aos reclamos dos novos tempos e de modo condigno às características que delinearam seu perfil, responsáveis pelo prestígio de que gozam já agora há quase 100 anos.

Significa isso que o leitor, estudante, estudioso ou profissional moderno, que mais e mais necessita de informações completas e em ritmo acelerado, no acompanhamento de um mundo que experimenta constantes e rápidas mudanças e se percebe cada vez "menor", terá acesso ao que de mais atual existe no mundo do Direito, com agilidade e abrangência e, ainda, tendo em foco a inclusão do Direito brasileiro, primeiramente, no contexto latino-americano e, depois, no contexto mundial.

A partir deste número, o leitor vai encontrar muitos dos resultados decorrentes da tarefa a que a Editora se propôs, de incremento do conteúdo de seus periódicos e, ao mesmo tempo, de aperfeiçoamento de sua forma, numa convergência de informação, agilidade e comodidade.

2

As novas características gráfico-visuais das capas e dos textos das Revistas Especializadas manifestam sua transformação externa. Novas capas, em sua composição, observaram o padrão das tendências internacionais, de estética e dados, praticado pelas

publicações do gênero, cuidando de refletir, porém, a singularidade original. Um novo formato, agora em 16x23cm, veio permitir aumento na fonte, nas entrelinhas e nas margens, propiciando leitura mais fácil e, portanto, mais agradável. Em consequência, ainda, pôde ser ampliada a quantidade de páginas, para aumento da informação.

3

Internamente, em matéria de conteúdo, se processaram outros e fundamentais aprimoramentos, e este é o trabalho de pesquisa, a partir da base on line da Editora, de uma equipe constituída de profissionais do Direito de formação e experiência em nível de excelência.

Assim, as "novas" Revistas Especializadas, que incluem as mais diversas áreas do Direito, terão suas Seções inseridas no contexto de um projeto de inter-relacionamento integral de conhecimentos jurídicos, em nível vertical e horizontal, teórico e prático, propiciando a compreensão mais completa possível do tema em estudo.

A. Doutrina

Nos artigos de doutrina, a iniciativa pioneira de inserção da área do Direito envolvida e de resumo e palavras-chave em texto bilíngue se encontra já consolidada, acrescentando funcionalidade à pesquisa do leitor.

RESUMO: Neste texto, examinam-se as principais características do PLS 166/2010 para um novo Código de Processo Civil brasileiro, dando-se ênfase à preocupação, visível no projeto, no sentido de "constitucionalizar" as regras lá existentes, ou seja, de deixar claro que a Constituição deve iluminar a compreensão das regras processuais: da conduta das partes, dos advogados, dos juízes, de terceiros etc.

PALAVRAS-CHAVE: PLS 166/2010 - Constitucionalização do processo - Contraditório - Recursos - Tutela de urgência - Tutela da evidência - Simplificação de procedimentos.

ABSTRACT: This text examines the principal characteristics of Bill of Law 166/2010 for a new Brazilian Code of Civil Procedure, giving emphasis to the concern, which is manifest in the Bill, to "constitutionalize" the rules already existing therein, i.e. make it clear that it is the Constitution that should illuminate the understanding of the procedural rules, the conduct of parties, lawyers, judges, third parties, etc.

KEYWORDS: Bill of Law 166/2010 - Constitutionalization of procedure - Adversary system - Appeals - Urgent protection - Protection of evidence - Simplification of procedures.

Em ampliação desse objetivo, os artigos apontam agora, ao final, em modo "veja também", novas fontes de consulta pertinentes ao tema e/ou ao seu autor e remissões a doutrina suplementar, a jurisprudência e a legislação federal, concordes ou divergentes em relação à posição evidenciada no texto, com indicação da sua localização.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ação rescisória – Contestação, de Pedro Paulo S. Souza Carmo – *RePro* 23/198;
- Direito de retenção no contrato de empreitada, de Renato Ventura Ribeiro – *RDPriv* 26/229;
- Execução e exceção de contrato não cumprido: notas ao art. 582 do CPC, de Fredie Didier Jr. – *RePro* 172/19;
- O inadimplemento no pagamento do prêmio no contrato de seguro em face do novo Código Civil, de Virginia Duarte Deda de Abreu – *RT* 824/24;
- Rescisão de contrato de prestação de serviço motivada por descumprimento de obrigação contratual. Indenização por danos materiais e lucros cessantes indevida. Indenização por dano moral caracterizada, de Mara Lina Louzada Trombini – *RDPriv* 6/231;
- A resolução do contrato na nova teoria contratual, de Clarissa Costa de Lima – *RDC* 55/85; e
- Teoria da exceção: a exceção e as exceções, de Fredie Didier Jr. – *RePro* 116/54.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 530/222, *RT* 752/331, *RT* 753/348, *RT* 765/381 e *RT* 841/259.

B. Julgados

Nos julgados também já está firmada outra iniciativa pioneira desta Editora, de titulação e de redação das ementas em caso de falta, falha ou texto incompleto, no objetivo de trazer maior rigor à pesquisa do leitor.

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – Greve dos médicos peritos do INSS – Ordem impetrada com o fim de evitar punições por parte do empregador em razão da paralisação – Inadmissibilidade – Ausência de provas sobre a regularidade formal da deflagração greve – Inteligência do art. 6.º, § 5.º, da Lei 12.016/2009, do art. 267, IV, do CPC e dos arts. 4.º, § 1.º, e 13 da Lei 7.783/1989.

E no sentido de um conhecimento mais abrangente dos diferentes entendimentos dos tribunais sobre determinada matéria, novamente aqui são acrescentadas, em modo "veja também", **indicações de fontes de consulta, para jurisprudência no mesmo sentido, jurisprudência em sentido contrário, artigos de doutrina correlata e legislação e súmulas pertinentes, com a respectiva localização (periódicos e página).**

STF – *AgRg no RE 597.835/RJ* – 1.ª T. – j. 09.11.2010 – v.u. – rel. Min. Ricardo Lewandowski – *DJe* 25.11.2010 – Área do Direito: Civil; Processual.

PRECATÓRIO JUDICIAL – Execução de benefício previdenciário contra a Fazenda Pública – Admissibilidade – Necessidade da expedição da ordem para pagamento dos débitos provenientes das decisões judiciais, ainda que de natureza alimentícia – Entendimento em consonância com os precedentes da Suprema Corte – Inteligência do art. 100 da CF/1988.

Jurisprudência no mesmo sentido

- *RT* 743/434, *RT* 729/128, *RT* 726/163 e *RT* 693/271.

Veja também Jurisprudência

- *RePro* 121/264, *RePro* 121/213, *RT* 861/85, *RT* 846/214 e *RT* 718/240.

Veja também Doutrina

- A corte interamericana de direitos humanos e o sistema de precatórios no Brasil, de Ana Flávia Magno Sandoval – *RIASP* 25/293;
- A eficácia dos precatórios, de Marco Aurélio de Mello – *RTrib* 20/228;
- A execução contra a Fazenda Pública – Questões polêmicas nos tribunais, de Ricardo Seibel de Freitas Lima – *RT* 818/95;
- A execução contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho, de Rodolfo Pamplona Filho e Társis Silva De Cerqueira – *RePro* 187/9;
- Aspectos atuais da Previdência brasileira, de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub – *RIASP* 7/152;
- Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária, de Edilton Meireles – *RePro* 95/119;

No texto dos julgados, ainda, estão colocadas células **que chamam a atenção para a identificação das partes; a doutrina, a legislação e a jurisprudência citadas no acórdão; e os parâmetros da condenação, quando a decisão tiver cunho condenatório, nas áreas tanto civil como penal.**

Legislação citada

- arts. 24, VIII, 225, I, 129, III, 170, VI, e 186, II, da CF/1988; arts. 2.º, IV, 3.º, I, II, III, c, IV e V, 4.º, VII, e 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981; art. 3.º da Lei 7.347/1985; art. 83 da Lei 8.078/1990; e art. 9.º, § 1.º, XIII, e § 2.º, III, do RISTJ.

manejados com o propósito de preq
to, são inadmissíveis se a decisão er
ostentar qualquer dos vícios que at
sua interposição (AgRg no Ag 680
T., rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 03.1
no AgRg no REsp 647.747/RS, 4.ª
Aldir Passarinho Junior, *DJ* 09.05.2
MS 11.038/DF, 1.ª Seção, rel. Min. Jc
Noronha, *DJ* 12.02.2007).

Constata-se, em verdade, a irresi
corrente e a tentativa de emprestar
de declaração efeitos infringentes, o que não se mostra viável no co
535 do CPC.

4

Os esforços para aprimorar a qualidade de nossas Revistas não terminam, porém, aqui, mas são permanentes, na certeza de que qualidade intrínseca, zelo e respeito ao consumidor são deveres, não simplesmente deferências. Eis o espírito que envolveu e motivou todas as fadigas e todos os investimentos exigidos neste processo.

Já faz 100 anos que a Editora Revista dos Tribunais vem se empenhando em oferecer ao público jurídico produtos que se notabilizaram pela seriedade, atributo que sintetiza qualidade e, principalmente, respeito ao cliente. O passo que ela agora dá é, mais uma vez, evidência disso: tudo pode ser sempre aperfeiçoado. Por isso espera, também, poder contar com críticas e sugestões dos seus leitores.

Fevereiro 2011

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

APRESENTAÇÃO DA NOVA COORDENAÇÃO

No começo de 2011, uma nova diretoria do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais iniciou seus trabalhos e, com ela, também a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* está sob nova coordenação.

O que se almeja para o próximo biênio é, sem dúvida, a continuidade do desenvolvimento da *RBCCrim* como uma das mais conceituadas Revistas na área das Ciências Criminais. O respeito pelo pluralismo e a adoção de um paradigma multidisciplinar das questões penais, integrando as diversas ciências – tais como a Dogmática, a Criminologia, a Política Criminal, a História do Direito, a Antropologia, a Sociologia, a Psiquiatria, a Psicologia, a Medicina Legal e o Direito Penitenciário – continuarão a marcar a *RBCCrim* como características fundamentais.

A seleção de artigos para publicação permanecerá sendo feita pelo Conselho Editorial, composto por grandes especialistas nas Ciências Criminais. Realizada por meio do sistema *blind peer review*, segundo o qual os pareceristas não têm acesso ao nome do autor do artigo e vice-versa, a seleção garante imparcialidade às decisões e privilegia a qualidade do conteúdo.

Alguns projetos que se mostraram extremamente produtivos deverão ser repetidos ao longo desse próximo biênio, tais como a edição de Revista desenvolvida em parceria com professores de um determinado país estrangeiro (a exemplo da edição em conjunto com o Chile) e a elaboração de Revistas temáticas.

Da mesma forma, pareceres e comentários de jurisprudência, elaborados por especialistas brasileiros e estrangeiros, abordando temas de interesse teórico e com relevante aplicação prática, continuarão sendo publicados na *RBCCrim*.

Haverá, também, algumas novidades. Novas características gráficas – que já podem ser conferidas nesta edição –, das quais se

destacam a composição visual da capa e o formato de 16x23cm, imprimem modernidade à Revista e observam o padrão internacional das publicações do gênero.

No que se refere ao conteúdo, o leitor encontrará, ao final de cada artigo doutrinário, pesquisas do editorial, que irão lhe auxiliar a ampliar suas leituras sobre aquele tema. A jurisprudência, igualmente, ganhará destaques ao longo do texto, facilitando a obtenção de informações pelo leitor, bem como trará fontes de pesquisa complementar.

Desejamos uma excelente leitura e esperamos contar com suas críticas e sugestões para o aperfeiçoamento da *RBCCrim*.

HELENA REGINA LOBO DA COSTA
Coordenadora

SUMÁRIO

Apresentação da Editora 7

Apresentação da nova Coordenação 13

Teoria Geral

1. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico
Cleopas Isaías Santos, João Beccon de Almeida Neto e Paulo Vinicius Sporleder de Souza 19

2. "Póstuma modernidade" e erro de proibição
Dante Bruno D'Aquino e Fábio André Guaragni 45

3. La aplicación del concepto de autoria mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo
Francisco Muñoz Conde e Hector Olasolo 61

4. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do Estado de Direito (social e democrático)
Luis Gracia Martín 95

5. Retroatividade penal benéfica: a conjugação de leis penais sob a ótica constitucional
Vinicius de Toledo Piza Peluso 143

Legislação Penal Especial

1. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: uma ainda necessária reflexão
Luciano Anderson de Souza 167

Direito Penal Econômico

1. A propositura da ação penal no crime de supressão ou redução de tributo e a Súmula Vinculante 24
Hugo de Brito Machado 189

PROCESSO PENAL

1. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores
HELENA REGINA LOBO DA COSTA E MARCEL LEONARDI 203

2. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa
WALTER BARBOSA BITTAR 225

CRIME E SOCIEDADE

1. Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial: cultura organizacional e relações institucionais
BRUNO AMARAL MACHADO 273

2. Algunas reflexiones sobre la corrupción política
JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA 317

HISTÓRIA

1. Fatos e lições na história penitenciária do Amazonas
CARLOS LÉLIO LAURIA FERREIRA E LUÍS CARLOS VALOIS 355

SISTEMA PRISIONAL

1. As facções e o grupo da segurança no Presídio Central de Porto Alegre: relações cooperativas de autopreservação
NEDIO SEMINOTTI E VINÍCIUS RICARDO SALLIN 391

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

AUTORES 419

TEMAS 420

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 425

54030

1 CAPACIDADE ETÁRIA MÍNIMA PARA CONSENTIR NO DIREITO PENAL MÉDICO

CLEOPAS ISAÍAS SANTOS

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade São Luís/MA e da Academia Integrada de Segurança Pública do Estado do Maranhão. Delegado de Polícia.

JOÃO BECCON DE ALMEIDA NETO

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Bolsista pela Capes.

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

Doutor em Direito (ciências jurídico-criminais) pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor adjunto de Direito Penal nos cursos de Graduação em Direito e de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo busca analisar a capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico, procurando estabelecer critérios objetivos para a aferição deste limite, considerando que a legislação brasileira nada diz a respeito disso. Para tanto, inicia-se pela investigação do consentimento na relação médico/paciente, seu conceito, sua natureza jurídico-penal e os seus requisitos de validade, entre os quais, a capacidade etária para consentir. Em seguida, concentrando-se especificamente neste critério, são analisadas as diversas capacidades etárias previstas nas várias áreas do direito e inclusive na perspectiva da bioética. En-

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the minimum age capacity for consent in medical criminal law, trying to establish objective criteria to measure this limit, considering that Brazilian law says nothing about it. For this purpose, it begins with the investigation of consent in the physician/patient relationship, its concept, legal-criminal nature and its validity requirements, including the age capacity to consent. Then, it focuses specifically on this criterion; the different age capacities are analyzed under various areas of law and also in view of bioethics. Finally, a suggestion is proposed, based on foreign law,

fim, sugere-se, com base na legislação estrangeira, doutrina e jurisprudência, a existência de um limite etário mínimo para consentir validamente no campo do direito penal médico.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento - Relação médico/paciente - Capacidade etária - Direito penal médico - Autonomia do paciente.

doctrine and jurisprudence, which is a minimum age limit for valid consent in the field of medical criminal law.

KEYWORDS: Consent - Physician/patient relationship - Age capacity - Medical criminal law - Patient autonomy.

SUMÁRIO: 1. Consentimento na relação médico/paciente: 1.1 Considerações iniciais; 1.2 Natureza jurídico-penal; 1.3 Requisitos para a eficácia do consentimento nas intervenções médicas - 2. Capacidade etária para consentir no direito e na bioética: 2.1 Capacidade etária sob a ótica do direito civil, constitucional, eleitoral, trabalhista e previdenciário: referências essenciais; 2.2 Capacidade etária para consentir e a bioética - 3. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico - 4. Considerações finais.

1. CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE

1.1 Considerações iniciais

As intervenções médicas são tradicionalmente acompanhadas de ofensas físicas, as quais, até pouco tempo, eram interpretadas adstritas à *leges artis* da profissão, não raramente eivadas de um paternalismo do respectivo profissional sobre seu paciente: como se este não tivesse a capacidade de saber e decidir ao certo sobre o que seria mais apropriado ao seu bem estar, principalmente em relação a procedimentos terapêuticos. Atualmente, todavia, cada vez mais observamos uma crescente preocupação com o respeito à autonomia do indivíduo ou paciente pelo profissional da saúde. Nesse sentido, o direito penal não se olvida de tipificar e punir atos de arbitrariedades que venham atentar contra a liberdade ou a integridade física individual.

Por outro lado, apesar da possibilidade de serem consideradas ações típicas penais, a doutrina e a jurisprudência não chegaram a um consenso sobre o mesmo. A jurisprudência constante dos tribunais alemães, por exemplo, entende como lesões corporais típicas as intervenções médicas indicadas, mesmo que terapêuticas segundo a *leges artis*. A exclusão da ilicitude estaria centrada na autodeterminação do paciente em consentir com a intervenção. Esse entendimento advoga no sentido de valorização da autonomia do paciente em sua autodeterminação, uma vez que a tipicidade incidiria como regra e como

forma de proteção do indivíduo.[1] Parte da doutrina, em outro sentido, defende que não haveria a necessidade dessa regra geral incidir sobre a totalidade das intervenções, mas sim tão somente qualificar aquelas ofensas corporais realizadas sem o consentimento do paciente.[2]

A tipificação como regra geral, significa um reducionismo normativo, que não deixa de ilustrar o atual estágio de expansão do Direito Penal,[3] e que acaba por trazer problemas à práxis do mister do profissional da saúde, principalmente em atitudes que o mesmo deve tomar quando diante de um procedimento de urgência, onde o consentimento se presume, dado a ausência de vontade do paciente que necessita de tal procedimento para sobreviver. Assim, nessa perspectiva, quiçá mais importante seja determinar as limitações a as formas de como o consentimento deve ser dado e em que moldes o mesmo pode ser configurado eficaz. "Saber se e em que medida o consentimento dado para uma intervenção médica exclui a ilicitude, isso depende dos pressupostos que um consentimento eficaz deve, em geral, preencher."[4] Pressupostos estes, que perpassam pela disponibilidade do bem jurídico, bem como pela capacidade para consentir, esta última, objeto deste trabalho.

Quando falamos em consentimento, não podemos olvidar do respeito à autonomia, que, associado à ideia de liberdade, é estabelecido a partir da capacidade do indivíduo tomar decisões que venham a afetar sua vida, sendo que,

---

1. FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1 e 2/67-115. Segue o autor descrevendo o entendimento exposto: "esta autodeterminação do paciente estaria em perigo se a intervenção medicamente indicada, prosseguida segundo as *leges artis* (e bem sucedida em sentido médico) escapasse ao tipo legal das ofensas corporais. Isto porquanto as demais incriminações típicas do direito alemão (*coacção*, sequestro) não oferecem *protecção* bastante contra as meras violações da autodeterminação do paciente" (p. 68). O direito penal português, por seu turno, sanciona um modelo dualista, onde se distingui o consentimento justificante que exclui a ilicitude do ato de acordo que exclui o tipo. (COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento em direito penal médico – o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1 e 2/117-48).

2. FRISCH. Op. cit., p. 68.

3. Como podemos ver em: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

4. FRISCH. Op. cit., p. 73.

adstrito à realidade de uma relação entre um profissional da saúde e o paciente, nomeadamente:

"Na Bioética, o respeito à autonomia aparece, em 1979, como um dos quatro princípios básicos não absolutos (respeito à autonomia, beneficência, não maleficência e justiça), que estabeleceram a linha de ação norte-americana conhecida como Principialismo para a orientação de conflitos oriundos da área biomédica proposta na obra de Beauchamp e Childress (*Principles of Biomedical Ethics*, 1979). É importante salientar que essa obra foi apresentada dentro de um contexto plural e antecedido de importantes documentos como o relatório Belmont. Nessa proposta, o respeito à autonomia aceita a autodeterminação da pessoa e sua capacidade de decidir o melhor para si. (...) seria o reconhecimento de que ao indivíduo cabe a tomada de decisão segundo seu plano de vida fundamentada em sua crença, aspirações e valores próprios mesmo quando estes não coincidem com os dominantes na sociedade."[5]

No mesmo sentido, o consentimento, na relação médico/paciente para o tratamento de saúde, pode ser definido como o ato em que o paciente autoriza uma intervenção em seu corpo com a finalidade, a partir desse ato, de se realizar um tratamento determinado e previamente explicado ao doente. Portanto, para o doente, quando o mesmo se sujeita a um tratamento médico, ele está, por um lado, a aceitar o empreendimento desse tratamento em particular (princípio da autodeterminação) e, por outro, a autorizar a realização desse tratamento no seu próprio corpo (princípio do respeito da integridade física), sendo que os fins desse tratamento podem ser terapêuticos ou experimentais.[6]

Com relação à forma de como esse consentimento se desenvolve na relação propriamente dita entre médico e paciente, podemos analisar que a prática nos demonstra que ele ocorre por vezes não de uma forma tão expressa, como nos casos em que o médico realiza uma simples ausculta, onde o consentimento torna-se tácito; ou mesmo no caso da realização de exames de rotina (que necessitam colheita de sangue, por exemplo), onde o consentimento pode ser dado de forma implícita ou verbal. Porém, o problema se revela quando nos deparamos com procedimentos cirúrgicos, onde o consentimento deve ser

5. ALMEIDA NETO, João Beccon de; BAÚ, Marilise Kostelnaki; LOCH, Jussara de Azambuja; BILHALVA, Gabriel Vieira; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. O corpo humano morto: utilização do cadáver para a pesquisa científica e para a doação de órgãos. *Revista Brasileira de Bioética* 2/218-35. p. 222-3.

6. PARIZEAU, Marie-Hélène. Consentimento. In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 88-96.

dado de forma expressa e escrita, a partir de formulário ou documento escrito de consentido.[7] Mas, como depura Parizeau.

"Em muitas situações, no entanto, as pessoas são incapazes de consentir num acto médico ou numa experimentação no homem. Pensemos na criança, no feto, no deficiente mental, na pessoa comatosa, na pessoa idosa confusa. Para dar a autorização de proceder a um *acto* médico ou de participar num protocolo de investigação, é necessário, por conseguinte, um consentimento por substituição, que poderá ser dado pelo médico ou equipa que assistem o doente, pela família, por uma pessoa próxima para tal mandatada, ou mesmo por um juiz ou uma comissão de ética."[8]

Clotet, ao encontro do exposto, chama a atenção que não consiste em uma novidade que a relação médico paciente é bastante complexa, mas ressalta que isso absolutamente impeça que a mesma seja marcada e orientada pela díade comunicação e confiança, sendo que é nessa interação entre esses atores que o processo terapêutico deveria acontecer; um clima de diálogo que se constitui propício à obtenção do consentimento informado; mas que "em nosso dia a dia muitas situações se afastam dessas condições ideais, como, por exemplo, os procedimentos de emergências, as intervenções em crianças e pessoas com problemas psíquicos".[9]

Em todo caso, importante chamar a atenção para o fato de que, independente de quem possa consentir, o procedimento não pode ser feito fora dos limites previstos em termo. Isto representa não só uma imposição de limites ao profissional autorizado, mas da mesma forma respeita a autonomia do paciente e que, qualquer dilatação ao previamente especificado, pode responsabilizar o agente penalmente. Um dos primeiros casos emblemáticos em que se discutiu sobre a capacidade do paciente e seu prévio consentimento como requisito à

7. Idem, ibidem, p. 89.

8. Idem, ibidem, loc cit.

9. CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 228-229. Com relação ao termo propriamente dito, o autor destaca que "consentimento informado" consiste em uma tradução da expressão inglesa *informed consent*, que na língua portuguesa, particularmente em nosso país, trabalha-se com "consentimento livre e esclarecido", que é uma tradução do termo francês *consentement livre et éclairé* e é a forma utilizada nas resoluções da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) aprovadas pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde (CNS). "Na língua alemã, a forma corriqueira é *Aufgeklärte Zustimmung* (assentimento elucidado); só excepcionalmente emprega-se *Einverständnis nach adäquater Aufklärung* (acordo após adequado esclarecimento). Nas línguas italiana e espanhola são usadas as expressões *consenso informado* e *consentimiento informado*, respectivamente (p. 227).

intervenção médica, fora o Caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospital*, em que o juiz Benjamin Nathan Cardozo[10] decidiu que "todo ser humano de idade adulta e com plena consciência, tem o direito de decidir o que pode ser feito no seu próprio corpo" independente se o procedimento não previsto ou não previamente autorizado intencionar uma ação de beneficência ao paciente.[11]

Contudo, sem embargo ao problema presente em seu conteúdo e direitos inerentes ao mesmo, não podemos olvidar da capacidade do disponente, nomeadamente nos limites em que o mesmo se legitima. Este, sem dúvida alguma, é um dos componentes fundamentais do consentimento; é a sua validade moral e legal.[12] A questão da capacidade para consentir pode ser abordada de diferentes maneiras, a partir de critérios filosóficos, legais, psicológicos ou morais envolvidos. O critério moral leva em consideração o estágio de desenvolvimento sócio-mental do indivíduo, não sendo um critério arbitrário, mas que pode variar conforme cada indivíduo. Dentro da Bioética, diversos foram

10. Este então juiz, nascido em 1870, fora um importante jurista na formação do pensamento jurídico americano nos vestíbulos do século XX, embora membro da Suprema Corte Americana somente por seis anos, no período de 1932-1938, ano de seu falecimento. Muitos dos seus textos utilizados são da época em fez parte da *New York Court of Appeals* (1914-1932), órgão máximo daquele estado. (Cf. KAUFMANN, Andrew L. *Cardozo*. Cambridge: Harvard University Press, 1998).

11. O caso narra a história da Sra. Schloendorff que em 1911, internada em um Hospital de Nova Iorque devido ao acometimento de fortes dores abdominais decorrentes de um quadro não diagnosticado de uma massa abdominal, fora submetida, após o esgotamento de todos os diagnósticos não invasivos disponíveis na época, a pedido de seu médico, a realizar uma laparotomia exploratória, sendo que o referido exame fora autorizado para fins estritos de diagnósticos e que qualquer tratamento terapêutico não deveria ser fomentado sem o prévio consentimento. Todavia, o médico diagnosticou pelo exame a existência de um tumor abdominal encapsulado, cujo tratamento era altamente recomendado para aquele instante, o que imediatamente fora feito. Passado o procedimento, a paciente fora informada da terapia realizada, sendo que prontamente a mesma relembrou o seu médico de que o mesmo não estava autorizado a tal procedimento, mas sim de tão somente realizar o diagnóstico. (CARDOZO, Benjamin. *Dissenting opinion in Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 1914 apud GOLDIM, José Roberto. *Caso Schloendorff*, 2000. Disponível em: www.ufrgs.br/bioetica/schloend.htm#Cardozo. Acesso em: 08.12.2009.)

12. Ainda mais se levarmos em conta que "as pessoas organizam a sua com base em um conjunto de valores, interesses, objetivos e crenças. (sendo que) o exercício da autonomia depende da capacidade do indivíduo em tomar suas próprias decisões de forma coerente e integrada." (CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 57).

os autores que desenvolveram o tema, bem como critérios para a sua aferição.[13] O critério legal, objeto do presente estudo, funda-se na idade do indivíduo, ou seja, qual a idade mínima que pode ser considerado o disponente capaz na externação de sua vontade. Essa disposição varia de país para país.[14] O critério, *a priori*, pode ser considerado objetivo por ser conteúdo normativo, mas, como pretende mostrar o presente trabalho, pode mostrar variações e margem a interpretações, se considerado a colcha de retalhos que o ordenamento pode revelar em ausculta pormenorizada.

1.2 Natureza jurídico-penal

As intervenções médicas e cirúrgicas são consideradas tradicionalmente como exercício regular de um direito (art. 23, III, do CP). Todavia, para serem plenamente legítimas, é indispensável que elas ocorram em consonância com os interesses dos pacientes, traduzidos a partir da relevante categoria do consentimento, instituto dos mais debatidos na doutrina penal.

Uma das principais controvérsias na teoria geral do consentimento, em matéria penal, reside na determinação de sua natureza jurídica. Tais divergências podem ser sumariamente reunidas em dois grupos doutrinários:

a) monista; e

b) dualista.

Parte dos seguidores do paradigma monista entende que o consentimento é causa excludente da tipicidade.[15] Outra parte, porém, entende tratar-se sempre

---

13. Dentre os quais destacam-se: Jean Piaget; Lawrence Kohlberg; Jane Loevinger e Elliot Turiel. Cada um com criou critérios e fases de discernimentos de capacidade diversos. (Para saber mais, cf. GOLDIM, José Roberto. *O consentimento informado e a adequação de seu uso na pesquisa em seres humanos*. Tese de doutorado. Porto Alegre, PPG em Medicina: Clínica Médica/UFRGS, 1999).

14. Na Inglaterra, por exemplo, filosofia anglo-saxão, desde o século XVI, a capacidade era distinta para meninos e meninas no que se relaciona ao discernimento para tomada de decisão em questões que envolvessem crimes: 10 anos elas e 14 para eles (Idem, p. 58).

15. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte geral*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 517; ASÚA, Luis Jiménez de. *La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1976. p. 286 e seq.; CARVALHO, Taipa de. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Ed. 1995. p. 160; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 280; também parece seguir a mesma corrente, SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 190. Costa Andrade cita ainda,

de justificante.[16] De outro lado, posicionam-se os dualistas, como doutrina majoritária, sustentando uma dupla natureza jurídico-penal do consentimento, o qual ora funciona como destipificante (acordo), ora como justificante (consentimento propriamente dito).[17]

Segundo a doutrina majoritária (paradigma dualista), o consentimento (real) válido funcionará como excludente da tipicidade sempre que o dissenso da vítima se constituir em elemento negativo do tipo, seja de forma expressa, seja de forma tácita. Desta forma, por exemplo, no crime de invasão de domicílio (art. 150 do CP), o dissenso do titular do bem jurídico para o ingresso ou a permanência do agente é essencial para sua configuração. O mesmo ocorre nos crimes de violação de correspondência (art. 151 do CP) e na inviolabilidade dos segredos (art. 153 do CP). Em todos estes casos, o dissenso da vítima é exigido expressamente para a realização do tipo. Em outras situações, porém, a exemplo do estupro (art. 213 do CP) e do assédio sexual (art. 216-A do CP), o dissenso da vítima está implícito. Nas demais situações, portanto, segundo esta mesma doutrina, em que a realização típica não pressupõe o dissenso, expresso ou implícito, da vítima, o consenso teria natureza jurídica de justificante.

---

como defensores primogênitos desta teoria, ao lado de Roxin, Arzt, Kientzy, Zipf e Schmidhäuser.

16. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal. Da infração penal.* Campinas: Bookseler, vol. 2. p. 193-194.

17. Aqui estariam Geerds, Sauer, Noll, Stratenwerth, Mezger, Dohna e Hönig, todos citados por PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito.* São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 96, nota 82; PIERANGELI, op. cit., p. 98; GARCÍA ARÁN, Mercedes; Muñoz CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 350 e seq.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal. Parte geral: questões fundamentais. A doutrina geral do crime.* São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., p. 472 e seq.; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.* Coimbra: Coimbra Ed., 2004; CEREZO MIR, José. *Derecho penal. Parte general.* Lima: Ara, 2007. p. 755 e seq.; embora usando o termo "aquiescência" para abranger tanto o "acordo" quanto o "consentimento", mas reconhecendo suas naturezas diversas, ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Teoría del delito.* Buenos Aires: Ediar, 1973. p. 402; BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral: fato punível.* Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II, p. 10 e seq.; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 236; TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão.* Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 128 e seq.; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal. Parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1978. p. 212 e seq.; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 422 e seq.

O legislador brasileiro preferiu não dispor sobre o consentimento, como também não o fizeram os códigos penais alemão e francês. Por outro lado, o Código Penal português[18] prevê expressamente que o consentimento constitui causa excludente da ilicitude, desde que o dissenso não seja elementar do tipo, caso em que o consentimento exclui a tipicidade da conduta.

Para Roxin,[19] entretanto, todo consentimento (real)[20] eficaz exclui o tipo, e não a ilicitude. E o argumento fundamental para a aceitação desta tese está radicado na teoria liberal do bem jurídico individual, por ele defendida. Segundo esta teoria, os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, razão por que não há ofensa quando uma ação se pauta na disposição do bem jurídico por seu portador, mas, ao contrário, existe efetivo exercício dele. Embora minoritária, esta nos parece a melhor doutrina. Se assim não fosse, de que valeria ser titular de um bem jurídico sem poder dele dispor livremente, inclusive a ele renunciando? O que restaria, por certo, seria uma obrigação, um dever ao exercício de um direito, o que se mostra indefensável em um Estado Constitucional, como o brasileiro. Desta forma, o exercício ou a renúncia[21] a

18. "Artigo 38.º *Consentimento.* 1. Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.
2. O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até a execução do facto. 3. O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4. Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa. Artigo 39.º *Consentimento presumido.* 1. Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2. Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado."

19. ROXIN, *Derecho penal.* Op. cit., p. 517.

20. O mesmo autor reconhece, entretanto, que, ao contrário do consentimento real, que exclui sempre o tipo, o consentimento presumido é uma causa de justificação, vez que, neste caso, não haverá o exercício de liberdade do titular do bem jurídico, mas uma presunção objetiva de sua vontade, o que só acontece após a realização do tipo delitivo. ROXIN, op. cit., p. 765.

21. Neste sentido, NOVAIS, para quem: "(...) a renúncia é também uma forma de exercício de direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por

este exercício são manifestações de titularidade de um bem jurídico (direito fundamental), como que a dupla face de uma mesma moeda.

Assim, quando alguém consente validamente que um médico realize uma cirurgia para transplante de um órgão, mudança de sexo ou mesmo uma cirurgia plástica, as lesões produzidas pelo profissional, dentro dos limites do consentimento, e que forem estritamente necessárias à regular realização da liberdade e da autodeterminação do paciente, não serão sequer típicas, havendo verdadeiramente o afastamento do desvalor da ação e do desvalor do resultado.

A toda evidência, existem limites à disposição de bens jurídicos por parte do consenciente. O primeiro deles é a necessidade de que o bem jurídico seja individual e titularizado exclusivamente pelo ofendido, até porque ninguém pode dispor do que não lhe pertence.

Outro limite defendido pela doutrina é a disponibilidade do bem jurídico, como a vida, por exemplo, que, no estágio em que a doutrina se encontra, ainda é considera indisponível, embora o próprio legislador tenha previsto a possibilidade de disponibilidade nos casos, por exemplo, de aborto necessário (art. 128, I, do CP) e de gravidez resultante de estupro (art. 128, II, do CP).

Por fim, a doutrina majoritária[22] aponta ainda a ofensa aos bons costumes como limite ao consentimento, posição com a qual não nos filiamos, por entendermos contrária à dignidade da pessoa humana e aos princípios da autonomia e da autodeterminação individual, além de se configurar em uma intervenção paternalista[23] do Estado na esfera pessoal de cada um, a partir da imposição dos comportamentos morais que deveriam ser livremente escolhidos pelos cidadãos.

1.3 Requisitos para a eficácia do consentimento nas intervenções médicas

O consentimento real somente será eficaz, excluindo, portanto, a tipicidade da conduta praticada pelo médico, segundo tese aqui defendida, se reunir os seguintes requisitos:

a) manifestação de vontade do paciente, que pode ser expressa ou tácita, escrita ou não, desde que suficientemente clara e capaz de fazer com que o médico reconheça sua existência e seus limites;

---

outro lado, através da renúncia, o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis de um exercício *positivo* do direito". NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Portugal: Coimbra Ed., 2006. p. 235.

22. Por todos, PIERANGELI. *O consentimento...* cit., p. 122 e seq.

23. Este tema é densificado em ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

b) consentimento livre e informado;

c) disponibilidade do bem jurídico;

d) capacidade de consentir;

e) anterioridade do consentimento; e

f) correspondência entre o que foi consentido e a atuação médica.

Para que o paciente consinta a prática de uma intervenção médica, é necessário que dela tenha pleno conhecimento, razão pela qual o médico deverá prestar-lhe todas as informações que julgar necessárias, além das que forem solicitadas pelo paciente, a exemplo dos riscos, dos benefícios, do tempo de duração da intervenção e da recuperação, das lesões produzidas, das sequelas, além de outras. Somente com essas informações é que o paciente terá condições de consentir. Além disso, deverá ser livre, ou seja, manifestado sem violência, erro, coação ou qualquer outra causa que o vicie.

Quanto à disponibilidade do bem jurídico, como já mencionado anteriormente, é um requisito que decorre da impossibilidade lógica de disposição do que não se tem a titularidade. Portanto, somente os bens jurídicos individuais podem ser objeto de consentimento do seu titular. Não obstante, deve-se lembrar que, embora todos os bens individuais possam ser, em regra, disponíveis, a doutrina ainda dispensa maiores cuidados em relação à disponibilidade da vida e da integridade física, o que só pode ocorrer em casos excepcionais, como nos casos já referidos anteriormente.

A anterioridade do consentimento é outro requisito para a sua validade, ou seja, o paciente deve manifestá-lo antes da intervenção médica, podendo, inclusive, revogá-lo posteriormente. Isso significa que não terá eficácia o consentimento (aliás, nem de consentimento se poderia falar, vez que sua natureza é de renúncia, e só se renuncia a algo ainda não realizado!) dado após a intervenção médica. Em caso de desistência do consentimento, por parte do paciente, os atos já praticados pelo médico serão considerados atípicos, como nos casos antes referidos.

No que diz respeito à correspondência entre os atos praticados pelo médico e o consentimento dado, significa que o profissional da saúde somente está autorizado a realizar as intervenções consentidas pelo paciente, e nos estritos limites do que foi autorizado, sendo puníveis as condutas que extrapolarem tais limites.

Por fim, exige-se que o consenciente seja capaz. Segundo entendemos, esta capacidade pode ser etária, psicológica ou simplesmente situacional. Como regra geral, conforme será melhor desenvolvido adiante, o menor de 14 anos não

pode consentir validamente. De igual modo, não será válido o consentimento dado pelos portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, desde que a incompletude ou o retardo afetem sua capacidade de consentir. Nas demais situações, ou seja, quando o paciente tiver idade superior àquele limite mínimo, e não apresentar deficiências mentais, deverá ser analisado, em cada caso concreto, se o paciente possuía, nas circunstâncias do consentimento, a capacidade plena para realizar tal ato. Se ficar comprovado que o consenciente não estava em condições para consentir, por quaisquer motivos, estaremos diante de uma incapacidade circunstancial, o que também torna ineficaz qualquer manifestação de vontade.

2. CAPACIDADE ETÁRIA PARA CONSENTIR NO DIREITO E NA BIOÉTICA

2.1 Capacidade etária sob a ótica do direito civil, constitucional, eleitoral, trabalhista e previdenciário: referências essenciais

O início da personalidade, bem como da capacidade civil de todo cidadão apresenta previsão legal no nosso ordenamento jurídico no Código Civil brasileiro, na Parte Geral, Livro I, Título I (Das pessoas naturais), Capítulo I, do art. 1.º ao 10. Logo no artigo vestibular podemos observar que, em regra, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo que a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida (art. 2.º) e cessa com a morte biológica (art. 6.º).

Especificamente sobre os direitos da personalidade, estes são definidos, por Limonge França, como sendo "as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos".[24] Para Jabur a "personalidade é apenas uma aptidão para exercer direitos e contrair obrigações".[25] Nader, por sua vez, define como a expressão do Direito Natural, o princípio básico do direito à vida, e, portanto, de direitos subjetivos.[26] Assim, a personalidade funciona como uma qualificação formal; valor jurídico que se reconhece nos indivíduos.[27]

A personalidade, por outro lado, não se confunde com a capacidade civil, que é a "projeção do valor personalidade no mundo jurídico, bem como um

24. FRANÇA, Rubem Limonge. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 1971. vol. 1. p. 322.

25. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 29.

26. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 1.

27. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil* 33/3-36.

atributo da personalidade. Esta é reconhecida pelo ordenamento, já aquela é concedida por ele".[28] Apesar de toda pessoa ser capaz civilmente, importante distinguir que a capacidade de exercício, categoria objeto de nosso estudo, não se inicia com o nascimento, mas é adquirida a partir de um caráter biológico, ou seja, pela cessação da menoridade, no momento em que a pessoa completa 18 anos (art. 5.º), ficando habilitada à prática de todos os atos da vida civil.[29]

Todavia, o critério etário não se apresenta como fator único. No que tange à capacidade de fato, podemos classificar os menores em duas categorias distintas: os absolutamente incapazes (art. 3.º) e os relativamente incapazes (art. 4.º). Estes se caracterizam pelos maiores de 16 anos e pelas pessoas com o discernimento reduzido, conforme previsão legal, pois apresentam algum grau de maturidade, sendo que suas opiniões devem ser levadas em conta, embora assistidos por terceiro. Àqueles, por seu turno, podem ser resumidos aos menores de 16 anos e aos casos de pessoas que se encontram impedidas de expressar-se, devido a alguma doença, enfermidade ou mesmo por causa transitória, pois não apresentam necessário discernimento e em razão disso são afastados pelo Direito e representados por terceiro.

Pela análise da legislação civil e em consonância ao exposto, a incapacidade civil, cessará aos menores (art. 5.º, parágrafo único) por concessão dos pais em instrumento público ou por ordem judicial, ao maior de 16 anos; pela concepção de casamento;[30] pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; e pela instalação de estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, onde o menor com pelo menos 16 anos completos tenha renda própria.

Ao encontro disso, podemos observar em alhures legislações especiais outros critérios etários, senão vejamos.

---

28. Idem, Ibidem, p. 5. Ensina a autora ainda: "Capacidade é, então, manifestação dos poderes de ação inerentes à personalidade, constituindo-se em medida jurídica desta. Alguns autores, por vezes, confundem o conceito de capacidade de direito com personalidade, no seu viés subjetivo (titularidade de direitos e deveres, ou seja, ser sujeito de direitos)" (loc. cit.).

29. "Enquanto a capacidade jurídica é a aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, em seu sentido subjetivo, a capacidade de exercício (ou de fato, geral, plena) é a aptidão para a prática dos atos da vida civil (e exercício de autonomia)" (Idem, p. 5).

30. Art. 1.517 do CC/2002: "O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil".

O Estatuto da Criança e do Adolescente define que o menor até 12 anos é considerado criança e o até 18 anos, adolescentes (art. 2.º). Defende aos mesmos, como direito à liberdade, entre outros, a opinião e expressão (art. 16, II).[31] Proíbe qualquer trabalho a menores de 14 anos, a não ser em caso de aprendizes, conforme critérios legais (art. 60). Vedação esta, presente, inclusive, na CF/1988, art. 7.º, XXXIII, e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 403.[32]

Pela legislação militar, o menor será considerado plenamente capaz, para efeito do serviço militar, a partir do momento em que completares 17 anos.[33]

No que concerne a previdência social, o menor a partir dos 14 anos pode filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social mediante contribuição, na qualidade de segurado facultativo, conforme exegese do art. 14 da Lei 8.212/1991.[34] No entanto, pela incapacidade do mesmo ser empregado até completar 16 anos, salvo em regime de aprendizado, conforme já explicitado, entende-se que a capacidade para filiação somente poderia ocorrer a partir dos 16 anos. Isso porque, a capacidade mínima fomentada pelo regime previdenciário de 14

---

31. Tanto a criança como o adolescente serão ouvidos em caso de colocação em família substitutiva. (art. 28, § 1.º). No caso da adoção, o consentimento em relação à criança ou adolescente será dispensado cujos pais sejam desconhecidos ou tenham destituídos do poder familiar (art. 45, § 1.º), mas em se tratando de adotante maior de 12 anos, este deverá ser ouvido e necessário o seu consentimento (art. 45, § 2.º).

32. No que tange ao Direito do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe um capítulo próprio (Cap. IV, arts. 402 a 441) sobre proteção do trabalho do menor. Para a Consolidação das Leis do Trabalho, é proibido qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, sendo ainda que o trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a freqüência à escola. Ainda, sob a batuta do direito trabalhista, cabe ressaltar que o menor tem capacidade plena para assinar os seus recibos de salário (art. 439), mas não se no caso tratar-se de dar quitação ao seu contrato de trabalho quando da rescisão, sem assistência dos seus responsáveis legais (art. 439 *in fine*). O menor, da mesma forma, não pode promover em juízo, sem assistência de representante legal, reclamatória trabalhista (art. 793).

33. BRASIL. Lei 4.375, de 17.08.1964. Lei do Serviço Militar. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4375.htm. Acesso em: 17.03.2010. "Art. 73. Para efeito do Serviço Militar, cessará a incapacidade civil do menor, na data em que completar 17 (dezessete) anos."

34. BRASIL. Lei 8.212, de 24.07.1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm. Acesso em: 18.03.2010.

anos, é anterior ao preceito constitucional do já citado inc. XXIII do art. 7.°, cuja redação é dada pela EC 20/1998 e que, sendo assim, prevê capacidade laboral somente para aos maiores de 16 anos.

Quanto ao direito eleitoral, este estabelece que toda pessoa a partir dos 16 anos completos tem, desde logo, o direito (facultativo) à participar do sufrágio eleitoral (art. 14, II, *c*, da CF/1988), sendo, por outro lado, impedidos os que se apresentam em período do serviço militar obrigatório (art. 14, § 2.°, da CF/1988); e os que não saibam exprimir-se na língua nacional (art. 5.°, II, do Código Eleitoral brasileiro),[35] numa demonstração, mais uma vez, de que a capacidade e autonomia civil não depende unicamente do critério legal ou etário.

2.2 Capacidade etária para consentir e a bioética

Qualquer intervenção no domínio da saúde, incluindo a pesquisa, deve ser efetuada com respeito às normas e deveres profissionais, bem como pelas regras de conduta aplicáveis, e após o devido consentimento livre e esclarecido do paciente/sujeito da pesquisa.[36]

Na bioética o consentimento prévio, livre e esclarecido/informado legitima as intervenções médicas em geral (preventivas, diagnósticas ou terapêuticas), sejam elas assistenciais, relativas aos procedimentos médicos comuns (prática clínica), ou experimentais (pesquisa médica/ensaios clínicos).

O consentimento informado dos incapazes possui duas vertentes principais: os menores e as pessoas com transtornos mentais.[37]

Em relação aos menores de idade (crianças e adolescentes) especificamente, há diretrizes internacionais e nacionais importantes sobre a sua capacidade para consentir. Todavia, essas normativas são aplicáveis mais à pesquisa médica e não se referem expressamente a uma capacidade etária (idade) propriamente dita, de maneira definida, mencionando apenas certos critérios/requisitos especiais para o consentimento. Ademais, nestes documentos não há diferenças etárias entre as classes de menores (crianças e adolescentes) envolvidos, como ocorre, todavia, no ordenamento jurídico brasileiro.

---

35. BRASIL. Lei 4.737, de 15.07.1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em: 15.03.2010.

36. CONSELHO DA EUROPA. *Convenção dos direitos humanos e da biomedicina* (1996), arts. 4, 5.

37. RAGAZZO, Carlos Emmanuel. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 97-98.

Assim, no plano internacional as *Diretrizes éticas internacionais para a pesquisa envolvendo seres humanos* estabelecem que, nas pesquisas envolvendo crianças (*children*), o pesquisador deve assegurar que: a investigação não seja igualmente realizada em adultos; o propósito da investigação seja para obter conhecimento relevante para as necessidades de saúde das crianças; os pais ou representantes legais de cada criança tenham autorizado; a aceitação (assentimento) de cada criança tenha sido obtida de acordo com a extensão de sua capacidade; e a recusa da criança de participar ou continuar na pesquisa seja respeitada.[38]

Já a *Convenção dos direitos humanos e da biomedicina* menciona que as intervenções em menores só poderão ser efetuadas para seu benefício direto e quando, de acordo com a lei, um menor não tiver a capacidade para consentir, a intervenção poderá apenas ser efetuada com a autorização do seu representante, de uma autoridade, pessoa ou entidade designada pela lei.[39]

Por fim, a *Diretiva CE 20/2001* afirma que, em complemento de quaisquer outras restrições relevantes, um ensaio clínico apenas pode ser realizado em menores se:

a) tiver sido obtido o consentimento esclarecido dos pais ou do representante legal, sendo que o consentimento deverá refletir a vontade presumível do menor;

b) o menor tiver recebido informações adequadas à sua capacidade de compreensão sobre a intervenção;

c) o desejo explícito de um menor, capaz de formar uma opinião e avaliar as informações, de se recusar a participar da intervenção ou de se retirar dela a qualquer momento for levada em conta pelo pesquisador;

d) a intervenção trouxer benefícios diretos para o grupo de pacientes e for essencial para validar dados obtidos em intervenções realizadas com adultos, além de ter uma relação direta com uma condição clínica de que sofra o menor em causa ou ser de natureza tal que apenas possa envolver menores.[40]

---

38. CIOMS. *Diretrizes éticas internacionais para a pesquisa envolvendo seres humanos*, 2002, 14.

39. Conselho da Europa. *Convenção dos direitos humanos e da biomedicina* (1996), art. 6.º, 1, 2.

40. Parlamento Europeu/Conselho da Europa. *Diretiva 2001/20/CE*, art. 4, *a*, *b*, *c*, e, havendo ainda outras condições (*d*, *f*, *g*, *h*, *i*) mais genéricas. Sobre o último item aludido no texto (d) a *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos* (Unesco, 1997) refere ainda que "uma intervenção que não represente um benefício

No Brasil, a *Resolução 196/1996* preconiza que "em pesquisas envolvendo crianças e adolescentes (...) deverá haver justificação clara da escolha dos sujeitos da pesquisa, especificada no protocolo, aprovada pelo Comitê de Ética em pesquisa, e cumprir as exigências do consentimento livre e esclarecido, através dos representantes legais dos referidos sujeitos, sem suspensão do direito de informação do indivíduo, no limite de sua capacidade" (IV.3, a).

No campo da bioética, maior atenção vem sendo dada à questão da vulnerabilidade,[41] já que o respeito pelas pessoas inclui não só o respeito à autonomia, mas também a "proteção das pessoas com autonomia diminuída ou prejudicada que requerem segurança contra prejuízos ou abusos por serem vulneráveis".[42] "A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas; indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada."[43]

Vulneráveis são, portanto, aquelas pessoas relativamente ou absolutamente incapazes de proteger seus próprios interesses devido à insuficiência de poder, de inteligência, de educação, de recursos, força ou outros atributos.[44] Noutras palavras, vulneráveis "são aqueles cuja autonomia, dignidade ou integridade é capaz de ser ameaçada".[45] São exemplos de sujeitos vulneráveis os pacientes

---

direto previsível para a saúde (do menor) só poderá ser efetuada excepcionalmente, com a maior prudência, e se estiver encaminhada a redundar benefício direto da saúde de outras pessoas pertencente ao mesmo grupo de idade ou que se encontrem nas mesmas condições genéticas" (art. 5, *e*).

41. HOSSNE, William. Dos referenciais da bioética – a vulnerabilidade. *Bioethikos* 3/43. n. 1. 2009. Para este autor, a vulnerabilidade é uma temática que adquiriu espaço,nos últimos anos, a partir de questões relacionadas sobretudo à pesquisa em seres humanos e daí vem penetrando na área assistencial (Idem, p. 44). Contudo, NEVES, Maria (Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética* 2/163. n. 2. 2006) entende que "a noção de vulnerabilidade é introduzida e persiste no vocabulário bioético numa função adjetivante, como uma característica, particular e relativa, contingente e provisória, de utilização restrita ao plano da experimentação humana".

42. CIOMS. *Diretrizes éticas internacionais para a pesquisa envolvendo seres humanos*, princípios éticos gerais (respeito pelas pessoas).

43. UNESCO, *Declaração universal de bioética e direitos humanos* (2005), art. 8.

44. CIOMS, *Diretrizes éticas internacionais para a pesquisa envolvendo seres humanos*, comentário sobre a diretriz 13.

45. *Declaração de Barcelona* (1998) apud NEVES, op. cit., p. 168, nota 14.

com doenças incuráveis, idosos em asilos, pacientes em situações de emergência, grupos étnicos minoritários, moradores de rua, nômades, refugiados, menores, e aqueles incapazes de dar consentimento.[46] A vulnerabilidade é um critério a ser levado em conta nas situações em relação às quais a autonomia e o consentimento se manifestam insuficientes ou problemáticas.

Por conseguinte, vulnerabilidade alude a uma incapacidade substancial para proteger interesses próprios devido a um impedimento, como falta de capacidade de conceder consentimento informado, falta de meios para conseguir cuidados médicos ou outras necessidades de alto custo ou ser um membro subordinado de um grupo hierárquico.[47] Nesse sentido, segundo a Resolução CNS 196/1996, vulnerabilidade refere-se ao "estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido".[48] Ressalte-se, porém – como lembra Ragazzo –, que a vulnerabilidade não retira a capacidade de o paciente consentir, mas sim particulariza e qualifica a obrigação do médico, ao lhe impor a tarefa de contornar essa situação.[49] Desta maneira, indivíduos vulneráveis menores são necessitados de proteção adicional na pesquisa médica[50] e nos procedimentos médicos comuns (assistência/prática médica). Portanto, as intervenções envolvendo estes sujeitos devem ser mais cuidadosas e adequadas às exigências éticas e jurídicas.

Enfim, frise-se que em recente modificação legislativa a categoria "vulnerabilidade" foi inserida no capítulo II do Título VI do Código penal brasileiro, onde estão agora previstos os "crimes sexuais cometidos contra vulnerável", o que mostra também a influência da bioética no direito (penal).

---

46. GCP/ICH. *Diretriz para a boa prática clínica* (1996), 1.61.

47. CIOMS. Op. cit., princípios éticos gerais (justiça). Dentre outros sujeitos vulneráveis que, embora adultos e capazes, são expostos a condicionamentos específicos ou a influência de autoridades, são exemplos estudantes, militares, presidiários, internos de centros de readaptação, casas-abrigo, associações religiosas e semelhantes (CNS, Resolução *196/1996*, IV. 3, *b*).

48. CNS. Resolução 196/196, II.15.

49. RAGAZZO. Op. cit., p. 55. Igualmente, embora haja uma preferência pela pesquisa envolvendo indivíduos não vulneráveis (CNS, Resolução 196/1996, III.3, *j*), a vulnerabilidade por si só também não é óbice para impedir a concessão do consentimento e a realização de determinada investigação biomédica.

50. Nesse sentido, CNS. Resolução 196/1996, III.3, *j*.

3. CAPACIDADE ETÁRIA MÍNIMA PARA CONSENTIR NO DIREITO PENAL MÉDICO

A idade cronológica, como a face objetiva do tempo, sempre interessou ao Direito Penal. Não por outra razão que encontramos facilmente, no Código Penal, diversas referências à idade, como condição pessoal seja do agente da conduta criminosa: elemento da culpabilidade – imputabilidade, causa de aumento de pena, redução do prazo prescricional, etc.; seja do titular do bem jurídico tutelado pela norma penal: elementar do tipo (importante para a correta tipificação da conduta), qualificadora ou causa de aumento do crime praticado ou apenas como capacidade de disposição do bem jurídico.

O nosso interesse cognitivo, neste tópico, limita-se à análise da ressonância da idade do titular do bem jurídico-penal na eficácia do seu consentimento real[51] para submeter-se a intervenções médicas. Ou, de outro modo, interessa-nos averiguar a relação entre a idade do cidadão e a sua capacidade de disposição de alguns bens jurídicos expostos a perigo ou lesionados nas práticas médicas.

Para tanto, ao modo socrático, questiona-se: existe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma idade mínima para que alguém possa dispor validamente (com liberdade e informação) de um bem jurídico-penal do qual é titular? Em caso positivo, qual seria? E sob que fundamentos?

A resposta à primeira pergunta é afirmativa. Contudo, não há consenso doutrinário nem jurisprudencial acerca do marco inicial da capacidade etária para consentir na disposição de bens jurídicos. Isso decorre, em parte, da ausência de regulamentação específica da matéria na maior parte dos países, inclusive no Brasil. Por outro lado, uma tal dificuldade resulta também da má interpretação dos sistemas constitucional e penal pátrios, como veremos.

Em sua importante obra sobre o tema, Pierangelli advoga que "(...) o critério a seguir é aquele que o Código Penal, agora com a sua nova parte geral, estabelece para a imputabilidade, ou seja, 18 anos",[52] fundamentando seu po-

---

51. Uma vez mais, devemos enfatizar que toda a argumentação aqui desenvolvida só tem aplicação ao assim chamado "consentimento real", vez que a eficácia justificativa do "consentimento presumido", na lição de COSTA ANDRADE, radica na "*vontade hipotética* do titular do bem jurídico – por mais irracional e incompreensível que pareça – e não numa ponderação objectiva dos interesses na perspectiva do 'verdadeiro bem' do interessado". ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico*. Op. cit., p. 58.

52. PIERANGELI, op. cit., p. 137.

sicionamento, seguindo Bettiol, no fato de que "(...) seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal, ou, por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifica".[53]

Uma tal tese, ao nosso sentir, é indefensável, por quatro razões básicas:

a) a primeira relacionada à natureza jurídica das capacidades de imputabilidade e de consentimento;

b) a segunda, aos seus fundamentos;

c) a terceira, ao sujeito que titulariza tais capacidades; e,

d) por fim, à possibilidade de sua relativização. Senão vejamos.

A capacidade etária que se inicia aos 18 anos de idade é a de compreender o caráter ilícito de um fato e de determinar-se segundo esse entendimento, ou seja, é a imputabilidade. Ou, de outro modo, 18 anos é o termo inicial da capacidade etária de culpabilidade (art. 27 do CP), razão pela qual as pessoas com idade inferior a este marco, quando praticarem um fato típico e ilícito, estarão sujeitos à legislação especial (ECA), e não ao CP. A natureza jurídica desta capacidade etária, portanto, é a de elemento constitutivo da culpabilidade, sem a qual, o crime não se constitui.

De outra banda, a natureza jurídica da capacidade de consentir em uma intervenção médica que, de alguma forma, lese um bem jurídico do consenciente é de renúncia ao exercício de um direito fundamental, como ficou dito anteriormente.[54]

Quanto ao fundamento da capacidade de imputabilidade, entendemos que é de cunho político-criminal e de garantia a baliza de tal opção, qual seja, o maior cuidado que o Estado deve ter no momento de realizar qualquer restrição a um direito fundamental do cidadão, a exemplo da liberdade, vez que atingiria a própria dignidade humana, centro gravitacional de um Estado Democrático de Direito, como o nosso. Portanto, a presunção absoluta de que o menor de 18 anos de idade é incapaz de compreender o caráter ilícito de um fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento justifica-se por que estão em jogo a liberdade do cidadão, que é restringida, e o poder punitivo estatal, que é incrementado.

Já no que diz com a capacidade de consentir, seu fundamento é a própria dignidade humana, manifesta através da autonomia e autodeterminação in-

53. Idem, ibidem, p. 138.

54. Cf. nota 21.

dividual, razão pela qual o Estado deve, de todas as formas, promover sua máxima eficácia e efetividade, inclusive com a redução do marco etário para a validade do consentimento para 14 anos.

Por outro lado, com base naquele mesmo fundamento, o legislador penal adotou o critério biológico para a determinação da imputabilidade etária, não deixando espaço para a relativização da idade de 18 anos. Por isso, costuma-se dizer que a presunção de inimputabilidade do menor de 18 anos é absoluta.

Enquanto que a capacidade de consentimento, não obstante o posicionamento aqui defendido quanto ao seu começo a partir dos 14 anos, pode ser relativizada, como veremos adiante, se as circunstâncias do caso concreto assim exigirem, tudo em obediência àquele dever estatal de garantia dos direitos fundamentais. Assim, temos que esta capacidade é relativa.

Por derradeiro, a capacidade que exige idade mínima de 18 anos está relacionada ao sujeito ativo de uma conduta típica e ilícita, ao passo que a que exige 14 anos diz respeito ao titular do bem jurídico que, em tese, é ofendido, assemelhando-se ao sujeito passivo de um injusto típico.

Desta forma, em nada se equiparam as capacidades etárias para compreender o caráter ilícito de um fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (imputabilidade) e para consentir com uma intervenção médica que repercuta em um bem jurídico-penal do consenciente.

Este nosso entendimento pode ser aferido a partir da interpretação, a contrário *sensu*, de alguns crimes previstos no CP, a exemplo do estupro de vulnerável (art. 217-A), da corrupção de menores (art. 218) e da satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A).

A Lei 12.015/2009 introduziu o art. 217-A no CP,[55] o qual prevê o crime de estupro de vulnerável, infração penal que antes configurava, a depender do caso, estupro (art. 213) ou atentado violento ao pudor (art. 214), mesmo que praticado sem violência real, pois esta era presumida no art. 224 do CP. Essa vulnerabilidade pode ser de diversas naturezas, mas a que nos convém anotar, nesta oportunidade, é a decorrente da idade inferior a 14 anos. Ou seja, o legislador penal considera inválido o consentimento de alguém que tenha idade inferior a 14 anos para a disposição da sua liberdade sexual. A contrário *sensu*,

55. *Estupro de vulnerável:* "Art. 217-A: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos."

a partir desse marco etário, qualquer cidadão poderá dispor livremente desse seu direito fundamental, desde que não haja, por óbvio, outra causa que invalide seu consentimento. Este é, provavelmente, o exemplo mais emblemático do posicionamento aqui defendido.

Da mesma forma como o estupro de vulnerável, os crimes de corrupção de menores (art. 218)[56] e de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A)[57] foram introduzidos pela mencionada Lei 12.015/2009. E, em ambos os casos, à semelhança daquele, o legislador condicionou a validade do consentimento à idade limite mínima de 14 anos, como facilmente se extrai da leitura dos respectivos tipos.

No direito penal comparado, o Código Penal português, ao tratar do consentimento, prevê expressamente a idade mínima de 14 anos como termo inicial da validade do consentimento (art. 38, item 3). Assim, no direito penal lusitano, o consentimento real só será eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

Vale ressaltar, contudo, que a presunção de incapacidade do menor de 14 anos para exercer sua liberdade sexual é, segundo entendemos, relativa, posicionamento, aliás, adotado pelo STF, como ficou evidenciado no paradigmático julgamento do HC 73.662,[58] que teve como relator o Min. Marco Aurélio, cujo teor da ementa é o seguinte:

"Estupro. Configuração. Violência presumida. Idade da vítima. Natureza. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – art. 213 do CP. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física ou mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos arts. 213 e 224, *a*, do CP."

Como podemos observar, o relator fundamenta a possibilidade de relativização da capacidade para consentir validamente na disposição livre da sua

56. *Corrupção de menores:* "Art. 218: Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

57. *Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente:* "Art. 218-A: Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos."

58. BRASIL, STF, HC 73.662/1996, *DJ* 20.09.1996.

sexualidade na "aparência física ou mental" da consenciente. Esta aparência mental, aludida no voto em apreço, é o que chamaremos aqui de "maturidade de discernimento". Vale deixar claro, antes de prosseguirmos, que somente o caso concreto permitirá a avaliação dessa maturidade.

A par disso, já podemos concluir, preliminarmente, que o marco inicial da capacidade para consentir, que é o de 14 anos, pode ser relativizado, com sua diminuição, a partir do critério da maturidade do consenciente. Entretanto, esta afirmação exige algumas considerações.

A primeira delas diz respeito ao limite etário dessa relativização. Ou seja, até que ponto o critério da maturidade, aqui adotado, deve ser levado em conta na diminuição da idade mínima para consentir validamente?

Em essência, o que queremos saber, ao elaborar a pergunta acima, é quando começa a maturidade de alguém com idade inferior a 14 anos, de tal forma que se possa afirmar que aquela idade mínima de maturidade seja o marco inicial da sua capacidade etária excepcional de consentir.

E a resposta àquele questionamento nos parece ser 12 anos. Ou seja, 12 anos é o limite etário mínimo que faculta ao julgador analisar o caso concreto para saber se existe maturidade suficiente para tornar alguém capaz de consentir validamente. E assim nos posicionamos tendo como base o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual diferencia, no art. 2.º, criança (até 12 anos incompletos) de adolescente (entre 12 e 18 anos incompletos) e, principalmente, torna obrigatório o consentimento do adolescente (pessoa com idade igual ou superior a 12 anos) para sua colocação em família substituta (art. 28, § 2.º).[59]

Desta forma, já na direção conclusiva, podemos estruturar o seguinte quadro: menor de 12 anos, *incapacidade* de consentimento; menor com idade entre 12 e 14 anos incompletos, *capacidade relativa* de consentimento, a ser avaliada a partir da maturidade de cada um no caso concreto; e o menor com idade a partir de 14 anos, *capacidade* de consentimento.[60]

---

59. Esta exigência está de acordo com a *Convenção dos direitos humanos e da biomedicina* (Conselho da Europa, 1996, art. 6, 2, *in fine*). No mesmo sentido, RAGAZZO (*O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*, op. cit., p. 98), considerando que, no referente ao consentimento informado de menores, há uma tendência no sentido de se permitir a possibilidade destes sujeitos tomarem as decisões médicas por si próprios, sendo o seu grau de maturidade – consubstanciado na compreensão do alcance do ato médico –, o critério definidor da competência para tal.

60. Evidentemente quando afirmamos que o menor com idade igual ou superior a 14 anos é capaz, temos em conta exclusivamente a capacidade etária, objeto da nossa

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consentimento livre e esclarecido revela-se indispensável na relação médico-paciente, legitimando também a intervenção médica no âmbito penal. Para tanto, o consentimento do paciente deve ser considerado como um exercício da sua liberdade, ressonância da autonomia, e, portanto, da própria dignidade. Em razão disso, sua natureza jurídico-penal é de excludente da tipicidade, desde que atendidos alguns requisitos, entre os quais a capacidade etária.

Embora não seja suficiente, mas apenas seu ponto de partida, a capacidade etária mostra-se como um importante critério definidor da eficácia do consentimento, razão pela qual buscamos estabelecer critérios objetivos mínimos relativos à idade do consenciente, diante da ausência de regulamentação legislativa específica da matéria em nosso país.

Desta forma, concluímos que, em regra, o termo inicial da capacidade etária jurídico-penal para consentir é 14 anos. Este marco, entretanto, pode ser relativizado, com sua diminuição para 12 anos, considerando-se a maturidade de discernimento do menor no caso concreto. Portanto, o menor com idade inferior a 12 anos é jurídico-penalmente incapaz de consentir nas intervenções médicas.

---

análise, sem prejuízo de que outros fatores possam alterar esta condição jurídica, como anteriormente referido.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas, de Elias Farah - *RIASP* 23/96;
- O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica, de André Gonçalo Dias Pereira - *RT* 839/69; e
- Responsabilidade civil do médico, de Márcia Regina Lusa Cadore Weber - *RDPriv* 18/144.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 668/280 e *RT* 797/522.

Veja também Legislação

- Auxílio reabilitação psicossocial: Lei 10.708/2003; e
- Intervenção médica sem consentimento paciente: art. 146, § 3.º, I, do CP.

54031

"PÓSTUMA MODERNIDADE" E ERRO DE PROIBIÇÃO

2

DANTE BRUNO D'AQUINO

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania (UniCuritiba). Professor de Direito Penal e Processo Penal do Cejur – Centro de Estudos Jurídicos Professor Luiz Carlos de Oliveira. Advogado.

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UniCuritiba. Professor de Direito Penal do UniCuritiba, Fempar, Esmae, Cejur e LFG. Coordena a Pós-Graduação em Direito Criminal e Processo Penal do UniCuritiba, Promotor de Justiça.

ÁREA DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Penal

RESUMO: A crise dos "grandes enredos" ou "bandeiras coletivas de vida", tanto de caráter metafísico, característicos das sociedades pré-modernas, como aqueles de cunho materialista e antropocêntrico, produtos da modernidade, impacta na culpabilidade jurídico-penal, dificultando a consciência da ilicitude, atual ou potencial. A ausência de referências de valor intensifica o erro de proibição. O fenômeno opera notadamente no direito penal econômico e no ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Culpabilidade – Erro de proibição – Consciência da ilicitude – Pautas de valor – Valoração paralela na esfera do profano – Direito penal econômico – Direito penal ambiental.

ABSTRACT: The crisis of the "great narratives", both those of a metaphysical type, which is a characteristic of pre-modern societies, and those from a materialistic and anthropocentric matrix, products of modernity, have impacts on the legal-criminal culpability, making it difficult for a current or potential awareness of unlawfulness. The absence of value references intensifies the error of prohibition. The phenomenon especially operates on economic and environmental criminal law.

KEYWORDS: Criminal law – Culpability – Prohibition error – Awareness of unlawfulness – Value guidelines – Parallel valuation in the realm of the profane – Economic criminal law – Environmental criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. À guisa de desenvolvimento: os "grandes enredos" da modernidade e sua derrocada - 3. Conclusão: o impacto da queda dos "grandes enredos" no tema do erro de proibição - 4. Bibliografia.

"Se Deus está morto, tudo é permitido"
(Dostoievsky)

1. INTRODUÇÃO

O trabalho[1] pretende coligar a derrocada dos grandes discursos ideológicos, políticos e econômicos que caracteriza nosso momento de mundo com a categoria dogmático-penal do erro de proibição.

Expõem-se, inicialmente, as causas que levaram a modernidade a falhar em seu projeto racional científico de construção de uma sociedade estável. Apresentam-se os motivos que conduziram a sociedade hodierna a experimentar todos os efeitos do *projeto inacabado de modernidade*, nas palavras de Habermas.[2]

Inúmeros teóricos afirmam que a modernidade está superada, inacabada, falida em suas aspirações, frustrada em suas expectativas. O próprio termo pós-modernidade tem sido utilizado de forma lacônica, ora para significar um momento posterior à modernidade (*post*), que seria o momento atual; ora para se referir à modernidade como falecida e superada (de *post-mortem*).

Apresentadas as razões da descrença no projeto da modernidade e a subsequente falta de referências de valor (desreferencialização), o texto envereda para a conexão desta ausência de referências com o tema do erro de proibição. Sobretudo, esta conexão impacta nos campos do Direito Penal econômico e do Direito Penal ambiental.

2. À GUISA DE DESENVOLVIMENTO: OS "GRANDES ENREDOS" DA MODERNIDADE E SUA DERROCADA

Até que ponto é livre o homem livre? Com este subtítulo interrogativo, Zygmunt Bauman cita, em sua obra *Em busca da política*, um fato ocorrido na

1. Dedicado ao Dr. Luiz Renato Skroch Andretta, Procurador de Justiça e Professor de ambos os autores, até hoje – mesmo quando não se dá conta. Afinal, é um destes raros que a todo tempo ensina.

2. HABERMAS, Jürgen. *Modernidade: um projeto inacabado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

França que ilustra bem o momento por que passa a sociedade hodierna e que será colocado como ponto nuclear de análise para o desenvolvimento do presente texto. Relata o autor:

"Viviane e Michel, um casal comum, sem nada demais, que facilmente se confundia na massa urbana, apareceu diante das câmeras de televisão francesa (e, portanto em milhões de televisores) e Viviane declarou sobre Michel: 'meu marido sofre de ejaculação precoce', queixando-se de que 'nunca tinha prazer com ele'."[3]

Este recorte é simbólico da denominada pós-modernidade, sintomático quanto às consequências por ela operadas. Guarde-se o exemplo.

Um dos primeiros filósofos a utilizar a expressão *pós-modernidade* foi o francês Jean-François Lyotard, com a publicação da obra intitulada *A condição pós-moderna* (1979).[4] Em seu texto, Lyotard formula, com muita propriedade, os problemas que o *conhecimento científico* experimenta na sociedade atual. Dentre os seus principais problemas está, justamente, a crise relativa à sua legitimidade de dizer o que é a *verdade*. No texto, verifica-se que a origem das discussões está alocada, exatamente, na crise cultural e de desencanto experimentado pela sociedade após a Segunda Guerra Mundial.

A decepção da sociedade e a desilusão instalam-se na cultura ocidental e comprometem conceitos até então enunciados como seguros pelo pensamento moderno e racionalista, como o conceito de *ética*, *verdade*, *progresso*. Obviamente, essa desilusão que acompanha a sociedade pós-guerra tem sua razão de ser e se reflete nos mais diversos ramos da produção humana, tais como a literatura, a arte e a filosofia.

Os objetivos da modernidade, a que Habermas chamou de *projeto da modernidade*,[5] não foram concretizados. Sob uma ótica, é correto constatar que o domínio da ciência e da técnica transformou, de fato, a realidade social. Sobretudo após a industrialização, fenômeno que alterou radicalmente o modo de produção, que deixou de ser manufatureira para alcançar a escala de produção em série e massa, como ocorreu, por exemplo, com a substituição dos teares manuais para os teares mecânicos, nas indústrias inglesas do século XIX.

Nada obstante, apesar de haver significativa alteração no modo de vida dos cidadãos, o projeto iluminista prometia mais. As descobertas do homem

3. BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 70.

4. LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: Olympio, 1986.

5. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p.229.

moderno,[6] a aplicação desenfreada da ciência e da tecnologia projetavam a formação de uma sociedade estável, com igualdade de condições, sem exclusão social e sem miséria. "Repassando meu espírito sobre todos os objetos que alguma vez se ofereceram aos meus sentidos, ouso dizer que não observei nenhum que não pudesse explicar assaz comodamente por meio dos princípios que achara",[7] anunciava, confiante, Descartes, no *Discurso do método*, de 1637. O homem explica tudo. O homem tudo pode. Existe porque pensa.

O domínio científico e as transformações imediatas pelas descobertas mais úteis (como a energia elétrica que transformou sobremaneira a vida cotidiana) acenavam para um homem *racional-moderno* que lograria, em breve, submeter a natureza à sua técnica, de modo a afastar a sociedade, inclusive, dos infortúnios provocados pela natureza até então indômita (doenças, terremotos, enchentes etc.). Novamente, a visão otimista da aventura da modernidade anuncia-se nas palavras de Descartes:

"(...) é possível chegar a conhecimentos que sejam muito úteis à vida (...) pela qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos cercam, tão distintamente como conhecemos os diversos misteres de nossos artífices, poderíamos empregá-los da mesma maneira em todos os usos para os quais são próprios, e assim nos tornar como que *senhores e possuidores da natureza*. O que é de desejar, não só para a invenção de uma infinidade de artifícios, que permitiriam gozar, sem qualquer custo, os frutos da terra e todas as comodidades que nela se acham, mas principalmente também para a conservação da saúde, que é sem dúvida o primeiro bem e o fundamento de todos os outros bens desta vida."[8]

Esses propósitos da modernidade, encampados pela razão iluminista, conferiram uma hipercrença nos conhecimentos científicos, de modo que o único conceito de verdade passou a ser aquele "cientificamente comprovável".

A ciência domina a eletricidade, constrói ferrovias, transporta os bens através de máquinas a vapor e faz produzir-se em teares mecânicos. A ciência, para o homem moderno, dominará a natureza. A ciência é a chave do conhecimen-

---

6. Dentre outras: domínio da energia elétrica, da iluminação, o armazenamento refrigerado de alimentos, construção de ferrovias, máquinas a vapor para transporte, sistema de produção industrial em série, êxodo para os centros urbanos em busca de emprego e melhores condições, avanços na tecnologia biomédica, cura de inúmeras enfermidades, isolamento da penicilina etc.

7. DESCARTES, René. Discurso do método. In: _____. *Obra escolhida*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. p. 93.

8. Idem, p. 91.

to. O conhecimento científico é a única fonte da verdade, ou, pelo menos, a única fonte segura, pois apresenta leis universais, como a gravidade, que pode ser comprovada em qualquer lugar do planeta.

O domínio da ciência permitiu produzir discursos que davam sentido ao próprio correr da história, como se ela fosse dotada de uma marcha dirigida a um fim, com uma meta previamente determinada. Da crítica ao modelo econômico capitalista instalado nas sociedades industriais europeias do século XIX, derivou o discurso marxista. Conquanto o enredo marxista projetasse o curso da história com descontinuidades, "Marx via a luta de classes como fonte de dissidências fundamentais na ordem capitalista, mas vislumbrava ao mesmo tempo a emergência de um sistema social mais humano",[9] lembra Giddens. Trata-se de uma "grande narrativa", ou grande enredo. Outros grandes enredos eram propostos. Para Durkheim, registra Giddens, "a expansão ulterior do industrialismo estabelecia uma vida social harmoniosa e gratificante, integrada através de uma combinação da divisão de trabalho e do individualismo moral".[10]

O apogeu desta visão de mundo expressou-se no paradigma de pensamento filosófico denominado positivismo-naturalista (também uma "grande narrativa"), que marcou o pensamento científico europeu (à época, hegemônico no panorama mundial) na segunda metade do século XIX. Por ele, todo e qualquer fenômeno deveria ser explicado à luz da física-mecânica newtoniana. Só assim, o respectivo estudo ganharia foro de cientificidade. A física figura como espécie de "rainha das ciências".

Toda a confiança depositada na física, enquanto base explicativa dos fenômenos do mundo (inclusive os sociais, como o crime, então vislumbrado como efeito de causas genéticas – na perspectiva lombrosiana – ou socioambientais, na linha de Ferri e Garofalo), implicou na derrocada dos discursos metafísicos. Em particular, experimenta forte abalo o discurso religioso. Claro que o discurso religioso também dota a marcha da história de um sentido; todavia, o sentido não é dominado pelo homem, mas regido por uma ou várias forças divinas (místicas). O racionalismo-cartesiano substituiu o discurso místico. Não por coincidência, sobretudo na segunda metade do XIX, as nações do he-

9. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. p. 17. Note-se, porém, que Giddens nega a existência de uma "pós-modernidade", afirmando que ainda vivemos a modernidade, apenas exaltada em suas características, dando azo a uma modernidade com reflexividade, na qual suas características exaltam-se e se voltam contra o ser humano que a criou. Op. cit., p. 54-55.

10. Idem, p. 17.

misfério ocidental tornam-se laicas (inclusive o Brasil, a partir da proclamação da República e da correlata Carta Constitucional).

Contudo, o sonho da modernidade de construir a sociedade estável, sem miséria, como igualdade de oportunidade, segura, distante das intempéries da natureza hostil, não tardou em frustrar os seus expectadores oníricos. E os custos desta frustração são chagas profundas, até hoje não cicatrizadas, que explicam boa parte das incertezas sociais e culturais hodiernas. A Segunda Guerra Mundial demonstrou ao planeta que a mesma forma de conhecimento que domina a eletricidade para armazenar os alimentos e promover a iluminação, também produz o artefato atômico lançado sobre Hiroshima. A mesma tecnologia, que isola a penicilina para curar a tuberculose, desenvolve-se nos porões de Auschwitz, submetendo as cobaias humanas a condições impensáveis, mas "legitimadas" pelo desenvolvimento da pesquisa.

Diante dessas constatações, Sérgio Paulo Rouanet, no ensaio sobre *As origens do iluminismo*, precisamente observa que:

"(...) após a experiência de duas guerras mundiais, depois de Auschwitz, depois de Hiroshima, vivendo num mundo ameaçado pela aniquilação atômica, pela ressurreição dos velhos fanatismos políticos e religiosos e pela degradação dos ecossistemas, o homem contemporâneo está cansado da modernidade. Todos esses males são atribuídos ao mundo moderno. Essa atitude de rejeição se traduz na convicção de que estamos transitando para um novo paradigma. O desejo de ruptura leva à convicção de que essa ruptura já ocorreu, ou está em vias de ocorrer (...). O pós-moderno é muito mais a fadiga crepuscular de uma época que parece extinguir-se ingloriosamente que o hino de júbilo de amanhãs que despontam. À *consciência* pós-moderna não corresponde uma *realidade* pós-moderna. Nesse sentido, ela é um simples mal-estar da modernidade, um sonho da modernidade. É literalmente, falsa consciência, porque consciência de uma ruptura que não houve, ao mesmo tempo, é também consciência verdadeira, porque alude, de algum modo, às deformações da modernidade."[11]

Assim, após a realidade traumática da Segunda Guerra, a ciência passou a ser objeto de profundas interrogações e desconfiança. É o início da desilusão e do desencanto tardio. A tecnologia não é tão benigna quanto se pensava. O saldo de duas guerras mundiais, desestruturação total das formas de Estado, produção de armas capazes de extinguir a raça humana, corrida armamentista,

11. ROUANET, Sérgio Paulo. *As origens do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 105.

começam a desvelar a face obscura do emprego da técnica e da proposta iluminista de uma modernidade racional científica. A exploração irracional do petróleo como combustível básico, aliados à especulação financeira do produto e à corrida para sua exploração, colocaram o planeta em uma crise ambiental, provocada pelo homem racional científico, sem precedentes na história da humanidade.

Ademais, como bem colocado por Giddens, há imensa dúvida sobre os "benefícios" do emprego da ciência, pois o "o desenvolvimento das 'forças de produção' teria um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente material",[12] associado à "conexão da organização e inovação industriais com o poder militar",[13] evidenciam parte do que denomina "lado sombrio" da modernidade.[14] Uma vez que a humanidade está cada vez mais dependente desta mesma tecnologia, como ocorre com a utilização de automóveis, transportes terrestres e aéreos, e computadores – sem os quais, tornou-se impossível viver.

Dessa forma, na medida em que as expectativas frustraram-se em nosso *projeto de modernidade*, a sociedade perdeu seu referencial de *verdade*, consolidando-se um imenso bloco de relativismo e incerteza. Mais se abala a possibilidade de referenciais de verdade quando o bombardeio midiático sob o qual se vive apresenta informações contraditórias sobre os mesmos assuntos. O breve exemplo da discussão sobre soja transgênica é ilustrativo. Há anos, o debate público acerca de ser adequada à saúde ou não domina espaços de mídia. Grandes especialistas afirmam o malefício; outros, tão doutos quanto, negam impactos na saúde humana. E todos, enquanto destinatários do bombardeio midiático e espectadores do debate público, leigos nos meandros da biogenética, ficam sem saber... o que comer! A perda dos horizontes, sensação de caos, incerteza e relatividade de todos os conceitos revelam a face, até então oculta, da modernidade racional.

Essa enorme decepção também possui consequências necessárias e ínsitas. A desconfiança e a descrença. A desconfiança é colocada sobre qualquer proposta de explicação racional ou que pretenda impor um padrão de como agir. A descrença, segundo Bauman, representa a condição pós-moderna que nos faz encarar o "demônio da improcedência da certeza". A consciência pós-moderna é a certeza da incerteza. Nas palavras de Bauman:

12. GIDDENS, Anthony. *As consequências*... cit., p. 17.
13. Idem, p. 18.
14. Idem, p. 19.

"(...) a condição humana é a de uma vida em risco, uma vida em que provavelmente nenhum passo será inequivocamente um passo no rumo certo, de modo que a incerteza sobre a correção ou propriedade de nossos empreendimentos jamais é eliminada, mesmo em retrospecto."[15]

Desse modo, na exata medida em que as expectativas criadas pelo projeto iluminista de modernidade foram frustradas, surgiram correntezas de desilusão, relativismo e niilismo, fluidas na consciência coletiva, líquidas na sociedade, mas inegáveis e irresistíveis (no sentido de que não se pode opor resistência). O desencanto e a desilusão representam bem a sociedade hodierna, sem horizontes e referências. A tudo, relativiza. Perde a confiança na objetividade da razão.

Essa colocação de dúvida sobre o conhecimento científico e racional, inevitavelmente, culmina por produzir uma coletiva sensação de liberdade e permissividade. A ansiedade pós-moderna pela total liberdade reflete a profunda ausência de um caminho seguro, de uma resposta inquestionável sobre o que é a *verdade*, sobre como a sociedade deve *progredir*, sobre qual o papel do conhecimento científico e se ele é, de fato uma forma de conhecimento ou apenas mais uma sofisticada *versão* dos fatos, tal qual a religião e a mitologia. As grandes narrativas propostas a partir do racionalismo cartesiano, materialistas, apoiadas na razão técnico-instrumental e no modo de vida industrializado, proposto na base moderna, derruem.

Noutro aspecto, ao mesmo tempo em que se agiganta a sensação de liberdade-permissividade (se Deus está morto, tudo é permitido, como afirmou Dostoievski), as infinitas possibilidades de escolha de conduta de vida colocam o homem-indivíduo diante da difícil necessidade de *escolha* do caminho. A ciência já não pode mais trazer conforto em nossas vidas no sentido de que a iremos ordenar e bem construir. Entretanto, o "poder tudo" é tão assustador ao homem quanto o "não poder nada". Afinal, trata-se de um "poder tudo" dado a quem não sabe para onde ir.

Muito reveladora, por outro lado, é a constatação de Giddens, para quem "não há nada de misterioso no surgimento do fundamentalismo no mundo moderno tardio".[16] O fundamentalismo é a substituição da necessidade de escolha, que, como afirmado, é uma experiência extremamente angustiante e de dúvida. O fundamentalismo livra o homem da aterradora necessidade de

15. BAUMAN, Zygmunt. *Em busca...* cit., p. 151.

16. GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK; GIDDENS; LASK. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1997. p. 109.

escolha individual de como viver, como decidir. Particularmente, quando se pensa em fundamentalismo religioso, a percepção de Giddens confirma-se em Baudrillard:

"Outras coisas estão emergindo: utopias retrospectivas, um ressurgimento de todas as formas passadas ou arcaicas, no que é, de certa forma, uma História retrospectiva ou necrospectiva. Pois o desaparecimento das vanguardas, aqueles emblemas da modernidade, não veio acompanhado do desaparecimento da retaguarda (...). Neste processo de retroversão geral (...) a retaguarda encontra-se agora em posição privilegiada."[17]

Fundamentalismos religiosos, por certo, são emblemáticos de um retorno ao grande enredo metafísico (retroversão) que, para alguns, aporta referenciais acerca da "verdade" de que os enredos da modernidade não mais dão conta.

Outro reflexo da ausência de uma resposta segura para "como viver" encontra-se no consumo. A mercadoria não é mais adquirida para satisfação de uma necessidade individual, mas sim, pelo "signo" e pelo "estilo de vida" que representa. Os objetos eclipsam os sujeitos; através dos objetos de consumo, as pessoas são socialmente estratificadas. Neste sentido, Baudrillard define que "o lugar do consumo: é a vida cotidiana. Esta não é apenas a soma dos factos e gestos diários, a dimensão da banalidade e da repetição: é um *sistema de interpretação*".[18] Acrescentemos: interpretação fornecida pelos objetos consumidos.

Não há mais a produção de mercadorias para satisfação de uma demanda, mas, sim, a produção de consumidores, pela mídia, que projetem no bem material todo seu sonho de estética, estilo de vida, classe social, e busca imaginária do prazer ligado a todas estsas esferas. O consumo, então, passou a ser o meio pelo qual se opera a colonização da classe mais favorecida sobre a menos favorecida. O bem material representa a estética, o estilo de vida e o prazer da outra classe. É a formação da sociedade de consumo irracional, mas instintivamente hedonista.

Através do consumo, o homem preenche a falta de norte deixada pela queda dos grandes enredos. Todavia, ressente-se daquilo que o texto deixou decantado: a falta de guias acerca do que é certo e errado, do que é verdadeiro ou não, a desreferencialização.

---

17. BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 55.
18. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 25.

3. CONCLUSÃO: O IMPACTO DA QUEDA DOS "GRANDES ENREDOS" NO TEMA DO ERRO DE PROIBIÇÃO

É o caso, agora, de abordar a primeira imagem projetada por Bauman, no exemplo do casal de franceses. A imagem, para o autor, explica bem que "rompemos com tudo aprendido, e vivemos tempos que o impronunciável tornou-se pronunciável".[19] A mulher atua num espaço de liberdade (de expressão, de opinião, de exposição). Porém, o que orienta o uso da liberdade? Trata-se de um uso desorientado: julgar o episódio é um exercício tormentoso. Revela exposição insuportável da intimidade do marido ou um justo espaço de independência feminina? A sinceridade é elogiável pelo que encerra de virtuosa, ou vai ao obsceno? A curiosidade desinteressada com que todos partilham da vida pessoal do casal serve ao quê ou a quem? A imagem, efetivamente, revela um espaço de liberdade ocupado para não se sabe o quê. Não se sabe, exatamente, pela falta de trilhos de valores, tábuas de comportamento social que possam revelar a adequação – ou não – do comportamento. Não há guias para julgar o episódio de modo unívoco.

Há imediata correlação da falta de guias de valor com o erro de proibição no horizonte do Direito Penal.

O erro de proibição (art. 21, CP), quando invencível, opera como exculpante, i.e., afasta a censurabilidade do agente praticante de um comportamento injusto jurídico-penal. Quando incide, evidencia falta do elemento da culpabilidade consistente na consciência potencial da ilicitude.

A consciência da ilicitude é pilar da culpabilidade. O agente é censurável por se tornar "devedor" diante da norma.[20] Isso ocorre quando o agente a viola, mesmo podendo segui-la. Para poder segui-la, é preciso poder compreendê-la. Daí os fundamentos da culpabilidade centrarem-se numa dúplice capacidade: primeiro, a capacidade de compreensão da norma; segundo, a capacidade de ação conforme a norma. Censurável é o agente que, podendo compreender a norma e, pois, segui-la, acaba por contrariá-la.

---

19. BAUMAN, Zygmunt. *Em busca...* cit., p.70.

20. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad o equivalente funcional de la peligrosidad? In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 13, assinala que, a princípio, "culpabilidade é uma expressão que denota a ideia de dívida (*schuld*, em alemão; dívida em castelhano admite o sentido de culpa), sempre está conectada a um dever ou norma, diante do que se a vincula ao retribucionismo (...)" (trad. livre).

A primeira capacidade – de compreensão da norma – é objeto de verificação, por parte do operador do Direito, por duas vezes, quando analisa a culpabilidade do agente: de início, verifica se a mente do sujeito ativo do injusto está estruturada para a compreensão de conjuntos de valores. Para tanto, deve ser madura e sã[21] e, a partir daí, dotada da capacidade de apreensão de normas em geral. Trata-se do elemento cognitivo da imputabilidade.

Porém, verificando que o agente é imputável, por possuir a capacidade *in genere* de compreensão de valores (elemento cognitivo) e, mais, o denominado elemento volitivo (capacidade de autodeterminação conforme valores, também fundada no binômio sanidade-maturidade mental), o operador do Direito, quando da análise da culpabilidade, deve verificar se *aquele dado valor concreto, desafiado pelo comportamento injusto, poderia ser alcançado pelo agente.* Agora, checa-se se o agente, dotado de mente hígida para compreender valores e segui-los, tinha como alcançar a compreensão de um dado valor concreto.

Note-se: não se exige que o agente conheça o valor; exige-se, sim, que ele *possa conhecê-lo.* Afinal, se tem como alcançar a compreensão do valor, pode-se dele exigir que o observe, de modo geral.[22] Daí falar-se de uma consciência da ilicitude apenas potencial, dispensando-se uma consciência atualizada.

Mais: consciência vem no sentido de compreensão, e não mero conhecimento do valor. Noutros termos: exige-se que o agente possa *internalizar o valor* embutido na norma, encampando-o em seu *modus vivendi.* Isto transcende o mero conhecimento do valor, daí vindo a alusão de Zaffaroni no senso de que compreender é mais do que conhecer.

Nessa toada, a consciência da ilicitude apresenta-se como elemento dogmático exigido em potência para a configuração do crime; de outro lado, implica em compreensibilidade do valor. Pontuados estes aspectos, impõe-se apresentar o critério empregado pelo operador do Direito para verificar se o sujeito ativo do injusto tem potencial consciência da ilicitude.

De modo geral, não se trabalha com critérios fundamentados de maneira técnico-jurídica. Não se exige um conhecimento formal do texto da lei ou um

21. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, p. 351.

22. As exculpantes do art. 22 do CP, bem como aquelas construídas de modo supralegal, como o estado de necessidade exculpante ou o excesso em legítima defesa por perturbação, medo, susto, fundadas na exigibilidade de conduta conforme o direito, como princípio reitor da análise da culpabilidade, são situações que afastam a censura do agente, mesmo que tenha como compreender a norma e, mais, efetivamente a compreenda.

critério material, em que se verifique a possibilidade de compreensão, por parte do agente, acerca do bem jurídico violado. Ambos seriam excessivos, comprometendo as funções de prevenção geral do Direito Penal. De fato, exigir-se compreensão de que se viola um dado artigo de lei levaria o Direito Penal a ser destinado, exclusivamente, a bacharéis (e nem todos, considerada a profusão legislativa de normas incriminadoras). Não longe desta consequência estaria um Direito Penal que exigente de que o agente pudesse compreender que viola um bem jurídico (critério material): afinal, se há tutela penal de bens de fácil percepção (é simples perceber-se a violação da vida, no homicídio, ou do patrimônio, no furto), também há proteção de bens com contornos sofisticados. Exigir-se do leigo a percepção de que viola a fé pública, no *falsum*, ou a incolumidade pública (cujo conceito nem os juristas uniformizam), no porte ilegal de arma, certamente compromete o Direito Penal enquanto sistema de controle social.

O critério empregado para verificar a potencial consciência da ilicitude (e, por conseguinte, a ocorrência de erro de proibição invencível, excludente daquela) é a valoração paralela (à técnico-jurídica) na esfera do profano (leigo).[23] Noutros termos: verifica-se se o sujeito ativo do injusto, na sua condição leiga ou profana (como antípoda de uma compreensão técnico-jurídica "sacralizada" ou "sagrada") tem como compreender o valor que violou. Não se checa a compreensibilidade do valor de modo técnico, mas sim de maneira leiga. O agente, na sua visão de mundo, informada pelos mais variados elementos, teria como compreender o valor violado pelo comportamento? Entram em consideração, a título de exemplo, a escolaridade do agente, sua formação religiosa, o ambiente em que vive (inclusive se, sobre sua formação, atuam subculturas), a eventual condição de estrangeiro, barreiras de linguagem, o tempo de contato com o universo social cujo valor violou, a existência pretérita de orientações por parte de maus profissionais, a possibilidade de acessar estas orientações, etc.

Esse conjunto de elementos – a rigor – forma um caldo cultural dentro do qual é possível ao agente perceber e internalizar o que o universo social em que vive considera correto ou não. É comum se afirmar, então, que quando se vive em sociedade, há um automático exercício de percepção acerca do que se

23. Nesse sentido, v.g., BITENCOURT, *Tratado de direito penal...* cit., p. 371, reportando a consciência potencial profana do injusto; também ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1, p. 533. Este critério orienta, ainda, a verificação da cognição do agente acerca de elementos normativos do tipo.

tolera ou não. Assim – como passo inicial para desenhar o critério da valoração leiga da ilicitude – vale a máxima segundo a qual não se faz aos outros aquilo que não gostaria que fizessem a si mesmo.[24] A máxima fornece parâmetro adequado para diagnosticar se o agente possuía potencial consciência da ilicitude, de maneira leiga ou profana, dentro de uma dada sociedade na qual se pode compreender o certo e o errado "juntamente com o ar que respira", pontuava Binding,[25] no século XIX.

Todavia, a pós-modernidade registra a derrocada dos grandes enredos de interpretação do mundo. Nesta senda, justamente o que caracteriza a sociedade ocidental atual é a falta de orientação de valores, a dissolução de grandes tábuas de valores pelas quais se orientar. Novamente, com Bauman:

"Hoje, enfim, eis-nos 'de pé e enfrentando o caos'. Coisa que nunca fizemos antes. O confronto com o caos seria já por si bastante perturbante e doloroso. Mas a novidade do facto – a completa ausência de precedentes que nos sirvam de pontos de referência, que nos tranquilizem e nos guiem – torna a situação completamente desconcertante. As águas em que navegamos não são apenas profundas, mas também sem mapa.

(...) não se descobriram nem é provável que se descubram fundamentos no ser, e os esforços destinados a estabelecê-los não foram bem-sucedidos nem é provável que venham a sê-lo. A moral não tem causa nem razão; nem a necessidade de sermos morais nem o sentido de o sermos podem ser demonstrados ou logicamente deduzidos. Por isso, a moral é tão contingente como o restante do ser: sem fundamentos éticos. (...)

Uma coisa é considerarmos que ainda não descobrimos os fundamentos éticos ou que estes estão ainda por construir, e outra muito diferente considerarmos que não há fundamentos éticos"(*sic*).[26]

---

24. Essa teoria egotista, apresentada por Binding, tem registro na obra de TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 259.

25. Idem, ibidem. Evidente que este é um critério inicial para aquilatar a consciência profana. Afinal, crimes mais sofisticados, mesmo sem a crise da modernidade, não teriam percepção valorativa por parte dos leigos simples como o gesto de respirar. Daí a necessidade de critérios complementares, como o dever de informar-se, incumbido àqueles que exercem atividades regulamentadas. Neste sentido, o próprio TOLEDO. Op. cit., p. 239 e ss.

26. BAUMAN, Zygmunt. *A vida fragmentada – Ensaios sobre a moral pós-moderna*. Lisboa: Relógio D'Água, 2007. p. 28-29.

De fato, em universo social no qual se constata a inexistência de fundamentos éticos para forjar tábuas de valor, fragiliza-se grandemente a ideia de que o leigo perceba a ilicitude de eventuais comportamentos que pratique com a naturalidade do ar que respira.

A valoração paralela do comportamento, enquanto desvalioso, na esfera leiga ou profana do agente, vai sofrendo adições de dificuldade à medida que o Direito Penal investe sobre novas realidades. Afinal, se a percepção de valores outrora sólidos se esmaece, com mais razão este efeito se opera em relação a novos valores encampados por normas penais.

Sobretudo através do Direito Penal econômico e do Direito Penal ambiental, moldam-se novos campos de atuação jurídico-penal com marcadas peculiaridades. Reconhecem-se novos bens jurídicos (veja-se, v.g., a proteção penal da capacidade reprodutora de plantas, como interesse imediato na norma tutora do ambiente constante do art. 28 da Lei 11.105/2005, ao proibir "utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição de uso"), tutelados, eminentemente, mediante tipos penais de perigo abstrato.[27]

Esses setores do Direito Penal intervêm em novas realidades a partir de uma criação artificiosa do valor a ser protegido, que não coincide com bandeiras coletivas de vida ou tábuas coletivas de valor, pela exata razão de que estas bandeiras ou tábuas caíram. Desta maneira, ao invés de o Direito Penal recolher valores que o universo social pretende sejam protegidos, apresenta-se antes como um ramo do Direito que cria o valor a ser protegido e o impõe ao universo social, sem que se reconheça de maneira cristalina a própria existência da demanda social de tutela.

Ao modo de exemplo: a tradicional proteção da vida, através do tipo penal de homicídio, coincide com tábuas sociais de comportamento (e, sem quebra

27. A categoria dos crimes de perigo abstrato, por muitos contestada, legitima-se desde que esteja fundada em presunção de perigo apoiada, *ex ante factum*, em patamares estatísticos que correlacionem o comportamento ao risco de resultado, consolidados cientificamente na área da vida regida pela norma. Porém, indo além dos limites do crime de perigo abstrato, há a tentação atual de se importar, indevidamente, do Direito Ambiental para o Penal, o princípio da precaução. Este princípio prega a vedação do comportamento quando, de antemão, há dúvida sobre ser potencial causador de risco ou não. Ora, esta é a própria negação da ideia de lesividade. O princípio da precaução é comandado pela dúvida científica acerca da segurança que o comportamento oferece; isso difere de ter-se certeza científica de que o comportamento gera risco. Só a certeza de que o comportamento potencializa risco, ainda que *ex ante factum*, a partir de regras de experiência científica, satisfaz – no limite mínimo – o conteúdo material de injusto constituído pela lesividade ao bem jurídico.

do princípio da secularização, casa-se inclusive com cargas de valor arraigadas no próprio discurso religioso metafísico, com raiz judaico-cristã ou não). Trata-se de uma demanda social de proteção cristalinamente apresentada ao Direito Penal, que a reconhece. A partir daí, recolhe, no seu universo normativo, a materialização da proteção da vida.

Compare-se, agora, a tutela penal da vida com a preservação do ambiente através da incriminação do comportamento de "comercializar motosserra (...) sem licença ou registro da autoridade competente" (art. 51, Lei 9.605/1998). Imediatamente, o legislador percebe como valiosa a manutenção da higidez da fiscalização estatal do comércio de motosserras. Com isto, mediatamente, visa a preservar o ambiente. É duvidoso que o controle administrativo da venda de motosserras venha à mente do leigo como valor a ser preservado pelo Direito Penal, enquanto tutor do meio ambiente. Até porque o tipo encerra emblemática demonstração do fenômeno da administrativização do Direito Penal (um Direito Penal que subverte seu papel de *ultima ratio* para servir como braço forte de um direito administrativo operado pelo Estado enquanto agência debilitada de poder).

Não coincide com nenhum quadro de valores encontradiços às fartas, no seio social, a percepção legislativa de que motosserras devam ser licenciadas, não obstante a midiatização das questões ambientais e o desenvolvimento de discursos preservacionistas recorrentes. Ao passo em que a percepção leiga da ilicitude de violar a vida mostra-se simples, a percepção da ilicitude de comerciar motosserra sem licença escapa ao senso vulgar e não coincide com tábuas de valor regentes do cotidiano. Até porque, tais tábuas se desfizeram.

Enfim, nossos tempos revelam-se no fantástico verso do poeta inglês T. S. Elliot:

"Nós somos os homens ocos; Os homens empalhados; Uns nos outros amparados; O elmo cheio de nada. Ai de nós! Nossas vozes dessecadas; Quando juntos sussurramos; São quietas e inexpressivas; Como o vento na relva seca; Ou pés de ratos sobre cacos; Em nossa adega evaporada; Fôrma sem forma, sombra sem cor; Força paralisada, gesto sem vigor (...)."

Nos homens ocos, a consciência da ilicitude resvala, escapa. E facilita a profecia de que o instituto do erro de proibição ganha cada vez mais espaço de evocação, como exculpante, nas ações penais. Tanto mais quando retrata o transporte, para o Direito Penal, de que as mentes humanas figuram como elmos vazios, desorientadas que estão.

4. BIBLIOGRAFIA

BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

_____. *A sociedade de consumo.* Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *A vida fragmentada – Ensaios sobre a moral pós-moderna.* Lisboa: Relógio D'Água, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

DESCARTES, René. Discurso do método. In: _____. *Obra escolhida.* São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* São Paulo: Unesp, 1991.

_____. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK; GIDDENS; LASK. *Modernização reflexiva.* São Paulo: Unesp, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Modernidade: um projeto inacabado.* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1986.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As origens do iluminismo.* São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad o equivalente funcional de la peligrosidad? In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro.* 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1.

54032

3

La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España

Desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

Hector Olasolo

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. LLM Universidad de Columbia. Profesor de Derecho Penal Internacional y Procesal Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht. Director del Clinical Programme on Conflict, Human Rights and International Justice of Utrecht Law Faculty. Legal Officer en las Salas de la CPI (2004-2009). Miembro de la Legal Advisory and Appeals Sections of the ICTY Office of the Prosecutor (2002-2004). Miembro de la Delegación española en la Comisión preparatoria del ICC (1999-2002).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo analisa o papel fundamental do conceito de autoria mediata na atualidade em relação à definição da responsabilidade penal de altos líderes políticos e comandantes militares que utilizam a organização que controlam para a prática de crimes internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade penal - Co-autoria - Autoria mediata - Líderes políticos - Comandantes militares.

ABSTRACT: This paper analyzes the fundamental role of the concept of mediate authorship in relation to the definition of liability for high political leaders and military commanders, who use the organizations they control for the practice of international crimes.

KEYWORDS: Liability - Co-authorship - Mediate authorship - Political leaders - Military commanders

SUMARIO: 1. Introducción - 2. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por la Jurisprudencia de los tribunales de justicia en Latinoamérica y España: 2.1 Argentina; 2.2 Chile; 2.3 Colombia; 2.4 Perú; 2.5 España; 2.6 Uruguay - 3. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El 09.12.1985, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento en la Capital Federal de Buenos Aires*, pronunció la sentencia[1] en el denominado "Juicio a las Juntas". En ella se condenó a los comandantes de las tres Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar gobernante en Argentina desde el año 1976 hasta 1983 (cada Junta estaba compuesta por los Comandantes generales, del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea). Aunque ninguno de los integrantes de estas tres Juntas Militares, había perpetrado materialmente secuestros, torturas ni homicidio alguno, la Cámara Federal los encontró responsables penalmente como autores mediatos por los crímenes que habían cometido los miembros de las fuerzas militares que ellos comandaban. Esta sentencia fue la primera decisión judicial en la que se aplicó la tesis desarrollada por Claus Roxin en el año 1963 acerca de la autoría mediata por aparatos organizados de poder.

1. Fallos de la Corte Suprema, vol. 29, I-II, p. 36-1657. El texto de este fallo y el de la Corte Suprema argentina referido en la siguiente nota puede verse en: www.derechos.org/nizkor/arg/causa13. Para un informe y traducción completa del fallo al inglés, véase American Society of International Law, (1987) 26 *International Legal Materials* 2. La nota introductoria y la traducción al inglés fueron preparadas para International Legal Materials por E. Dahl, Profesor Visitante de Derecho, Southern Methodist University School of Law, y AM Garro, Profesor de Derecho, en la Columbia University.

Luego del Juicio a las Juntas, en numerosos casos, tanto a nivel nacional como internacional, se ha aplicado el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, incluyendo, entre otros, el *caso de los Tiradores en el Muro de Berlin*, varios hechos relativos a crímenes cometidos durante el período del régimen militar argentino de 1976-1983, el caso contra el general *Manuel Contreras* en Chile, el juicio contra el ex senador nacional *Alvaro Alfonso García Romero* en Colombia, en Perú el caso contra el líder del ex Sendero Luminoso *Abimael Guzmán* y el ex presidente *Alberto Fujimori*, así como los casos contra *Milomir Stakić*, *Radoslav Brđanin*, *Momcilo Krajišnik*, *Milan Martić* y *Fatmir Limaj y otros* celebrados ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el caso contra *Protais Zigiranyirazo* ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ("TPIR") y los casos contra *Jean Pierre Bemba*, *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo Chui*, *Omar Al Bashir* y *Abu Garda* ante la Corte Penal Internacional ("CPI").

Dada la creciente aplicación por los Tribunales de Justicia (en particular en los últimos diez años) del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, analizaremos en el presente artículo cómo la jurisprudencia en Argentina, Chile, Colombia, Perú, España y Uruguay ha recurrido a este concepto para fundar la condena de los líderes políticos y comandantes militares de alto rango como autores por los crímenes cometidos por miembros subordinados de sus organizaciones.[2]

2. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER POR LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA

El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la época de su primera exposición en 1963 por Claus Roxin, encontró en principio cierta renuencia por los tribunales de justicia en América Latina y España, principalmente debido a tres razones. En primer lugar, la ausencia de una referencia específica a la idea de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en aquellos pocos Códigos Penales nacionales que expresamente preveían el concepto general de autoría mediata.

2. Para un exhaustivo análisis del origen y aplicación de esta noción en Derecho penal internacional, véase H. Olasolo. *The criminal responsability of political and military leaders as principals to international crimes*. Londres: Hart Publishers, 2009. Capítulos 3 y 5 (de ahora en adelante citado como Olasolo Criminal Responsability).

En segundo lugar, la extendida creencia de que el ámbito de aplicación de esta especie de responsabilidad por autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, se limitaba a supuestos en que los superiores utilizaban a agentes inocentes que carecían de completa responsabilidad criminal en la perpetración de los crímenes.[3] En ese sentido, en los casos de crímenes materialmente perpetrados por subordinados en cumplimiento de órdenes impartidas por sus superiores en el contexto de estructuras organizadas de poder, los subordinados no son meros agentes inocentes, sino plenamente responsables criminalmente por su decisión libre de cometer los crímenes. Para esta postura, por tanto, la responsabilidad criminal de los superiores que imparten la orden de cometer los crímenes no podría equivaler a la ejecución misma pues carecen del dominio sobre esos crímenes (los superiores no pueden nunca estar seguros sobre si sus decisiones serán realmente cumplidas por sus subordinados). Como consecuencia, de acuerdo con el enfoque tradicional de la jurisprudencia latinoamericana y española, en el contexto descrito por Roxin debía ser aplicada una clase de responsabilidad diferente a la autoría –utilizándose usualmente la instigación o inducción debido a que los superiores que dan las órdenes, una vez que han convencido a sus subordinados de cometer los crímenes, no tienen ninguna participación más durante la ejecución.

---

3. Por ejemplo, casos en los que los ejecutores directos actúan bajo error sobre las circunstancias fácticas que afecta un elemento del tipo objetivo (*actus reus*) en que el delito está basado, o sobre una causa de justificación como resultado de haber sido inducido por sus superiores (v.g., un comandante militar da la orden a sus subordinados para que bombardeen un pueblo o aldea indefenso dándole instrucciones erróneas sobre la ubicación de la artillería enemiga en esa área). También se da este tipo de autoría mediata cuando las acciones de los ejecutores directos están justificadas por necesidad debido al daño que ellos evitan al llevar a cabo órdenes ilegales dadas por sus superiores que es mas grave que el daño infligido como resultado de no cumplir esas ordenes. Véase los múltiples casos de aplicación del concepto de autoría mediata en esta clase de situaciones referidas por H. Olasolo; A. I. Pérez Cepeda. The notion of control over the crime and its application by the ICTY in the Staki Case, en 475 *International Criminal Law Review* 4, 2004, 485 (de aquí en adelante citado como Olasolo/Pérez Cepeda); Sin embargo, cuando la persona que físicamente llevó a cabo el tipo objetivo (*actus reus*) del delito actuó bajo una *vis absoluta* (v.g., alguien es empujado por su superior contra el enviado especial del enemigo que está parado a su lado en las vías del tren cuando éste está acercándose; y, como resultado, el enviado especial del enemigo cae en las vías del ferrocarril y recibe una herida mortal por el choque del tren), no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata debido a que el superior es considerado autor directo que utilizó a su subordinado como podría haber utilizado cualquier herramienta no humana, como un martillo o una pistola.

En tercer lugar, la circunstancia de que la aplicación del concepto de autoría mediata no cambia la gravedad de la pena a ser impuesta a superiores debido a que en la mayoría de los Códigos Penales latinoamericanos (como Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el Código Penal español, se prevé el mismo marco penal tanto para las diferentes modalidades de participación como la inducción y la *complicidad necesaria* (asistencia material sin la cual el crimen no podría haberse perpetrado) como para las distintas formas de autoría.

Sin embargo, con el paso del tiempo, los Tribunales de Justicia en América Latina y España, cada con mayor frecuencia se han dado cuenta de que el planteamiento tradicional no reflejaba adecuadamente la naturaleza de la contribución del superior a los crímenes (planeando y dominando los medios a través de los cuales la actividad criminal es llevada a cabo) porque los relega a un rol secundario que no se corresponde con su real envergadura. Como consecuencia, en los últimos 10 años, ha surgido la discusión de si la responsabilidad criminal de las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la maquinaria estatal podría ser abarcada mas adecuadamente por las figuras jurídicas de la autoría y concretamente como autoría mediata por el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas o como una coautoría basada en el dominio funcional del hecho –según esta última figura jurídica, cuando una pluralidad de personas participan en la comisión de un delito en base a una división de tareas para la ejecución de un plan común, esas personas comparten el dominio sobre su comisión como resultado de las funciones esenciales a ellos asignadas (de no cumplirse con esa función, el plan fracasaría) se consideran coautores (autores del delito).[4]

Además, dado que el concepto de autoría mediata se basa en el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados en virtud del control de la organización, mientras que el concepto de coautoría requiere un dominio compartido entre los superiores y los subordinados, ha surgido también el problema de cuál de estas dos figuras jurídicas debe ser aplicada a las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la organización, que

4. Véase al respecto la Decisión de Confirmación de los Cargos, ICC-01/04-01/06, Sala de Cuestiones Preliminares I, Enero 29 2007, párr. 342, 347 (de aquí en más *Caso Lubanga* Decisión de Confirmación de los Cargos); *Caso Katanga y Ngudjolo*, Decisión de Confirmación de los Cargos, ICC-01/04-01/07-717, Sala de Cuestiones Preliminares I, Septiembre 30 2008, párr. 515-525 (de aquí en mas *Caso Katanga y Ngudjolo* Decisión de Confirmación de los Cargos).

planearon campañas sistemáticas y extendidas de criminalidad e impartieron órdenes a sus inferiores para su ejecución.

Los partidarios de la tesis de la autoría mediata ponen de relieve que cuando los crímenes son cometidos a través de aparatos organizados de poder, los superiores e inferiores en verdad no conciertan ningún plan común, ni comparten el dominio en la ejecución de los delitos debido a que la organización posee su propia autonomía y los subordinados meramente ejecutan o implementan automáticamente las órdenes de sus superiores.[5] En cambio, los partidarios de la tesis de la coautoría enfatizan que los superiores no ejercen en verdad un completo dominio sobre la perpetración de los delitos debido a que la decisión final sobre la comisión descansa siempre en aquellos subordinados que libremente y con conocimiento optan por unirse al plan de sus superiores mediante el cumplimiento de sus órdenes. Como consecuencia, los superiores comparten con sus subordinados el dominio sobre la ejecución de los delitos, particularmente cuando su participación continúa durante la implementación de las órdenes criminales.[6]

Como se verá en esta sección, la doctrina latinoamericana y española se mantienen divididas en este tema.

2.1 Argentina

Como mencionábamos en la introducción, la sentencia del 09.12.1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento la Capital Federal Buenos Aires, condenatoria de los miembros de las Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar argentina de 1976 a 1983, marcó un hito en tanto aplicó por primera vez el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. De acuerdo con la Cámara Federal de Buenos Aires, a partir del derrocamiento de las autoridades constitucionales y la toma del poder en 1976, las Juntas Militares concibieron e implementaron una estrategia global[7] con el objetivo de luchar contra la subversión mediante

5. Véanse los autores citados por Olasolo; Pérez Cepeda, nota 6, p. 485-486.

6. Idem, p. 494 y ss.

7. La sentencia destaca que los comandantes militares condenados impartieron instrucciones generales exigiendo medidas extraordinarias para ser utilizadas no sólo contra terroristas sino contra "elementos subversivos" en general. Véase por ejemplo, Dir 504/77 emitida en abril de 1977 por el General Roberto Eduardo Viola, por entonces Jefe del Estado Mayor y luego Comandante en Jefe del Ejército (que cogobernaba el país), relativa al frente industrial de la campaña antisubversiva, La Prensa,

el establecimiento de una compleja red de centros de detención clandestina, donde los secuestrados fueron sometidos a interrogatorio y tortura.[8] El país estaba dividido en numerosas zonas militares, dentro de las cuales los jefes regionales recibieron completa autonomía sobre las operaciones clandestinas. Dentro de cada zona, los oficiales intermedios en la cadena de mando de las tres fuerzas armadas cooperaban en el secuestro de subversivos sospechosos. En el punto más álgido de la campaña contra la subversión, la Corte Suprema, cuyos miembros habían sido designados por los militares en el poder, repetidamente instó a los comandantes militares a esclarecer el destino de las personas desaparecidas en una acción colectiva de 400 peticiones de *habeas corpus*. A pesar de los muchos civiles que habían sido secuestrados, torturados y/o asesinados (de acuerdo a fuentes oficiales, hubo en total alrededor de 18.000 víctimas, y según otras fuentes, 30.000), ninguna persona fue procesada penalmente de modo satisfactorio ni por los Tribunales de justicia militares, ni por

---

23.07.1984, p. 5. Los crímenes en cuestión no eran, por tanto, resultado de decisiones erráticas, solitarias e individuales de aquéllos que las llevaron a cabo; sino antes bien, formaban parte de una estrategia global planeada por las Juntas Militares con el fin de luchar contra la subversión. Esta estrategia fue llevada a cabo a través de todo un complejo grupo de elementos (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimento, etc.) que contribuyó para el éxito de cada operación militar. En este sentido, es importante señalar que la Cámara Federal de Buenos Aires rechazó el argumento de la defensa relativo a que los crímenes fueron acciones cometidas porque los subordinados se excedieron en su función militar individual, por lo que sus superiores no podían ser responsables de esos excesos. Sin embargo, la Cámara Federal destaca que el modelo sostenido de secuestro, tortura y homicidio no podía ser explicado como la conducta de unos pocos oficiales trastornados. Muchos de los secuestros fueron llevados a cabo luego de haberse ordenado a la policía de la zona no interferir, y ese cometido habría sido imposible si no hubiera habido un sistema establecido de impunidad.

8. La Cámara Federal de Buenos Aires consideró que la intervención de los comandantes de las tres Juntas Militares desde el más alto rango de la maquinaria de poder no se limitó a ordenar la realización de actividades ilegales. Ellos contribuyeron también activamente a la comisión de los crímenes. Como la Cámara Federal señaló, los centros de detención tenían que ser financiados y proveídos de personal central, y era imposible para los comandantes militares no haber tenido conocimiento de su existencia y actividades. Los ejecutores materiales de los crímenes no habrían podido cometerlos a menos que contaran con los medios indispensables. Esos medios fueron suministrados a los ejecutores por orden de los comandantes militares condenados: vestimenta, vehículos, combustible, armas y municiones, centros de detención, alimentos, etc., constituían elementos indispensables.

los civiles. El Gobierno militar de ese entonces negó constantemente que esos crímenes hubieran tenido nunca lugar.[9]

A la vista de estas circunstancias, la Cámara Federal de Buenos Aires en la sentencia en la que se ocupó por primera vez e estos hechos, una vez terminada la Dictadura, afirmó que la determinación de quién realmente había perpetrado los delitos, no era lo mas importante. En efecto, de acuerdo con esta sentencia, los ejecutores materiales no conformaban en verdad cuadros tan significativos, dado que éstos cumplieron un rol secundario en la perpetración de los crímenes, puesto que el sujeto de detrás que controlaba el sistema, dominaba la voluntad de esos hombres que eran parte de la organización. Como el dominio de los comandantes militares condenados en esta sentencia era absoluto –incluso si un subordinado se rehusaba a obedecer, era reemplazado automáticamente por otro que cumpliera con las directivas–, el plan concebido por los comandantes militares condenados no podría haber fracasado por la voluntad de los ejecutores materiales del delito, quienes simplemente cumplían una función menor dentro de una maquinaria gigantesca. Además, dado que los comandantes militares de las tres Juntas siempre conservaron el poder decisorio de detener la ejecución de los crímenes que estaban siendo cometidos; sólo cuando lo estimaron necesario, interrumpieron repentinamente las operaciones irregulares y anunciaron a la población que "la guerra

9. Además, según la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, los comandantes militares condenados no sólo dirigían la maquinaria de personas y bienes que posibilitaban la comisión de delitos, sino también las fuerzas de seguridad, que estaban a cargo de la prevención de delitos. Se habían instalado, mediante actos de fuerza, como la única fuente de poder en la República, de modo que no había ninguna otra autoridad competente para ejercer un control efectivo sobre lo que estaba sucediendo. Como resultado, la impunidad fue otra circunstancia que hizo que los planes ilegales fueran posibles y que sólo los comandantes militares condenados podían asegurar. En este sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires concluyó en que mientras el sistema criminal fue implementado, la sociedad se hallaba gobernada por el ordenamiento jurídico y legal tradicional. La Constitución (con las limitaciones impuestas por el gobierno *de facto*) seguía vigente, la policía continuó arrestando a delincuentes y los jueces dictando sentencias. Semejante sistema legal era incompatible con el que se aplicaba para luchar contra la guerrilla. La sorprendente coexistencia de un sistema legal y otro paralegal durante tan prolongado período de tiempo sólo fue posible con la presencia de los comandantes militares condenados en la cima de su poder. Desde allí se intentó esconder los hechos mediante mentiras a los jueces, los familiares de víctimas, a organizaciones nacionales y extranjeras, y a gobiernos extranjeros, realizando falsas investigaciones, asegurando engañosas esperanzas y dando explicaciones infantiles.

había terminado". A partir de ese momento, se suspendieron los secuestros, las desapariciones o las torturas. Para la Cámara Federal, éste era un caso donde el instrumento operado por el hombre de detrás era la organización misma, que éste manipulaba a su discreción, una organización compuesta por hombres intercambiables. Luego, el dominio no era tanto sobre la voluntad específica sino sobre una voluntad indeterminada.[10] Sin importar quién resultara ser el oficial subordinado, los actos criminales hubieran tenido lugar de todos modos.

La sentencia de la Cámara Federal que aplicó la tesis de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en el Juicio a las Juntas, fue, sin embargo, revocada por la Corte Suprema de Justicia argentina, en una decisión dividida dictada el 20.12.1986.[11] De acuerdo con el voto mayoritario, en virtud de la circunstancia de que los miembros de las Juntas Militares no intervinieron en la ejecución de los crímenes, el punto de partida en el análisis de la intervención delictiva debió haber sido la concepción de la autoría que en aquél momento era mantenida por la jurisprudencia argentina. Esta concepción era el enfoque de la teoría formal objetiva, según la cual los autores de un delito son sólo aquellos sujetos que físicamente realizan los elementos objetivos del delito.

10. Como expresó la Cámara Federal, la falta de conocimiento de los comandantes militares condenados acerca de la existencia de cada acto criminal en particular y sobre las identidades de las víctimas no resulta relevante a los fines de determinar su responsabilidad criminal. Las órdenes referidas en general a todas las "personas subversivas", dio a los subordinados una amplia libertad parea determinar quién caía en esa categoría y para actuar consecuentemente.

11. Sentencia del 20.12.1986 de la Corte Suprema de Justicia argentina, p. 1701 y ss. Las razones que llevaron a la Corte Suprema a rechazar la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la sentencia del 09.12.1985 de la Cámara Federal se encuentran desarrolladas en la sección de los Argumentos Legales, párrafos 20 y ss.

    La misma opinión es sostenida por C. Nino. *Juicio al mal absoluto*. Ariel, 2006. p. 241. Para este autor, la figura jurídica de la coautoría hubiera bastado para afirmar la responsabilidad por los crímenes de los comandantes militares de las tres Juntas Militares consecutivas que gobernaron Argentina desde 1976 a 1983. Sin embargo, dos magistrados de la Corte Suprema (los jueces Petracchi y Bacqué) expresaron su opinión por separado a favor de la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Para ello, los jueces Petracchi y Bacqué se remitieron al art. 514 del Código de Justicia Militar argentino, que establece la responsabilidad criminal de los comandantes militares por los crímenes cometidos por sus subordinados en cumplimiento de las órdenes por ellos impartidas, sin perjuicio de la responsabilidad de los subordinados.

Desde el punto de vista del voto mayoritario de esta sentencia, de acuerdo con la teoría formal objetiva la conclusión a la que había que llegar era que aquellos sujetos que elaboran el plan, preparan, dirigen, organizan, instigan o, de cualquier otra forma, contribuyen a la comisión del delito sin tomar parte físicamente en su ejecución no pueden ser considerados autores. Por otra parte, se resaltó en ese voto que esa conclusión acerca de la intervención delictiva no significaba ni falta de responsabilidad criminal de los mencionados sujetos, ni imposición de una pena menor, puesto que el art. 45 del Código Penal argentino, similar en esto a otros Códigos Penales latinoamericanos y al español, preveía la misma sanción penal para autores, instigadores y cómplices necesarios. Como resultado, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, por voto de la mayoría, revocó la sentencia de la Cámara Federal que juzgó a los nueve comandantes de las Juntas Militares argentinas como autores mediatos; y en su lugar los condenó como cómplices necesarios,[12] lo que no tuvo incidencia en el monto total de la pena que se les impuso, ya que esta figura es castigada con la misma pena que la autoría propiamente dicha.

Luego del Juicio a las Juntas, la jurisprudencia argentina ha ido abandonando progresivamente la teoría formal objetiva para definir la autoría penal responsable, y ha adoptado la teoría basada en el dominio del hecho.[13] En este nuevo contexto, y en particular desde la sentencia del 18.05.2007 en el caso *Etchecolatz* de la Corte Suprema de Justicia argentina (que confirmó la sentencia del Tribunal Oral Federal de La Plata, de septiembre 2006) los tribunales de justicia argentinos han aplicado nuevamente la concepción de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para fundar la condena de funcionarios militares que integraban los más altos eslabones del Ejército Argentino entre 1976 y 1983.[14]

---

12. El art. 45 del CP argentino establece: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

13. Véase E. Malarino. El caso Argentino. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Temis: K. Ambos, 2008. p. 59 y ss.

14. Véase, entre otros, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso *Von Wernich* del 01.11.2007, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal n. 1 de Córdoba del 24.07.2008 en el caso contra *Menéndez Luciano Benjamín, Rodriguez Hermes Oscar y otros*, y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 04.09.2008 en el caso *Senador Vargas Aignasse*. En esta última, la misma pena (prisión perpetua) fue impuesta a los dos acusados quienes, no obstante su rango subordinado de los comandantes militares miembros de las tres Juntas Militares ar-

Un buen ejemplo de esta nueva tendencia es la sentencia del Tribunal Oral Federal n. 1 de Córdoba del 24.07.2008, en donde *Luciano Benjamín Menéndez* (ex Jefe Comandante del Tercer Cuerpo del Ejército desde 1975 a 1979), *Hermes Oscar Rodriguez* (ex Jefe del Batallón de Inteligencia n. 14 que operaba bajo el comando de *Menéndez*) y seis ejecutores materiales (incluyendo el ex Jefe del Grupo Especial de Operaciones PO3, que estaba bajo las órdenes directas del *Rodríguez*, y cinco de sus subordinados) fueron condenados por secuestro, tortura y homicidio de numerosos civiles en cumplimiento de la campaña anti-subversión lanzada por las Juntas Militares argentinas en 1976. Según el Tribunal Oral Federal de Córdoba, la implementación de la campaña global anti-subversión se caracterizó por la amplia discreción de que gozaban los Comandantes de Operaciones Zonales (como *Menéndez*) para organizar la represión en los territorios bajo su comando, así como a los Comandantes subordinados de Operaciones Zonales (como *Rodríguez*, y los otros seis acusados) para identificar a las víctimas. No obstante todos los acusados cumplieron un rol en la implementación de la campaña, *Menéndez* y *Rodríguez* contribuyeron a la comisión de los crímenes de una forma sustancialmente diferente a los otros seis acusados. Mientras *Menéndez* y *Rodríguez* aseguraron un control estricto sobre las unidades bajo su mando, dieron órdenes e instrucciones para implementar la campaña anti-subversión dentro de su esfera de autoridad, crearon las condiciones necesarias para la ejecución efectiva de esas órdenes, y supervisaron los resultados de la actividad de sus subordinados, los otros seis acusados identificaron conjuntamente a las víctimas y detuvieron, torturaron y asesinaron en cumplimiento de las órdenes impartidas por *Menéndez* y *Rodríguez*. En consecuencia, *Menéndez* y *Rodríguez* fueron condenados como coautores mediatos, y los otros seis acusados fueron condenados como coautores directos de los crímenes cometidos.

---

gentinas, fueron considerados parte de los mas altos eslabones del Ejército argentino, entendido como una estructura organizada de poder. El Tribunal Oral Federal de Tucumán juzgó que los dos acusados utilizaron su poder para ordenar el registro ilegal en la residencia del Senador Vargas Aignasse, quien, según ellos, se creía que pertenecía a un grupo subversivo conocido como "Montoneros". El Senador Vargas Aignasse fue detenido en su domicilio delante de su esposa e hijos y llevado por la fuerza a un centro militar de detención donde fue torturado. Posteriormente fue víctima de desaparición forzada. Sus captores inventaron el pretexto de que había sido secuestrado por un grupo desconocido mientras era transferido a otro centro militar. Véase el comentario a la sentencia del 04.09.2008 del Tribunal Oral Federal de Tucumán por, en *Anuario de Derechos Humanos* 114, 2008.

Sin embargo, la tendencia creciente en la jurisprudencia argentina hacia la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, no ha sido invariablemente seguida. Por ejemplo, la sentencia del 12.08.2009 del Tribunal Oral Federal de San Martín en el caso *Floreal Avellaneda* aplicó la figura jurídica de coautoría basada en el dominio funcional (como opuesta a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder) para condenar a *Santiago Omar Riveros* (ex Jefe del Comando de Instituciones Militares, bajo cuyo control operacional se encontraba la Estación de Policía *Villa Martelli* y la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Osvaldo Jorge García* (ex Director de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Exequiel Verplaetsen* (ex Jefe del Área de Inteligencia de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*) y otros tres subordinados que estuvieron materialmente involucrados en la comisión de los crímenes. Todos ellos resultaron condenados por la detención ilegal y tortura de *Iris Avellaneda* y su hijo *Floreal Avellaneda* de quince años de edad, y por la posterior desaparición de éste último.[15]

En este caso pueden observarse varias similitudes con el de *Luciano Benjamín Menéndez y otros*. En ambos casos, líderes militares de elevado rango, comandantes militares de rango intermedio y ejecutores materiales fueron condenados por similares tipos de crímenes perpetrados en el contexto de la campaña global contra la subversión planeada en 1976 por las Juntas Militares Argentinas para eliminar a sus oponentes políticos. Además, en ambos casos, la concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue expresamente acogida en relación a los miembros de las mencionadas Juntas.

Sin embargo, dado que el Tribunal Oral Federal de San Martín, en el caso *Floreal Avellaneda*, limitó la aplicación del concepto de autoría mediata a los miembros de las Juntas Militares, apoyándose en la circunstancia de que ellos eran los únicos altos comandantes militares cuya contribución (diseño de la campaña global y la puesta en marcha de las Fuerzas Armadas Argentinas para implementarla) no tuvo lugar en el estadio de ejecución de los crímenes, marcó una diferencia fundamental. Según el Tribunal Oral Federal de San Martín, los otros comandantes militares (Comandantes Operacionales Zonales, Comandantes de Area, Comandantes de Unidad) participaron en la implementación de la campaña anti-subversión mediante (a) la adaptación de tal campaña a las especiales circunstancias de sus zonas y áreas de responsabilidad; y (b) el

15. El cuerpo sin vida de Floreal Avellaneda fue encontrado, con posterioridad, en la costa uruguaya, donde probablemente había sido arrojado desde un avión militar argentino.

diseño de las operaciones específicas a través de las cuales esa campaña iba a ser llevada a cabo. De tal modo, estos últimos poseían autonomía para decidir la manera en que debían proceder sus subordinados en lo relativo a la detención, la tortura y la desaparición forzada de sus oponentes políticos. Como resultado, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, la participación de *Riveros*, *García* y *Verplaetsen* en los crímenes (los jefes de los centros de detención donde los crímenes tuvieron lugar) respondió a una esencial división de funciones entre ellos y aquellos subordinados que materialmente ejecutaron los delitos, comportamientos éstos que integraban un plan común acerca del que todos ellos actuaban de acuerdo para la ejecución de la campaña global anti-subversión.[16]

2.2 *Chile*

La concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue aplicada en Chile por primera vez el 12.11.1993, en la sentencia de primera instancia de un juzgado de instrucción en el caso contra el *General José Manuel Contreras* (ex jefe de la agencia de inteligencia chilena, bajo el régimen de Pinochet conocido como Dina –Dirección de Inteligencia Nacional–) y su jefe de operaciones (*Coronel Espinoza*). Ambos fueron condenados por el homicidio de Orlando Letelier (Ministro de Asuntos Exteriores chileno de Salvador Allende), quien al momento del homicidio de que fuera víctima, se encontraba exiliado en Washington DC, donde era miembro del Instituto de Estudios Políticos y cumplía un rol clave en promover la oposición internacional contra el régimen de Pinochet.

Según la sentencia, Contreras, que tenía control total sobre el Dina (que fue militarizado en 1974) fue quien tomó la decisión de asesinar a Orlando Letelier, y colocó a su jefe de operaciones, Coronel Espinoza, a cargo de la adopción de las medidas que fueran necesarias de modo de crear las condiciones indispensables a fin de perpetrar el homicidio (incluyendo la puesta en marcha de actividades de espionaje durante varios meses). Finalmente, el *señor Townley*, un agente *de facto* de la Dina, fue puesto a cargo de la misión de asesinar a la víctima y fue enviado a Estados Unidos, donde cumplió con su

16. Además, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, no había necesidad de un acuerdo previo entre todos los coautores, dado que era suficiente que aquellos que se unieron a la empresa criminal conjunta una vez que su implementación se había iniciado: (a) llevaron a cabo las tareas necesarias que les habían sido asignadas; y de ese modo (b) codominaban el delito con otros miembros de la empresa criminal conjunta.

cometido haciendo estallar una bomba colocada en el automóvil de *Letelier*, el 21.09.1976.

Esta sentencia se ocupó finalmente de la cuestión de si, a la luz de los arts. 14, 15 y 16 del CP chileno de 1874, *Contreras* y *Espinoza* debían ser considerados autores o partícipes en el homicidio de Letelier. En este sentido, es preciso destacar que, según el art. 15, se consideran autores a todos aquellos que tomaran parte en la ejecución del hecho directa e inmediatamente, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; aquellos que indujeran a una tercera persona a cometer el delito, y aquellos que actuando de común acuerdo, facilitaren los medios para la comisión del delito o estuvieran presentes mientras el hecho estaba siendo ejecutado.[17]

Según la sentencia, para determinar si Townley actuó cumpliendo órdenes impartidas por otro, o en base a un acto de instigación o un acuerdo, era necesario tomar en consideración los siguientes factores: (a) Townley formaba parte de la estructura militar jerárquica de la Dina como consecuencia de su situación como agente *de facto*; (b) Townley y su familia vivían bajo la protección y control de la Dina; y (c) Townley había desarrollado un sólido sentimiento de lealtad hacia la Dina. Como resultado, incluso en el caso de que Townley no podría haber sido obligado legalmente a cumplir con la orden de asesinar a Letelier, la fuerte autoridad e influencia que el director de la Dina ejercía sobre Townley, lo colocó en una situación en la que inevitablemente debía ejecutar el asesinato. Y como se subraya en la sentencia, la existencia de un acuerdo hubiera requerido una deliberación con un nivel de libertad e independencia mas elevado que el que Townley disponía luego de recibir la orden de asesinar a Letelier. Por otra parte, para aplicar la figura jurídica de la instigación, se hubiera requerido un acto de persuasión sin la naturaleza coercitiva que en efecto tuvo la orden de asesinar recibida por Townley, a través del director de la Dina y del jefe de operaciones de esa misma agencia estatal. Como consecuencia, en la sentencia se resaltó que los hechos juzgados ponían de relieve el tipo de dominio de la voluntad de los subordinados que era característico del que disponían los agentes superiores en la cadena de mando de maquinarias

17. El art. 15 del CP chileno de 1874 consideraba autores a "(1). Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; (2) Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo; y (3) Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él".

organizadas de poder. En estas organizaciones, los superiores utilizan su poder para impartir órdenes y asegurarse su cumplimiento mediante la fungibilidad de los ejecutores. Esta circunstancia hace casi imposible cualquier resistencia u oposición a la ejecución de las órdenes de los superiores.

A la luz de lo mencionado anteriormente, dada la proximidad jerárquica entre el director de la Dina y el jefe de su personal así como la falta de algún otro elemento que evidencie que el *Coronel Espinoza* dependía del *Coronel Contreras*, la sentencia condenó a ambos como coautores mediatos, por haberse puesto de acuerdo en la utilización de sus subordinados en la Dina a los fines de asegurarse el asesinato de Orlando Letelier.

Algunos juristas chilenos han criticado esta decisión, en especial porque se apartaba, sin buenos argumentos, de la jurisprudencia chilena previa a 1993, según la cual el concepto de autoría mediata resultaba sólo aplicable en aquellos supuestos donde los ejecutores materiales no eran responsables penalmente. Para estos autores, cuando, como ocurría en el presente caso, el nivel de determinación por un superior no equivalía a subyugar la voluntad del ejecutor material, sólo podían aplicarse las figuras jurídicas de la instigación o la complicidad necesaria, supuestos para los cuales el Código Penal chileno de 1874 preveía la misma pena que para los autores (mediatos).[18] Como resultado, aún si *Contreras* y *Espinoza* hubieran sido condenados como instigador (*Contreras*) y cómplice primario (*Espinoza*), de todos modos su injusto hubiera sido juzgado adecuadamente. En opinión de estos autores, el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder sólo alcanzó algún grado de aceptación en la jurisprudencia chilena años después,[19] como lo refleja la decisión de la Corte Suprema chilena del 21.09.2007, al acoger el pedido de extradición peruano en relación al ex presidente Alberto Fujimori. En esa decisión, la Corte Suprema chilena se refirió expresamente a la posibilidad de aplicación de la figura jurídica de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.[20]

---

18. J. L. Guzmán. El caso Chileno. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Temis: K. Ambos, 2008. p. 77-82.

19. Idem. Véase también P. Lifschitz, "Cometer" y "hacer cometer": desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. "In memoriam"*. Universidad Castilla La Mancha, 2001. vol. 1, p. 1272.

20. Véanse, en particular, los argumentos legales num. 94 y 95 de la sentencia. Para un comentario sobre esta sentencia, véase R. Lledó Vásquez. *Anuario de derechos humanos*, 2008. p. 114 y ss.

2.3 Colombia

Las sentencias pronunciadas en los casos *Machuca*[21] del 07/03/2007, *Yamid Amat*[22] del 08.08.2007 y *Gabarra*[23] del 12.09.2007 fueron las primeras tres decisiones judiciales donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana aludió al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. No obstante, el máximo tribunal de justicia de Colombia no aplicó la figura jurídica de la autoría mediata en ninguno de estos casos, sino que juzgó que concurría en los tres supuestos la responsabilidad por coautoría. De ese modo, el tribunal mantuvo su tradicional enfoque en lo tocante a la distinción entre los conceptos de instigación (*determinación o autoría intelectual*), autoría mediata y coautoría (*autoría material impropia*), figuras todas a las que el art. 23 del CP colombiano de 1980 y arts. 28 y 29 del nuevo Código Penal colombiano de 2000, asignan la misma pena.

Según el enfoque tradicional de la Corte Suprema colombiana, los instigadores son aquellas personas que, a través de inducción, mandato, instigación, consejo, coerción, orden, acuerdo o cualquier otro medio viable, se aseguran la comisión del delito mediante otra persona que es penalmente responsable como autor directo del hecho punible. Por consiguiente, el concepto de instigación requiere un tipo de comunicación entre el instigador y el ejecutor material que permite a este último decidir, incluso si se trata de una situación precaria, si en efecto llevará a cabo el delito propuesto por el instigador. La decisión final acerca de la ejecución no es tomada por el instigador, sino por los ejecutores materiales. La distinción entre la instigación y la autoría mediata reside en que esta última requiere que las los ejecutores materiales no estén en posición de decidir si cometen o no el hecho dado que: (a) sus roles como ejecutores materiales han sido impuestos por el autor mediato y (b) no son enteramente conscientes de la real dimensión de sus roles. Finalmente, el concepto de coautoría requiere que una pluralidad de personas, actuando de manera concertada, lleven a cabo un plan común criminal según el principio de división de funciones.[24] Sin embargo, no es imprescindible para su configuración

21. Caso n. 23825.
22. Caso n. 25974.
23. Caso n. 24448.
24. La Corte Suprema colombiana distingue entre dos tipos de coautoría: (a) *coautoría material propia*, que tiene lugar cuando cada uno de los coautores llevan a cabo todos los elementos objetivos del delito; y (b) *coautoría material impropia*, que tiene lugar cuando los coautores contribuyen de manera diferente a la comisión del delito si-

que los coautores hayan prestado su conformidad a un acuerdo previo. En este contexto, mientras se demuestre que el sujeto contribuyó con su aporte durante la fase de ejecución del delito, se convierte automáticamente en coautor, sin perjuicio de la relevancia de su colaboración; no hay incluso necesidad de que esa contribución sea de naturaleza esencial.[25]

Un buen ejemplo de la aplicación de este concepto amplio de coautoría está dado por el *caso Machuca*. Los hechos juzgados tuvieron lugar el 18.10.1998 en el pueblo de *Machuca*, en el área de Segovia-Antioquia. Con el fin de perjudicar la Economía e infraestructura de petróleo de Colombia, varios miembros de la Compañía Cimarron del Ejército Nacional de Liberación hicieron explotar una bomba en el oleoducto Cusiana-Coveñas, provocando su destrucción y el derrame de una considerable cantidad de petróleo. Dado que la explosión tuvo lugar en un cerro, el petróleo derramado descendió por las laderas del cerro a la localidad de *Machuca*, destruyendo numerosas viviendas y provocando la muerte de más de cien pobladores. Aunque la fiscalía no pudo identificar a los ejecutores materiales del ataque, acusó a los siete miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación así como a los tres comandantes del área pertinente dentro de la compañía Cimarron.

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema colombiana, de fecha 07.03.2007, condenó a todos los acusados como coautores del delito. Mediante esa condena, el máximo tribunal de justicia colombiano –apoyado en informes de los servicios de inteligencia del Ejército colombiano y otras agencias de seguridad que describieron en detalle la organización interna del Ejército Nacional de Liberación y el área de responsabilidad de la compañía Cimarron– concluyó en que los responsables de la tragedia de *Machuca* pertenecían a una organización criminal jerárquica que actuaba fuera de la ley. Dentro de la estructura jerárquica de esa maquinaria, los miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación estaban a cargo de diseñar y promocionar la política global de desbaratamiento, mediante violencia, del suministro de petróleo que iba desde *Caño Limon* hasta los Estados Unidos. Las unidades que operaban en ese ámbito, como la compañía Cimarron, poseían amplia autonomía para planificar esas operaciones específicas, a través de las cuales esa política global de desbaratamiento iba a ser puesta en marcha. El Comando

---

guiendo el principio de división de funciones. Para el propósito de este artículo, sólo el segundo tipo de coautoría es relevante.

25. Véase C. López Díaz. El caso Colombiano. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Temis: K. Ambos, 2008. p. 169-175.

Central retenía el poder de sancionar a los ejecutores materiales que incurrían en errores en la fase de ejecución de la política global.

Para la Corte Suprema colombiana, los ejecutores materiales de la Compañía Cimarron, decidieron libremente y con conocimiento llevar adelante el ataque, como una manera de contribuir a la puesta en marcha de la campaña global de desbaratamiento del suministro de petróleo en Colombia. Las actividades que llevaron a cabo para cumplir su cometido, fueron ejecutadas al margen de sus convicciones ideológicas y no como resultado de haber sido víctimas de engaño ni instrumentalizadas por el Comando Central. Pues ni el Comando Central tenía el dominio sobre su voluntad, ni ellos mismos eran meras herramientas del Comando Central. Como consecuencia, en este contexto, no fue posible recurrir al concepto de autoría mediata. Por otra parte, la figura jurídica de instigación no resultaba aplicable debido a que éste no era sólo un caso donde los delitos eran cometidos en cumplimiento de órdenes impartidas por agentes superiores en la cadena de mando. Por el contrario, para la Corte Suprema colombiana, éste fue un supuesto donde una pluralidad de personas, actuando libremente y compartiendo la política global de desbaratamiento del suministro de petróleo diseñado por el Comando Central, colaboraron en la comisión de los delitos de una manera coordinada y de acuerdo con el principio de división de funciones. Como corolario, los miembros del Comando Central, los comandantes de la compañía Cimarron y los ejecutores materiales que atacaron el oleoducto en las cercanías de *Machuca* fueron todos considerados coautores en la medida en que formaron parte de la misma empresa criminal conjunta.

La renuencia de la Corte Suprema colombiana en aplicar el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder ha sido parcialmente superada en la sentencia del 23.02.2010, pronunciada en el caso contra el ex senador nacional *Alvaro Alfonso García Romero*, co-fundador del grupo paramilitar conocido como *Frente Héroes de los Montes de María* ("el grupo paramilitar").[26]

---

26. Según la Corte Suprema colombiana, a mediados de los 90, y tal vez antes, grupos armados ilegales empezaron a operar sin mucha coordinación bajo el nombre de *fuerzas de autodefensas* en el Departamento de Sucre. En 1996, estos grupos empezaron a ser coordinados por el comandante Salvatore Mancuso, quien fue asignado a la tarea de unificar los diferentes grupos armados de "fuerzas de autodefensas" que operaban en la parte norte del país bajo el mando de Carlos Castaño (jefe de la organización mas amplia conocida como *Autodefensas Unidas de Colombia*). Para la misma época, algunos de los más acaudalados comerciantes de ganado del Departamento de Sucre tomaron la iniciativa de crear un grupo armado de *fuerzas de autodefensas* para pro-

De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema colombiana, este grupo paramilitar era una estructura organizada de poder que operaba en el departamento de Sucre (al norte de Colombia). Poseía una sólida jerarquía vertical. Sus comandantes de más alto rango diseñaron las operaciones específicas a ser puestas en marcha, y un amplio número de subordinados (su número ascendió pronto a cientos) las implementó. Las instrucciones impartidas por los comandantes de más alto rango del grupo resultaban bastante detalladas, y la discrecionalidad para ponerlas en marcha por comandantes de campo y miembros del grupo de bajo rango, fue muy limitada (mucho menor que en algunas organizaciones de guerrilla como el Ejército de Liberación Nacional referido más arriba). Las numerosas reuniones y las continuas comunicaciones vía radial y telefónica entabladas entre los comandantes de más alto rango del grupo y sus comandantes de campo permitió a los primeros mantener un estricto dominio y control sobre el desarrollo de las operaciones del grupo. La estrategia final del grupo paramilitar se proponía asegurar el control militar del territorio en que operaban. Su cometido consistía en brindar protección a hombres de negocios y comerciantes de ganado, en las áreas donde ellos operaban, a cambio de obtener apoyo financiero, eliminar cualquier persona que consideraran cooperaba con la guerrilla, y usurpar el territorio abandonado por los numerosos pobladores que dejaron el área a causa de la presencia del grupo paramilitar. En un estadio posterior, esta estrategia del grupo paramilitar se extendió a otros territorios, con el fin de conseguir el control de los gobiernos local y regional en las zonas en que el grupo actuaba. Para obtener este propósito, esta agrupación brindaba apoyo a sus candidatos en las elecciones locales y regionales.

---

veer seguridad en el centro y el norte del Departamento de Sucre. Como resultado, hubo varias reuniones entre comandantes paramilitares (como Salvatore Mancuso), políticos locales y regionales, y comerciantes de ganado del centro y norte de Sucre. En este contexto, en 1997 se mantuvo una reunión en la *Hacienda Las Canarias*, donde se llegó a un acuerdo entre el ex senador nacional *Alvaro Alfonso García Romero*, el líder paramilitar Salvatore Mancuso, y los comerciantes de ganado Miguel Nule Amín, Joaquín García Rodríguez y Javier Piedrahita para crear un grupo paramilitar que mas tarde se conoció como *Bloque Héroes de los Montes de María*. Luego de acordar en cómo el grupo sería financiado y materialmente sostenido, nombraron a Rodrigo Mercado Peluffo, alias "Cadena", como comandante del grupo. Debido a su participación en la reunión, su posterior apoyo financiero al grupo paramilitar, y su contribución material a algunas de sus operaciones, *García Romero* fue condenado por la Corte Suprema de Colombia como coautor del delito de miembro de una organización criminal (*concierto para delinquir agravado*).

La masacre de *Macayepo* fue una operación llevada a cabo por muchos cientos de miembros del grupo paramilitar y consistió en el múltiple homicidio que tuvo lugar entre el 9 y el 16.10.2000, en varios pueblos de la región Carmen de Bolívar (incluyendo *Macayepo*) así como el desplazamiento masivo de su población. De acuerdo a la sentencia de la Corte Suprema colombiana, *García Romero* fue condenado como autor mediato de la masacre en base a los siguientes argumentos:

(a) García Romero tenía el control sobre el grupo paramilitar (que compartía con los comandantes militares de alto rango);

(b) la masacre fue una actividad regular del grupo paramilitar que García Romero cofundó, apoyó y aconsejó; y

(c) el nombrado contribuyó al "éxito" de la operación mediante el aseguramiento que los batallones anti-guerrilla de la Primera Brigada de Infantería Naval fueran apartados por el Comandante de la Brigada de modo de evitar cualquier posible interferencia con los homicidios y el desplazamiento masivo.[27]

Sin embargo, conviene destacar que en esa misma sentencia del 23.02.2010, la Corte Suprema colombiana condenó a *García Romero* como instigador (y no como autor mediato) por ordenar el homicidio de Georgina Narváez. Según el máximo tribunal, García Romero ordenó a miembros del grupo paramilitar asesinar a Georgina Narváez el día 27.10.1997, luego de que concluyera que, en virtud de los pobres resultados electorales obtenidos por "su candidato" (Morris Taboada), Taboada sólo podría convertirse en Gobernador del Departamento de Sucre si los votantes en la ciudad de San Onofre fueran recontados

27. Según la Corte Suprema de Colombia, en una conversación grabada entre *García Romero* y su ayudante de confianza, *Joaquín García*, este último informó al acusado sobre dicha operación el día anterior de su inicio y resaltó la necesidad de sacar a los batallones del Ejército colombiano anti-guerrilla fuera del área relevante. En la mencionada conversación, *García Romero* aceptó hablar, en horas tempranas de la mañana siguiente, al Comandante de la Primera Brigada de la Infantería Naval. Así quedó demostrado que las órdenes posteriormente recibidas por los batallones anti-guerrilla fueron enviadas desde el área de la masacre, y que eso fue lo que impidió que esos batallones detuvieran la operación paramilitar. Sólo luego de que los cientos de atacantes militares dejaran el área donde se cometió la masacre, el Comandante de la Primer Brigada de la Infantería Naval ordenó a los batallones anti-guerrilla bajo su mando, que retornaran al área relevante para ubicar y detener a los supuestos autores (esto fue conocido como "Operación Tranquilidad").

para lo que Georgina Narváez (la mujer que había tomado nota de los votos en el primer escrutinio) tenía que ser asesinada.[28]

Es preciso señalar que, al contrario del homicidio de Georgina Narváez donde *García Romero* dio la orden de asesinar, en la masacre de *Macayepo* no se comprobó que *García Romero* haya participado en el diseño de la operación (el mismo fue informado sobre la operación por un asistente suyo de confianza, Joaquín García, el día anterior a su inicio) ni en la puesta en marcha de la operación (su contribución consistió en desplegar su influencia con el Comandante de la Primer Brigada de Infantería Naval para evitar la interrupción o desbaratamiento de la operación por el Ejército colombiano). Como resultado, puede verse que el juzgamiento de García Romero por la Corte Suprema colombiana como instigador del homicidio de Georgina Narváez se apoya en su enfoque tradicional del concepto de instigación, según el cual, tal figura es aplicable siempre que el acusado impulsa a una persona que es completamente responsable, a cometer un delito sin intervenir durante su ejecución. Sin embargo, éste es precisamente el tipo de situación que la figura de autoría mediata por de aparatos organizados de poder está designada para cubrir: cuando los agentes superiores utilizan la maquinaria de poder de que disponen para asegurar la comisión de delitos.

Asimismo, conforme la sentencia de la Corte Suprema colombiana, la circunstancia de que García Romero contribuyera durante la ejecución de la operación en el pueblo de *Macayepo* y las zonas aledañas (asegurando la evitación de cualquier desbaratamiento a la operación por el Ejército colombiano), descartaba la aplicación del concepto de instigación en relación a su responsabilidad por la masacre de *Macayepo*. Sólo entonces, parece el tribunal colombiano haberse decidido por la aplicación, por primera vez en su historia, del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en lugar del concepto de coautoría. Sin embargo, dicha aplicación lo fue en un caso donde el acusado, un político nacional con mucha influencia en la pertinente área: (a) no dominaba completamente al grupo paramilitar, del mismo modo en que

28. Según la Corte Suprema colombiana, *García Romero* dio la orden de matar a Georgina Narváez y ofreció una suma de USD 2500 a fin de obtener ese resultado lo antes posible. La orden fue transmitida por Joaquín García (asistente de confianza de *García Romero*) a Salomón Feris (quien estaba a cargo de las operaciones militares del grupo paramilitar), quien pasó la orden a Danilo (el comandante de la unidad campo con base en la ciudad de San Onofre). La víctima fue asesinada unos días después por dos individuos no identificados que le dispararon desde una motocicleta.

compartía el dominio con sus comandantes militares; (b) no aparecía como partícipe en el diseño de la operación; y (c) no parecía haber contribuido a la puesta en marcha de la operación. Bajo estas particulares circunstancias, la aplicación del concepto de autoría mediata (o incluso de coautoría) con apoyo en el codominio de *García Romero* sobre el grupo paramilitar y su contribución esencial para asegurar el éxito de la ejecución de la operación, habría sido mas adecuado.

2.4 Perú

La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder, tuvo lugar en la sentencia del 13.10.2006,[29] pronunciada por la Sala Penal Nacional, que luego fuera confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema peruana en la sentencia del 14.12.2007.[30] Estas dos decisiones judiciales fueron dictadas en el proceso seguido contra *Abimael Guzman*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, y contra algunos de sus más próximos colaboradores (su esposa *Elena Iparraguirre*, *Laura Zambrano* y *Maria Pantoja*) por la masacre de 69 campesinos, incluyendo dieciocho niños, once mujeres, y varios ancianos en la ciudad de Lucanamarca y sus alrededores, el día 03.04.1983.[31]

---

29. Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13.10.2006, caso n. 560-03.

30. Sentencia de la Corte Suprema de Perú del 14.12.2007, caso n. 5385-200.

31. Sendero Luminoso fue un movimiento maoísta guerrillero, con base en la región peruana de Ayacucho. Inició sus operaciones contra las fuerzas gubernamentales de Perú en 1980. El territorio que controlaba y el número de militantes en la organización pronto aumentó, en particular en las regiones de Ayacucho, Apurimac y Huancavelica (la zona montañosa de Los Andes). En diciembre de 1981, el Gobierno peruano declaró "zona de emergencia" las tres regiones andinas. En algunas de estas áreas, el Ejército peruano entrenó a campesinos y los organizó en milicias anti-rebeldes denominadas *Rondas*. En marzo de 1983, miembros de *Rondas* de la Provincia de Huanca Sancos Departamento de Ayacucho apedreó, apuñaló, prendió fuego y disparó al comando de Sendero Luminoso en la plaza principal de la pequeña ciudad de Lucanamarca. Unas pocas semanas después, miembros de Sendero Luminoso respondieron al ataque mediante la entrada en las ciudades de Yanaccollpa; Ataccara, Llacchua, Muylacruz y Lucanamarca (todas en la Provincia de Huanca Sancos) y asesinaron a 69 personas, incluyendo dieciocho niños (algunos de ellos de seis meses de edad), once mujeres (algunas de ellas embarazadas), y varios ancianos. La mayoría de las víctimas murió a través de cortes de machete y hacha, mientras que otros recibieron disparos a corta distancia en la cabeza (los pobladores fueron escaldados

Según la Sala Penal Nacional, la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central de la organización Sendero Luminoso tenía el control final sobre la forma en que la organización se conducía a sí misma y poseía el poder y la autoridad de adoptar las medidas disciplinarias que creyeran necesarias en caso de incumplimiento de las instrucciones por los comités intermedios y las unidades zonales. Sus miembros presidían las reuniones celebradas con los comités intermedios, los que a su vez mantenían contacto con las unidades zonales. Operaciones como las que tuvieron lugar en el área de Lucanamarca, fueron sólo emprendidas como consecuencia de la ejecución de órdenes que reflejaban las decisiones tomadas por la Dirección del Comité Permanente y los acuerdos concluidos en el Comité Central. Por lo tanto, era competencia de la Dirección del Comité Permanente y del Comité Central la toma de decisiones sobre las acciones específicas a adoptar en las áreas locales y la determinación de cuándo, dónde y contra quién esas operaciones debían llevarse a cabo.[32]

---

con agua hirviendo). Finalmente, la guerra de Sendero Luminoso contra el Estado peruano decayó, y Abimael Guzman y varios miembros de alto rango de Sendero Luminoso fueron capturados en Lima en 1992.

32. En una entrevista concedida a El Diario (un periódico pro-Sendero Luminoso con base en Lima) en julio de 1988 *Guzmán* reconoció su responsabilidad en la masacre de la siguiente manera: "Ante acciones reaccionarias militares... nosotros respondimos con una acción devastadora: Lucanamarca. Ni nosotros ni ellos lo olvidaremos, para ser preciso, puesto que ellos obtuvieron una respuesta que nunca imaginaron posible. Más de 80 fueron aniquilados, esa es la verdad. Y nosotros reconocemos abiertamente que hubo excesos, tal como lo analizamos en 1983. Pero todo en la vida tiene dos aspectos. Nuestra tarea era dar un golpe devastador para ponerlos bajo control, hacerles entender que no iba a ser fácil. En algunas ocasiones, como ésa, fue la Conducción Central misma que planeó la acción e impartió instrucciones. Así es cómo sucedió. En ese caso, lo principal es que nosotros les dimos un golpe devastador, y los controlamos y ellos entendieron que estaban tratando con una clase diferente de contendientes, que nosotros no éramos iguales a aquellos con los que habían luchado antes. Esto es lo que entendieron. El exceso es el aspecto negativo... Si nosotros íbamos a dar a las masas muchas restricciones, requerimientos y prohibiciones, significaría que en el fondo nosotros no queríamos que el río se desbordara. Y lo que nosotros necesitábamos era que el río sed desbordara, dejar que la avalancha se enfurezca, porque sabemos que cuando el río se desborda causa devastación en la ribera, pero cuando regresa a su lecho... El punto esencial era que ellos comprendan que nosotros éramos un hueso duro de roer, y que estábamos listos para lo que sea, para lo que sea". (La traducción al inglés de la entrevista completa está disponible en www.blythe.org/peru-pcp/docs_en/interv.htm). Posteriormente, el 10.09.2002, Abimael Guzmán reconoció nuevamente su responsabilidad por la masacre de Lucanamarca ante la Comisión Peruana de la Verdad y la Reconciliación: "Nosotros, doctores, reiteramos que no negaremos nuestra responsabilidad (por la masacre de Lucanamarca). Yo tengo la

Las órdenes fueron transmitidas por los miembros de la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central a los puntos de contacto en los comités intermedios, cuya función consistía en el planeamiento de la logística de la operación. Posteriormente, los comités intermedios transmitieron instrucciones detalladas a las unidades de campo sobre cómo ejecutar las operaciones. En su función de presidente de la Dirección del Comité Permanente, el Comité Central, y el Buró Político de Sendero Luminoso, *Guzmán* tenía el dominio de la organización. Como consecuencia, fue condenado como autor mediato.

En la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, la Sala Penal Nacional y la Corte Suprema de Justicia peruanas, dejaron sentado que la definición de autor contenida en el art. 100 del CP peruano de 1924 ("los que tomaren parte en la ejecución del delito")[33] no excluía *per se* tal concepto. Además, la Corte Suprema puso de relieve que el mencionado concepto había sido acogido por el art. 23 del nuevo CP de 1991, el que define a los autores incluyendo a "aquellos que cometen el delito de manera individual, a través de otro o junto con otros".[34]

La defensa de *Guzmán* reclamó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no podía ser aplicado, debido a que Sendero Luminoso no conformaba una organización patrocinada por el Estado, y por tanto, sus miembros no tenían un deber de cumplir con las órdenes de la autoridad de Sendero Luminoso. Dicha circunstancia, a su modo de ver, impedía el traslado de responsabilidad hacia los eslabones más altos en la jerarquía de mando de la organización. Sin embargo, tanto la Sala Penal Nacional como la Corte Suprema, señalaron que la aplicación del concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder nunca estuvo limitada a organizaciones subvencionadas por el Estado. Según Claus Roxin, tal concepto es principalmente adecuado para todas las situaciones en donde la organización pertinente actúa fuera del orden legal.

---

mía, yo soy el primer responsable, y nunca renunciaré a mi responsabilidad, eso no tendría sentido" (El informe completo de la comisión de la masacre de Lucanamarca se encuentra disponible en español en: www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VII/Casos%20Ilustrativos-UIE/2.6.%20LUCANAMARCA.pdf).

33. El art. 100 del CP peruano de 1924 consideraba como autores aquellos que "tomaren parte en la ejecución del hecho punible".

34. El art. 23 del CP peruano de 1991 considera autor a "el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción que tomaren parte en la ejecución del hecho punible".

Otro argumento de la defensa de *Guzmán* contra la aplicación de la autoría mediata al caso, se vinculó a la falta de verificación del requisito de fungibilidad de los ejecutores materiales, dado que en el caso de Sendero Luminoso no se demostró que éstos fueran miembros intercambiables. Para la defensa de *Guzmán*, no cualquiera que haya revestido la calidad de miembro de Sendero Luminoso poseía las "habilidades necesarias" para asesinar con machete y hacha mediante las acciones de tajear bebes, mujeres y ancianos, tal como sucedió en Lucanamarca. En este contexto, el requisito de fungibilidad no dependía de cuántos individuos se habían convertido en miembros formales de la organización, sino en cómo muchos de ellos poseían los conocimientos necesarios y la experiencia para ejecutar las operaciones en Lucanamarca. Dado que había un escaso número de "miembros especializados" en Sendero Luminoso que pudiera llevar a cabo este tipo de acciones, la defensa mantuvo que *Guzmán* carecía del dominio de los hilos de la organización, y que tampoco dominaba la voluntad de los ejecutores materiales de la masacre.

La Sala Penal Nacional rechazó los argumentos de la defensa. Según el punto de vista de los jueces, el dominio que *Guzmán* ejercía sobre la voluntad de los ejecutores materiales no se basaba en la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso. En efecto, las razones que pudieron conducir los discursos originarios acerca de rehusar conformidad con las órdenes de los superiores pudieron, en principio, también ser compartidas por los otros miembros de la organización. En consecuencia, para la Sala Penal Nacional, la fungibilidad de los miembros de la organización sólo aumenta la probabilidad de que las órdenes fueran ejecutadas; no asegura la automática conformidad con las órdenes. Desde el punto de vista de la Sala Penal Nacional, es la actitud favorable de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por los superiores, y no su naturaleza intercambiable, lo que proporciona el dominio de los superiores sobre los hilos de la organización. En este contexto, se inscriben los iniciales discursos acerca de que ante el rechazo de cumplir las órdenes de los superiores, otros miembros de la organización los reemplazarían en la puesta en marcha de las órdenes, debido a que muchos miembros mostraban una actitud favorable hacia la ejecución de las órdenes de los superiores. Por tanto, mientras la fungibilidad de los ejecutores dentro de la organización sólo aumenta la probabilidad de conformidad con las órdenes de los superiores, el dominio que ejercían éstos sobre la organización se basaba en la actitud favorable de sus miembros para cumplir las órdenes por aquéllos impartidas. En consecuencia, según la Sala Penal Nacional, el requisito clave para la aplicación del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder es la existencia de este tipo de actitud entre los miembros de la pertinente organización. Requisito éste

que se juzgó cumplido en el caso de Sendero Luminoso, puesto que sus miembros se encontraban motivados ideológicamente, evidenciaban un elevado nivel de educación política y militar, y compartían una visión común del Estado y la sociedad en general. En estas circunstancias, *Guzmán* aseguró la comisión de la masacre de Lucanamarca mediante la utilización de la estructura jerárquica de Sendero Luminoso, beneficiándose de la buena disposición de los miembros para seguir las órdenes impartidas por su líder.

La Corte Suprema peruana partió en su análisis del caso de la interpretación de la Sala Penal Nacional, en el sentido que ésta subrayó que el dominio del superior sobre la organización estaba basado en su estructura jerárquica y en la fungibilidad de sus miembros. En consecuencia, para la Corte Suprema peruana, la naturaleza fungible de los miembros de la organización es un requerimiento clave en la figura jurídica de autoría mediata. No obstante, al analizar la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso, el máximo tribunal peruano se centró en la fungibilidad sucesiva de sus miembros, enfatizando que si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente, otro miembro lo reemplazaría en ese cometido. Esto fue lo que ocurrió con la orden de asesinar a *Felipe Santiago Salaverry*, quien fuera ejecutado luego de seis intentos. El problema que plantea este enfoque está dado por el hecho de que la mayoría de las organizaciones alcanzan un criterio de "fungibilidad sucesiva", lo cual se explica mediante la circunstancia de que siempre que uno de sus miembros se niegue a cumplir con una orden de un superior, invariablemente habrá otro que pueda intentar ejecutarlo en un estadio posterior. Como consecuencia, este enfoque priva al "criterio de fungibilidad" de algún valor como elemento que permita distinguir entre los casos donde los superiores poseen un dominio real sobre sus organizaciones y aquellos otros casos donde ellos no detentan tal dominio.[35]

---

35. Debido a ello la Corte Suprema de Perú no trató el tema de si los ejecutores materiales de la masacre de Lucanamarca eran miembros fungibles de Sendero Luminoso en el momento en que la masacre tuvo lugar. Como ha explicado mas arriba, el análisis se centró en el concepto de "fungibilidad sucesiva". Además, se puso de relieve que la prueba mostraba que Guzmán se aseguró la comisión de la masacre a través de utilizar la estructura jerárquica de Sendero Luminoso y se benefició de la buena disposición de sus miembros en lo tocante a una especie de renuncia a su propia identidad para seguir las órdenes de su líder. Sin embargo, tal evidencia sólo muestra que, como se mencionara por la Sala Penal Nacional, los miembros de Sendero Luminoso mostraban una actitud favorable interna hacia la ejecución de órdenes dadas por su líder, *Abimael Guzmán*. A la misma conclusión llega I. Meini. El Caso Peruano. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Temis: K. Ambos, 2008. p. 144 (de ahora en más Meini).

En una opinión disidente, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia peruana, Villa Stein, subrayó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no era aplicable al caso de Sendero Luminoso, fundamentado su opinión en las siguientes razones: (a) Sendero Luminoso era una organización con un alto nivel de centralización y una rígida jerarquía consistente en una pequeña Dirección del Comité Permanente/ Comité Central y numerosas unidades que operaban en el campo donde era independiente uno de otro (relación horizontal); y (b) todos los miembros de la organización compartían una visión ideológica común del Estado y la Sociedad y actuaban según una estrategia común para obtener sus metas políticas. En estas circunstancias, según el Juez Villa Stein, ningún miembro de Sendero Luminoso tenía el dominio sobre las actividades criminales de la organización. Tal dominio era compartido por todos los miembros, quienes actuaban de una manera coordinada de acuerdo con el principio de división de funciones entre aquellos que planeaban las operaciones en la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central y aquellos otros que las llevaban a cabo en el campo de acción material. Por esta razón, en la opinión del Juez Villa Stein, la aplicación del concepto de coautoría basada en el dominio conjunto sobre la masacre de Lucanamarca, era preferible.

Al comentar esta opinión disidente del Juez Villa Stein, algunos juristas peruanos señalaron que el fenómeno referido por el magistrado (el dominio colectivo sobre las actividades criminales de la organización por todos sus miembros, en la medida en que todos ellos compartían el mismo objetivo político de dañar la estructura social existente) justifica, en última instancia, la aplicación de la figura de coautoría en relación al crimen de pertenencia a una organización criminal.[36] Sin embargo, los mismos autores rechazan la aplicación del concepto de coautoría en lo referido a las específicas operaciones llevadas a cabo por la pertinente organización, puesto que, en los casos de coautoría, la fase de ejecución comienza simultáneamente para todos los coautores. Luego, la fase de ejecución comenzaría con la expedición de la orden por el superior consistente en llevar a cabo la operación, y los miembros de bajo rango de la organización serían responsables por la tentativa, incluso si ellos mismos se negaran a cumplir con la orden.[37]

Con posterioridad al caso *Abimael Guzmán*, el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder ha sido aplicado por la Sala Espe-

36. Meini. Op. cit., nota 38, p. 146.

37. Ídem.

cial de la Corte Suprema de Perú el 07.04.2009, en la sentencia que condenara a Alberto Fujimori por, entre otros, varios delitos contra la vida y detenciones ilegales perpetrados por grupos militares, paramilitares y organizaciones civiles con estructura de fuerzas de seguridad policiales, durante el lapso de su presidencia en el Gobierno del Perú entre 1991 y 2001.[38] De acuerdo la sentencia de la Sala Penal Especial, el referido concepto era perfectamente compatible con el art. 23 del CP peruano de 1991 y resultaba aplicable al caso *Fujimori*, en razón de que se cumplían los tres requisitos exigidos:

(a) la existencia de una estructura organizada de poder controlada por el ex presidente Alberto Fujimori, maquinaria que se hallaba jerárquicamente organizada;

(b) los ejecutores materiales eran miembros subordinados de tal estructura de poder y eran intercambiables; y

(c) la estructura de poder controlada por Alberto Fujimori actuaba fuera de la ley (tanto desde el punto de vista del Derecho nacional como del internacional). La Corte Suprema de Justicia peruana, en su sentencia del 03.06.2010, confirmó el pronunciamiento de la Sala Penal Especial.

2.5 España

Los tribunales de justicia españoles, si bien por épocas han expresamente remitido en sus sentencias a los argumentos que apoyan el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, han preferido basar sistemáticamente sus decisiones en las figuras de la inducción o instigación, o

38. Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú del 07.04.2009 en el expediente num. AV 19-2001 con respecto a los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE. Esta sentencia está disponible en el siguiente sitio web: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409. En el Capítulo III de la Parte III de la sentencia, puede verse una exhaustiva reseña de la posición tomada por los autores peruanos, latinoamericanos y españoles en relación al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Allí, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia peruana analizó las diversas manifestaciones del concepto, los variados casos en donde ha sido aplicada hasta ahora (incluyendo el caso de las Juntas Militares argentinas y el del German Border), y los argumentos a favor y en contra de su aplicación. Además, se indican también las importantes diferencias existentes entre este concepto y el de responsabilidad penal de los jefes y otros superiores del art. 28 del ECPI.

complicidad o cooperación necesaria,[39] figuras que tanto en el Código Penal de 1973 como en el de 1995 tienen asignadas el mismo marco penal que la autoría propiamente dicha, y, por tanto, que la autoría mediata.[40]

39. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior Español del 02.07.2004 (caso del *Atentado al Supermercado Hipercor*), del 01.10.2004 (caso *Scilingo*) y del 17.07.2008 (Caso del *Atentado a la Estación Atocha*). Para un análisis del impacto del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, véase A. Gil Gil. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 53, 2008 (de aquí enadelante citado Gil Gil Autoría). Véase también E. Bacigalupo Zapater. La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *La Ley*, 2008; A. Gil Gil. El caso Español. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Temis: K. Ambos, 2008. p. 100 (de aquí en más Gil Gil Caso Español).

40. La renuencia de los tribunales de justicia españoles en aplicar el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder está en contraste con el apoyo dado a tal concepto por numerosos juristas españoles que han centrado su trabajo en el análisis de esta forma de responsabilidad en derecho penal nacional e internacional. Véase, en particular, P. Faraldo Cabana. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia, 2004; y Fernández Ibáñez. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada, 2006. También los siguientes trabajos de F. Muñoz Conde. Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no vinculadas al Derecho. *Revista Penal*, 2000 (versión alemana publicada en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, p. 609 y ss.); La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales. *Luisiada* 3. serie II. Lisboa, 2005. p. 57 y ss.; Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, 2002 (publicada también en el trabajo conjunto *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*. Madrid, 2001. p. 14 y ss. (de aquí en adelante citado como Muñoz-Conde. Problemas de autoría); un versión resumida de este artículo puede encontrarse en el trabajo colectivo *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología*. Madrid, 2001. Véase también los siguientes trabajos de H. Olasolo: Olasolo. Criminal responsability, nota 5, Capítulos III a V; Olasolo; Pérez Cepeda, nota 6, p. 480 y ss.; *Joint criminal enterprise and its extended form: a theory of Co-Perpetration Giving Rise to principal liability*; A notion of accessorial liability, or a form of partnership in crime? 263 *Criminal Law Forum* 20, 2009. p. 273 y ss. (de aquí en adelante citado como Olasolo Joint Criminal Enterprise); Reflexiones sobre el desarrollo de la doctrina de la empresa criminal conjunta en derecho penal internacional. *Revista para el análisis del derecho* (Indret), 2009; Developments in the distinction between principal and accessorial liability under international criminal law in light of the first case law of the international criminal court.

Luego de la muerte del dictador español Francisco Franco en el año 1975, en España ha habido sólo un puñado de casos donde podría decirse que el pertinente delito pudo haber sido cometido a través de estructuras organizadas de poder. El intentado *de Golpe de Estado* fue juzgado en la sentencia del 22.04.1983, pronunciada por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español. En este caso, el máximo Tribunal de justicia español no juzgó aplicable la figura de autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, debido a que tal concepto no era suficientemente conocido por la jurisprudencia española en los inicios de la década del '80. Por otro lado, en ese tiempo, el Código Penal español y el Código de Justicia Militar contenían varias disposiciones que se ocupaban específicamente de la responsabilidad criminal de los comandantes militares que implicados en un Golpe de Estado.

En el denominado "Caso Marey", juzgado por el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 28.07.1998, el ex Ministro del Interior y otros altos funcionarios de su Ministerio fueron considerados responsables por el secuestro de un supuesto miembro de la organización terrorista ETA. En este caso, la razón para no recurrir a la figura de autoría mediata por aparatos organizados de poder, resultó ser la consideración del Tribunal Supremo Español de que el delito acusado (el secuestro de un supuesto miembro de la ETA, Segundo

---

The international criminal court at five years. C. Stahn; G. K. Sluiter, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 339-360; El desarrollo de la coautoría mediata en derecho penal internacional. *Revista Jurídica Legis* 27. Bogotá, 2009, reimpresión en 121 *Iter criminis* 7. Mexico DF, 2009) y en *Revista Española de Derecho Militar*, Julio-Diciembre 2008. (de aquí en más Olasolo coautoría mediata; El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al derecho penal internacional. 83 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* 132, 2008; Reflections on the treatment of the notions of control of the crime and joint criminal enterprise in the Staki Appeal Judgment. 143 *International Criminal Law Review* 7, 2007 (de aquí en adelante citado como Olasolo Staki Appeal Judgment); y Current Trends on modes of liability for genocide,crimes against humanity and war crimes. *International Criminal Law: Current and Future Perspectives*, Stahn, C.; L. Van den Henrik, Martinus Nijhoff Publishers, próxima aparición invierno 2009). Varios juristas españoles, como Muñoz-Conde, Pérez Cepeda, García Cavero, Núñez Castaño, Martín de Espinosa, Caruso Fontán, Ferré Olivé, Gómez-Jara Díaz, también han remitido a la posible aplicación del mencionado concepto a los delitos económicos cometidos por aquéllos que dirigen empresas económicas en forma de sociedades mercantiles, tema del que no nos podemos ocupar aquí; para más detalles, véase, por ejemplo, Muñoz Conde. Problemas de autoría. *Revista Penal*, 2002, y Derecho penal económico, Consejo del Poder Judicial.

Marey) fue un acto aislado, y, por tanto, no había tenido lugar en el contexto de una sistemática actividad ilegal por medio de grupos que operaban fuera de la ley desde la organización misma del Estado.[41]

Los tribunales de justicia españoles pudieron haber recurrido a la figura de autoría mediata por aparatos organizados de poder, en los procesos seguidos contra individuos que supuestamente integraban altos cargos en los eslabones de la organización terrorista ETA, por crímenes cometidos por sus subordinados dentro de la misma organización. No obstante, aunque se puede observar la influencia de tal concepto en los argumentos legales utilizados para justificar las condenas por inducción y complicidad necesaria, los tribunales de justicia españoles no lo han expresamente aplicado nunca.[42]

Finalmente, la decisión del 10.12.1998, de procesar al General Augusto Pinochet, dictada por el Juez de Instrucción español Baltasar Garzón resulta otro ejemplo de este modelo. En esa decisión se imputó al General Augusto Pinochet por crímenes de lesa humanidad, tortura y genocidio perpetrados por el aparato estatal chileno durante su régimen autoritario. Aunque los argumentos allí contenidos están claramente vinculados al concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder, tal figura jurídica no aparece expresamente mencionada en la decisión judicial.[43]

---

41. Muñoz-Conde. Problemas de autoría... cit. Consejo del Poder Judicial, p. 14 y ss.: el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder puede ser aplicado a este tipo de casos.

42. Véase la sentencia del 02.07.2004 y la del 22.02.2007 del Tribunal Supremo Español. Véase también el análisis de la jurisprudencia realizado por Gil Gil, nota 42, p. 65 y ss. Según Muñoz Conde. Problemas de autoría...cit., nota 43, p. 14 y ss., es posible también aplicar el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder a los líderes de organizaciones terroristas y comandantes de secciones terroristas, sin perjuicio del carácter nacional (ETA) o internacional (Al Qaeda) de la pertinente organización.

43. Según el auto de procesamiento dictado contra el General Augusto Pinochet el 10.12.1998 por la Sala de Instrucción num. 5 de la *Audiencia Nacional* (Juez Baltazar Garzón):
"Como Jefe de Gobierno y Presidente de la República, (el General Augusto Pinochet) tenía el poder de detener la situación existente. Sin embargo, él, por el contrario, incitó y promovió, impartiendo las órdenes necesarias a sus subordinados, y controlando al mismo tiempo, con un dominio completo sobre los crímenes, su ejecución material a través de su posición de liderazgo en la Dina."

No obstante, esta decisión no consideró a Pinochet como autor mediato. Por el contrario, lo juzgó a veces como un instigador, y otras como un coautor.

2.6 Uruguay

La sentencia del 09.02.2010 del Tribunal Penal de Uruguay n. 7[44] condenó a Juan Maria Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 a 1976, como (a) autor directo del delito de ataque contra el orden constitucional (la firma de Bordaberry fue necesaria para promulgar el Dec. 464/973 del 27.06.1973 mediante el cual el Parlamento fue disuelto); y (b) coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas.

Según el Tribunal, *Bordaberry* no poseía el dominio efectivo sobre las operaciones represivas llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas uruguayas entre 1973 y 1976 (período durante el cual alrededor de una quincuagésimo parte de los ciudadanos uruguayos fueron detenidos o interrogados, convirtiendo a Uruguay en el país latinoamericano con mayor porcentaje de detenciones políticas de ese entonces) debido a que desde el 09.02.1973 en adelante las Fuerzas Armadas uruguayas asumieron, unilateralmente, la lucha contra la subversión, y *Bordaberry* no tuvo influencia en su diseño o implementación. Los medios (detenciones prolongadas y tortura, seguidas simultáneamente por desaparición forzada y homicidio), a través de los cuales la campaña anti-subversiva fue llevada a cabo, fueron decididos por las Fuerzas Armadas uruguayas; no por *Bordaberry*. Como resultado, el Tribunal no discutió en su sentencia si el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder podía ser aplicado.

El Tribunal se centró, en cambio, en la figura de coautoría, puesto que Bordaberry apoyó las políticas represivas de las Fuerzas Armadas uruguayas, a partir de la circunstancia probada de que estas últimas buscaban obtener un objetivo que era compartido por Bordaberry, por los comandantes de mas alto rango de las Fuerzas Armadas, y por los autores directos de los crímenes; este objetivo no era otro que: la persecución y eliminación de los grupos políticos considerados peligrosos para la Seguridad Nacional. Por lo que respecta a *Bordaberry,* éste no sólo no cumplió con su deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir y detener la comisión de delitos, de solicitar su investigación y de presentar denuncias penales en las instituciones judiciales competentes (como presidente de la República de Uruguay tenía autoridad suficiente para adoptar esas medidas a través de sus Ministros), sino que, por el contrario, apoyó la campaña global anti-subversiva. De hecho, según la sentencia del Tribunal Penal de Uruguay, las políticas represivas diseñadas e implementa-

44. Caso n. IUE 1-608/2003.

das por las Fuerzas Armadas no podrían haber sido llevadas a cabo durante aquellos años sin el acuerdo y apoyo del entonces presidente de la República de Uruguay.[45]

3. CONCLUSIÓN

Para el momento en que Roxin definió el concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder por primera vez, en 1963, el autor tenía en mente el infortunado y único capítulo en la historia el siglo XX: el Holocausto y la red de campos de concentración y exterminio construidos por los nazis. En la cumbre de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler. Sin embargo, el funcionamiento efectivo de la maquinaria nazi requirió la acción coordinada de miles de miembros adicionales quienes, de acuerdo con la estricta cadena de mando, operaban en diferentes niveles de la organización nazi. El concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder puso en cuestión fuertemente aquellos intentos por describir la responsabilidad criminal de líderes políticos y militares del régimen nazi, así como la de los superiores en la escala de mando intermedia de dicha organización, como meros accesorios de los crímenes cometidos en la ejecución de la infame Solución Final.

A pesar de la inicial renuencia de la jurisprudencia nacional e internacional a recurrir al concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder, en un amplio alcance, la situación ha cambiado a través del tiempo. Este es el resultado de la creciente percepción de que la aplicación a este tipo de casos de las figuras jurídicas de responsabilidad accesoria de la participación, como la instigación o inducción y la cooperación o complicidad necesaria, aunque ciertamente no tenga ninguna repercusión en la pena finalmente aplicable, relega a los superiores a un rol secundario que no se corresponde realmente con su relevancia real.

Por otra parte, aunque los tribunales de justicia en América Latina y España se mantienen, hasta cierto alcance, divididos acerca de recurrir al concepto específico de autoría que hay que aplicar esta clase de casos (autoría mediata

45. Con cita de Welzel y Bacigalupo, el Tribunal resaltó que la aplicación del concepto de coautoría requiere que la contribución del acusado (a) tenga lugar durante la fase de ejecución del delito; y (b) sea esencial debido a que, sin ella, el delito no podría haberse cometido. Sólo si estos requisitos se cumplen, puede afirmarse que el acusado ejercía un co-dominio (compartido con los otros coautores) sobre la comisión del delito y por tanto decidió avanzar en su conclusión.

por aparatos organizados de poder o coautoría por dominio funcional), los supuestos analizados en el presente artículo muestran cómo el concepto de autoría mediata ha venido a desempeñar hoy un rol clave en la definición de la responsabilidad criminal de altos líderes políticos y comandantes militares que utilizan la organización que controlan para asegurarse la comisión de crímenes internacionales.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Breves anotações sobre o concurso de pessoas, de André Luís Callegari – *RT* 761/454;
- Concurso de pessoas: notas e comentários, de Wagner Brússolo Pacheco – *RT* 720/380;
- 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;
- Dominio por organización. Estado de la discusión, de Kai Ambos – *RBCCrim* 68/69; e
- Juzgamiento de los ilícitos penales cometidos por miembros de las Fuerzas de Seguridad durante la vigencia de regímenes dictatoriales en Argentina, de Federico Zurueta – *RBCCrim* 76/181.

54034

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO EXIGÊNCIA DA REALIZAÇÃO DO POSTULADO DO ESTADO DE DIREITO (SOCIAL E DEMOCRÁTICO)

4

LUIS GRACIA MARTÍN

Catedrático de Direito Penal na Universidad de Zaragoza, Espanha.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O trabalho trata criticamente do processo de modernização do direito penal, em suas diversas vertentes, com ênfase no tratamento dos bens jurídicos supraindividuais, na discussão em torno da legitimidade da intervenção penal e nos crimes de perigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Modernidade - Legitimidade da intervenção penal - Política criminal - Crimes de perigo - Bens jurídicos supraindividuais.

ABSTRACT: This paper critically analyzes the process of modernization of criminal law, in its several trends, with emphasis to the treatment of the supra-individual legal interest, criminal intervention legitimacy and crimes of danger.

KEYWORDS: Criminal law - Modernity - Criminal intervention legitimacy - Criminal policy - Crimes of danger - Supra-individual legal interest.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. As posições da doutrina penal ante a modernização do direito penal - 3. Limite e método para a solução do debate sobre a modernização do direito penal - 4. O caráter perverso e retrógrado do discurso de resistência - 5. A modernização do direito penal como luta pelo postulado do Estado de Direito (social e democrático).

1. INTRODUÇÃO[1-2]

1. O "moderno" evoca "ruptura" com o passado. Como escreveu Ignacio Sotelo, "implica a consciência de uma ruptura na continuidade histórica: o que foi já não é; vivem-se *tempos novos*".[3] A modernidade é a *ruptura* como mundo feudal. Sua constituição,[4] porém, não foi um fato instantâneo, mas um longo processo histórico no qual os diferentes aspectos e dimensões da civilização ocidental (eurocêntrica) – seguindo cada um seus próprios ritmos e vicissitudes – foram se liberando pouco a pouco de suas roupagens feudais.[5] No plano das ideias, por exemplo, a modernização só pode ser considerada como constituída após o advento dos movimentos do Renascimento e da Ilustração.[6]

2. Até hoje a denominação "Direito Penal *moderno*" remetia ao modelo penal de fins do século XVIII e princípios do século XIX das invenções políticas e jurídicas da Ilustração.[7] O Direito Penal ilustrado foi "moderno" porque implicou em uma ruptura com o modelo do *Ancièn Régime* em todos os aspectos

---

1. O presente artigo constitui uma versão revisada e ampliada em detalhes do artigo publicado em CARBONELL; GONZÁLEZ CUSSAC; ORTS (dirs.); CUERDA ARNAU (coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valência: Tirant lo Blanch, 2009. t. I, p. 879 ss. Essa versão revisada e ampliada será publicada em alemão no fascículo de fevereiro de 2010 do *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* com título ainda não determinado. Representa também um adiantamento de uma obra mais ampla e em elaboração sobre a modernização do direito penal.
2. Tradução do original espanhol por Érika Mendes de Carvalho, Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, professora adjunta de Direito Penal na UEM e investigadora do CNPq junto ao Centro de Estudios Brasileños – CEB, da Universidad de Salamanca.
3. SOTELO, Ignacio. Direito Penal. In: ELÍAS DÍAZ; RUIZ MIGUEL (ed.). *Filosofía política II. Teoría del Estado*. Madrid: Trotta, 1996. p. 26 s.
4. Sobre a formação histórica da modernidade, vide a exposição crítica de RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 95 ss., 159 ss.
5. Sobre essa questão, vide de novo a excelente exposição de RAMÓN CAPELLA, Juan. Op. cit., p. 95-157.
6. Vide, nesse sentido, RAMÓN CAPELLA, Juan. Op. cit., p. 99.
7. Vide CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 124; no mesmo sentido, e para o Direito em geral, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 218 e 868 s., onde chama de pré-moderno o anterior, isto é, o romano e o comum europeu.

fundamentais.[8] Os novos princípios político-criminais[9] são uma concretização do ideário *político* dos ilustrados das doutrinas da secularização do Estado, desenvolvidas durante o século XVII pelo Direito natural racionalista[10] (especialmente por Grócio e Hobbes e, sobretudo, por Pufendorf)[11] que expurgaram da ideia e do fim do Estado a fundamentação teológica e teocrática que o sustentou durante o *Ancièn Régime*[12] (agora a autoridade terrena já não deriva da vontade divina, mas de um contrato social), superando a compreensão do delito como pecado e como lesão à vontade divina:[13] apenas será delito o fato *socialmente danoso*.[14] No debate atual acerca da Ciência penal, o adjetivo "moderno" já não qualifica o Direito Penal da Ilustração. Este teria deixado de ser moderno,[15] e

8. Vide FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 868; CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 94, e AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Athenäum Verlag, 1972. p. 16 ss.

9. Também em fins do século XVIII ocorrem os primeiros esboços de sistemas jurídico-penais a partir do ideário iluminista; vide SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen*, 2. reimpr. da edição de 1930-1932. Aalen: Scientia Verlag, p. 21 ss.

10. Vide WÜRTENBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532*, reimpressão da edição de Breslau (1933). Aalen: Scientia Verlag, 1973. p. 210 ss.; OEHLER, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1950. p. 83 ss.; SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutshen Strafrechtspflege*. 2. reimp. da 3. ed. de 1964. Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, 1995. p. 163 ss., §§ 152 ss., p. 212, § 203; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 18 ss.; SCHÜNEMANN, GA 1995, p. 204 s.; *ADPCP* 1996. p. 190 s.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 93.

11. Sobre a decisiva influência de Pufendorf na *moderna* teoria do Estado e do Direito, frequentemente ignorada, vide WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorf*. Berlin/New York: De Gruyter, 1958. passim, e *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971. 133 ss., e particularmente p. 146 ss.; vide também TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, trad. J. Pradera, 3. ed. Madrid: Tecnos, 1975. p. 256.

12. Vide SABINE, *Historia de la teoría política*, revisada por Thomas Landon, 3. ed. Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 324.

13. Vide SCHMIDT, Eb., *Einführung*, p. 163 (sobre a descrição de *Carpzovio*); SCHAFFSTEIN, Das Verbrechen als Pflichtverletzung. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935. p. 112; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 17 s.

14. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, p. 16 ss., 38 ss.; Schünemann, In: Hefendehl; von Hirsch; Wholers, *Die Rechtsguttheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 137 ss. (= em Hefendehl (ed.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 203 ss.).

15. Vide HASSEMER (*ZRP*, 1992. p. 378 s.; = em *ADPCP*, 1996. p. 235 ss. e em HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 16 ss.).

para distingui-lo daquele que agora apresenta esse caráter, Hassemer sugeriu a denominação "clássico",[16] com a atribuição do adjetivo "moderno" ao Direito Penal do *presente*, enquanto "instituição distinta do Direito Penal clássico".[17] Como já se examinará, o novo Direito Penal enseja, certamente, uma ruptura com o da Ilustração em determinados aspectos, e por isso não é desacertado atribuir-lhe o caráter de "moderno". Mas isso não justifica a consagração do Direito Penal da Ilustração como "clássico".[18] Por um lado, porque as profundas transformações da sociedade moderna fazem com que ao menos alguns objetos e enunciados político-criminais e policiais da Ilustração já não possam ser tidos, hoje, como modelo de referência nem como medida do passível à intervenção penal legítima.[19] E por outro lado, porque exigências de caráter ético-político e de justiça apontam também para que alguns daqueles objetos e enunciados sejam tidos simplesmente como *inadmissíveis*.[20] Por isso, e porque o Direito Penal da Ilustração e o atual derivam de dois modelos diferenciados – mas não excludentes – de Estado de *Direito*, propus denominar o primeiro como "Direito Penal (do Estado) *liberal*",[21] e

16. Igual a HASSEMER (nota anterior), na Alemanha, NAUCKE, *KritV* 1993. p. 135 ss.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*. Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris: Peter Lang, 1991. p. 5 ss.; HERZOG, *KritV* 1993. p. 247 ss. Na Espanha, vide SÁNCHEZ GARCÍA, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999. p. 11 y nota 1, e MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. especialmente p. 67.

17. Por clássico entende HASSEMER (*ZRP* 1992 p. 379 = *ADPCP* 1996 p. 237; HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 18 s.: "Um ideal, um parâmetro que orienta e que indica quais são os passos que devem ser dados para seguir o bom caminho e evitar o mau, e quais são os que devem ser superados antes de chegar às proximidades da meta".

18. Vide, com mais detalhes, GRACIA MARTÍN, LH-Cerezo, 2002, p. 355; idem, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valência: Tirant lo Blanch, 2003, p. 50 s., e idem, *Modernización del derecho penal y derecho penal del enemigo*. Lima: Idemsa, 2007. p. 38 s.

19. No mesmo sentido, SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 206 ss. (= *ADPCP*, 1996, p. 193 ss.).

20. Também SCHÜNEMANN, In: KÜHNE; MIYAZAWA. *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 21* (= *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 55 (razões de igualdade e de justiça).

21. Denominação que, com mais propriedade que Hassemer, utilizam já outros autores críticos do Direito Penal moderno. Assim, por exemplo, LÜDERSSEN, Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht? In: BÖLLINGER; LUTMANN (ed.). *Vom*

o atual como "Direito Penal (do Estado) *social e democrático*".[22] Mas, o que é o novo Direito Penal moderno?

3. A doutrina inclui no atual "Direito Penal moderno"[23] uma pluralidade de *novos* tipos penais que ampliam a intervenção penal a âmbitos que, a exemplo da atividade econômica, tinham permanecido antes, em maior ou menor medida, fora de seu alcance, e também a certos *desdobramentos* do alcance de alguns tipos penais tradicionais (por exemplo, a fraude de crédito) e as *agravações* das penas. Existe um amplo acordo em se descrever o Direito Penal moderno como um fenômeno *quantitativo* que se desenvolve principalmente na Parte Especial,[24] e que ao ter o aspecto de uma *tendência* que não encontra limites,[25] é tido como um processo de *expansão* do Direito Penal.[26]

O Direito Penal moderno não é homogêneo em seus conteúdos. Nele, podem ser identificados seis âmbitos concretos, frequentemente combinados e sobrepostos:[27] (a) o denominado *Direito Penal do risco*, através do qual se busca dar resposta, preferentemente por meio dos *tipos de perigo abstrato*, aos

---

Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993. p. 268 ss.; e SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 149 ss.

22. Vide GRACIA MARTÍN, *LH-Cerezo*, p. 356 s., *Prolegómenos*, p. 51 ss., e *Modernización*, p. 39 ss.

23. Vide, por exemplo, HASSEMER, *ZRP*, 1992, p. 379 ss. (= *ADPCP*, 1992, p. 235 ss.); LUÜDERSSON; NESTLER-TREMEL; WEIGEND (ed.). *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris: Peter Lang, 1990; SCHÜNEMANN, *GA* 1995. p. 212 s. (idem, *ADPCP* 1996, p. 200; idem, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 19, 24 ss.; idem, *Temas actuales*, p. 53 ss. e 62 ss.); HETTINGER, *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart*. HEIDELBERG: C. F. Müller, 1997. p. 3 ss. e 11 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 20 e 157 ss., e nota 372 da p. 157; SÁNCHEZ GARCÍA, *El moderno derecho penal*, p. 11 e nota 1; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal*, especialmente p. 67; GRACIA MARTÍN, In: LH-CEREZO MIR (2002), p. 349 ss.; idem, *Prolegómenos*, passim; idem, *Modernización*, passim.

24. HASSEMER, *ZRP* , 1992. p. 379, 381 (idem, *ADPCP*, 1992, p. 236, 241 e GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 57 ss.

25. Vide, nesse sentido, por exemplo, SEELMANN, *KritV*, 1992, p. 452 ss.; KINDHÄUSER, *Universitas*, 1992, p. 227; PRITTWITZ, *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 428, que fala do "dia a dia de uma crescente criminalização".

26. Assim, HASSEMER, *ZRP*, 1992, p. 381 (= *ADPCP*, 1992, p. 241), e, na doutrina espanhola, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 20, que vislumbra no Código Penal espanhol de 1995 um modelo exemplar de Direito Penal moderno (idem, p. 20 s.).

27. Vide GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 60 ss.; idem, *Modernización*, p. 44 ss.

grandes riscos que criam certas atividades na atual "sociedade de risco", como as relativas à tecnologia atômica e nuclear, à informática, à genética, ou à fabricação e comercialização de produtos;[28] (b) o *Direito Penal econômico e do ambiente*, que agrupa um conjunto de tipos penais orientados a proteger o ambiente[29] e outros novos bens jurídicos da Economia que, geralmente, fazem remissão a substratos de caráter coletivo;[30] (c) o *Direito Penal da empresa*, onde são abordadas todas as questões de imputação que derivam do tipo delitivo praticado a partir de uma organização empresarial e, por essa razão, com base nos princípios da divisão de trabalho e de hierarquia;[31] (d) o *Direito Penal da*

28. Vide, por exemplo, HASSEMER, *NStZ*, 1989, p. 558 (idem, *Pena y Estado*, n. 1, 1991, p. 34, 35; idem, In: PHILIPPS/SCHOLLER, Jenseits des Funktionalismus. In: *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg: Decker & Müller, 1989. p. 85, 88 s.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*. Heidelberg: R. V. Decker, 1991. p. 48 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a. M., 1993. p. 261 ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der 'Risikogesellschaft'*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 43 ss.; a exposição panorâmica de ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2, nm. 71 ss., p. 36 s.; na doutrina espanhola, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 22, 28 s. 32 ss., 36 s.; MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal*, p. 24 ss., 44 ss., 66, nota 127, *in fine*, 78 ss., 155 ss. e passim. Vide o Título XVII do Livro II do Código Penal espanhol de 1995 dedicado aos "delitos contra a segurança coletiva", cujo Capítulo I abarca os "delitos de risco catastrófico" (relativos à energia nuclear e às radiações ionizantes (arts. 341 a 345), o Capítulo III "os delitos contra a saúde pública" relacionados com a fabricação e comercialização de produtos perigosos para a vida e a saúde das pessoas, e o Título VI, dedicado aos „delitos relativos à manipulação genética".

29. Vide apenas HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, especialmente p. 188 ss., 196 ss. e SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 205 ss.; idem, In: *FS-Triefflterer*, p. 452 ss.; idem, In: KÜHNE/MIYAZAWA, p. 23 ss. (idem, *Temas actuales*, p. 56 ss., e para Espanha SILVA SÁNCHEZ, In: GÓMEZ COLOMER; GONZÁLEZ CUSSAC (coord.). *Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castellón de la Plana, 1997, p. 157 ss., 180 s.; idem, *La expansión*, p. 122 ss. e 131 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación ambiental*. Granada: Comares, 2004. p. 15 ss.

30. Vide, por todos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 252 ss. E TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil (EuAT)*. Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag KG, 2004, p. 30, nm. 60; e na Espanha, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 25 s., 91 ss., 160 s.; e SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003. p. 256 ss.

31. Vide, sobretudo, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag, 1979; idem, „Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen", R. V. Decker's Verlag, p. 139 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*. Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1996; TERRADILLOS, *Derecho penal de la*

União Europeia, para a proteção de bens jurídicos "europeus" diferenciados dos nacionais;[32] (e) o *Direito Penal da globalização*, para a proteção de bens jurídicos no atual mercado global autorregulamentado, não controlado pelos Estados nacionais;[33] e (f) o tão controvertido – e denominado por Jakobs, em 1985 – *Direito Penal do inimigo*.[34]

2. AS POSIÇÕES DA DOUTRINA PENAL ANTE A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

1. O processo de modernização do Direito Penal gerou na doutrina penal dois discursos ideológicos e político-criminais claramente opostos e contrapostos, denominados por mim, respectivamente, como "de modernização" e "de resistência à modernização" do Direito Penal.[35]

Na Alemanha domina o discurso da Escola de Frankfurt, resistente à modernização do Direito Penal.[36] Na Espanha, até a promulgação do novo Código

---

empresa. Madrid: Trotta, 1995; PAREDES CASTAÑÓN, In: PAREDES; RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 138 ss.; GRACIA MARTÍN, In: MIR PUIG; LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: J. M. Bosch, 1996. p. 52 ss.

32. Vide SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag, 2001. p. 348 ss.; idem, *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2005. p. 97 ss., 120 ss.; HECKER, *Europäisches Strafrecht*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2005. p. 240 ss.; os trabalhos de Hefendehl, Bitzilekis, Kaiafa y Spinellis, incluídos em SCHÜNEMANN (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*. Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag, 2006. p. 204 ss., 222 ss. e 233 ss., respectivamente e a proposta de Eurodelitos em TIEDEMANN (ed.), *Freiburg-Symposium*. Carl Heymanns Verlag: Köln/Berlin/Bonn/München, 2002.

33. Vide SCHÜNEMANN, *GA*, 2003. p. 299 ss.; idem, In: JOERDEN, Jan C. J; WITTMANN, Roland (ed.), *Recht und Politik*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004. p. 133 ss.; GRACIA MARTÍN. In: ROMEO CASABONA (ed.), *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Granada, 2008. p. 23 ss.

34. Vide JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), p. 756 ss., 783 s. A literatura é inabarcável; vide a respeito GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el "Derecho penal del enemigo"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, e a obra coletiva monotemática de CANCIO MELIÁ; GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, I e II, Edisofer/IBdF, 2006, com contribuições de 72 autores europeus e latino-americanos.

35. GRACIA MARTÍN, *LH-Cerezo*, p. 387 s.; idem, *Prolegómenos*, p. 163; idem, *Modernización*, p. 106.

36. Vide SCHÜNEMANN, *GA* 1995. p. 211 (= *ADPCP* 1996, p. 198, com mais referências).

Penal de 1995, quase não se debatia em profundidade as questões que, na Alemanha, eram incorporadas por aquele discurso, mas hoje se presta a maior atenção a tais questões, dado que o Código Penal de 1995 "codificou" um Direito Penal econômico que até então não passava de um objeto de reflexões *de lege ferenda*.[37] Assim o demonstra a quantidade de monografias publicadas na Espanha sobre determinados tipos penais econômicos[38] e a publicação de obras gerais.[39] Nelas penetrou com força e com tendência expansiva as essências do discurso de Frankfurt.[40] Na Alemanha, o discurso de resistência foi objeto de críticas contundentes, sobretudo por Schünemann e por Kuhlen,[41] e, entre 2002 e 2007, publiquei na Espanha, no Brasil e no Peru alguns ensaios favoráveis à modernização do Direito Penal,[42] vistos por Schünemann

37. Cf. o Título XIII CP: "Dos delitos contra o patrimônio e *contra a ordem socioeconômica*".

38. Vide as listas bibliográficas do Manual de Parte Especial de Martínez-Buján (referência na próxima nota).

39. Antes do novo Código, além do clássico Manual de Miguel Bajo (*Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978), Juan Terradillos publicou seu *Derecho penal de la empresa*, e, para o novo Código, MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998; 2. ed. 2007; *Derecho penal económico. Parte especial*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999; 2. ed. 2005; BACIGALUPO, E. (dir.), *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998; 2. ed. 2005; e BAJO, M.; BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

40. Assim, em 1997, Mata y Martín publica *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997, crítico em relação à proteção penal dos bens jurídicos coletivos; em 1999 aparecem a monografia crítica ao Direito Penal moderno de Maria Isabel Sánchez, e como publicação especialmente relevante, o ensaio absolutamente crítico de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, que já havia publicado antes outros trabalhos parciais com a mesma carga crítica (*ADPCP*, 1996, p. 93 ss.; *AP* n. 15, 1996. p. 309 ss.; e *La Ley*, 1997, t. 3, p. 1714 ss.); e em 2001, publica Silva uma segunda edição ampliada do mencionado ensaio, e aparece a monografia crítica ao Direito Penal moderno de Blanca Mendoza.

41. Vide SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 203 ss. (idem, *ADPCP*, 1996. p. 190 ss.); idem, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 19 ss. (idem, SCHÜNEMANN, *Temas actuales*, p. 53 ss.); idem, *FS-Triffterer*, 1996, especialmente p. 452 ss.; idem, In: VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS, (ed.), *Mediating Principles*, Baden-Baden: Nomos, 2006. p. 24 ss.; idem, In: *Cuestiones actuales del sistema penal*. Lima: Ara, 2008. p. 13 ss.; KUHLEN, *GA*, 1994. p. 347 ss.; idem, *ZStW* 105 (1993). p. 711 ss., 720 ss.; vide também HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 148 ss., 156 ss., 182 ss., 208 ss.

42. Vide GRACIA MARTÍN, obras citadas na nota 16; e a edição brasileira dos meus *Prolegômenos para a luta pela modernização do Direito Penal e para a crítica do discurso de*

como o desenvolvimento de um "criticismo dogmático-filosófico",[43] cujas diretrizes programáticas não encontraram eco na doutrina espanhola.[44] Os autores espanhóis favoráveis ao discurso de resistência limitaram-se basicamente a corroborar o discurso de Frankfurt, quase sem questionar os argumentos da modernização. O discurso de resistência permanece, portanto, com sua pecha de insustentável enquanto seus partidários não apresentarem uma réplica séria e convincente.[45]

2. Para o *discurso de resistência*, o que converte realmente em moderno o novo Direito Penal é a sua *ruptura* massiva com as garantias penais, de cunho liberal, do Estado de Direito,[46] especialmente com aquelas provenientes dos princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos, de subsidiariedade e de *ultima ratio*. Os objetos protegidos pelos novos tipos penais, sobretudo os econômicos e o ambiente, careceriam da condição de bens jurídicos porque não

---

resistência, tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Safe, 2005. No discurso de modernização, poderiam ser incluídos também, a meu ver, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 183 ss., especialmente p. 188 ss.; POZUELO PÉREZ, *RDPP*, n. 9, 2003. p. 17 ss., SOTO NAVARRO, La protección penal (n. 28), p. 170 ss., 233 ss. e 277 ss.; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*. Granada: Comares, 2005. p. 65 ss. Uma postura moderada e matizadamente favorável à modernização é a mantida por MARTÍNEZ-BUJÁN, *LH-Cerezo*, 2002. p. 402 ss.

43. Vide SCHÜNEMANN, Apresentação à obra de GRACIA MARTÍN, Prolegómenos, p. 19 s.

44. Vide, sobretudo, a resenha feita por Paredes Castañón aos meus Prolegómenos, publicada na *RDPC*, n. 17, 2006. p. 437 ss., e incluída como anexo II na edição peruana de *Modernización*, p. 149 ss.

45. Assim, só pode ser vista como uma tentativa inidônea a pretensão de rebater o discurso de Schünemann com o único e absolutamente infundado argumento de que entraria em conflito com os princípios de subsidiariedade e de *ultima ratio*, como faz Blanca Mendoza (*El derecho penal*, p. 149, n. 368 e 150 s.), pois a defesa de tais princípios por Schünemann é realmente insistente, constante e permanente, precisamente em relação à modernização do Direito Penal, isto é, que, mais adiante, em sua opinião, a solução do Direito Penal moderno "pode ser a partir da ideia jurídico penal fundamental, e não alterada desde o Iluminismo, como *ultima ratio* para a prevenção de danos sociais" (In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 34, idem, *Temas actuales*, p. 68); ademais, idem, In: VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS, p. 18 ss.

46. Assim SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 20, e p. 101: "Restrição, ou a 'reinterpretação' das garantias *clássicas* do Direito Penal substantivo e do Direito processual penal"; concorda com essa mesma fundamentação em seus aspectos essenciais, MENDOZA BUERGO, *El derecho penal*, p. 181 s.: "Corre-se o risco de incidir na destruição do sistema de garantias".

seriam constituídos por uma realidade empírica perceptível e suscetível de ser vinculada a interesses concretos das pessoas,[47] posto que seriam apenas "funções", instituições, modelos ou objetivos relacionados à organização política, social ou econômica,[48] ou contextos, substratos ou condições prévias ao usufruto dos bens jurídicos individuais;[49] em síntese, apenas objetos fictícios de tutela,[50] que servem como pretexto para uma ampliação das incriminações.[51] Ademais, o Direito Penal moderno teria substituído o modelo do tipo de lesão ou de perigo concreto de bens jurídicos individuais por outro, no qual predomina o *perigo abstrato* e, inclusive, o presumido.[52] Com isso, desviar-se-ia dos princípios de lesividade, de subsidiariedade e de *ultima ratio*, e ocasionaria, ademais, a lesão de outras garantias derivadas destes últimos princípios, como os princípios de culpabilidade e de proporcionalidade,[53] o que atingiria magnitudes exponenciais no caso da proteção de substratos coletivos, já que suas gigantescas dimensões tornam praticamente impensável que a conduta individual e isolada de um sujeito determinado possa lesá-los ou expô-los a perigo.[54] Por outro lado, o Direito Penal moderno teria apenas um caráter *simbólico*,[55] pois os

47. Assim, PHILIPPS; SCHOLLER, p. 89; El derecho penal (n. 14), p. 73.

48. Vide HASSEMER, In: PHILIPPS; SCHOLLER, p. 89; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal*, p. 72-73.

49. Vide, *La expansión*, p. 121 ss.

50. Vide, nesse sentido, MOCCIA, In: SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 116: "Criação artificiosa de bens jurídicos".

51. Vide HASSEMER. *Dei delitti e delle pene*, 1984. p. 112 s.; idem, *NStZ*, 1989. p. 353 ss.

52. Vide HASSEMER. In: PHILIPPS; SCHOLLER, p. 89; idem, *NStZ*, 1989. p. 558 (idem, *Pena y Estado*, n. 1, 1991. p. 34 s.; *ZRP*, 1992. p. 381; *ADPCP*, 1992. p. 242); SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 121.

53. Cf., implicitamente, KINDHÄUSER. In: SCHÜNEMANN; SUÁREZ, (ed.), *Madrid-Symposium f. Klaus Tiedemann*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag, 1994. p. 134, e, antes disso, LÜDERSSEN; NESTLER-TREMEL;WEIGEND, p. 29 ss.; para os delitos de acumulação, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 132 s.; também, MENDOZA BUERGO, *El derecho penal*, p. 80.

54. Vide, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 121: "A combinação entre a introdução de novos objetos de proteção com a antecipação das fronteiras da proteção penal propiciou uma transição rápida do modelo de 'delito de lesão de bens individuais' ao modelo de 'delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais', passando por todas as modalidades intermediárias".

55. Vide HASSEMER, *NStZ*, 1989. p. 553, 556 ss. (idem, *Pena y Estado*, n. 1, 1991. p. 23 ss., 30 ss.; idem, *ZRP*, 1992. p. 381; *ADPCP*, 1992. p. 244; idem, *StV*, 1995. p. 486); HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 59 ss., 68 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 255

únicos fins perseguidos pelo legislador através dos novos tipos penais seriam produzir na sociedade e nos indivíduos o efeito meramente aparente – *simbólico* – de que com a criminalização de comportamentos conectados a novos riscos fornece a solução eficaz exigida, ou o efeito pedagógico ou educativo – exclusivamente simbólico – de que a população adquira a consciência da necessidade de respeitar determinados valores, o *standard* ou a boa ordem de determinados setores de atividade etc.[56] Enfim, essas supostas ameaças para as garantias do Estado de Direito[57] conduzem à proposta de deslocamento de todos os ilícitos modernos a outros setores do ordenamento jurídico. Na Alemanha, Hassemer postula reconduzi-los a um *Direito de intervenção*, com elementos do Direito civil e do Direito administrativo,[58] e, na Espanha, Silva Sánchez propôs a formação de um *Direito Penal de segunda velocidade*,[59] que operaria com garantias mais flexíveis que as do Direito Penal tradicional (de primeira velocidade), mas no qual, porém, não teriam lugar as penas privativas de liberdade.[60]

3. O discurso de modernização só sugere uma adequação do Direito Penal às novas realidades sociais e ao Estado social, mas, ao contrário do que afirma o discurso de resistência, sem se desviar de forma alguma nem flexibilizar minimamente os princípios e as garantias do Estado de Direito,[61] e sim procura

---

ss., 365; SÁNCHEZ GARCÍA, *El moderno derecho penal*, p. 96 ss.; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal*, p. 53 ss., 157 s., 160 s.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 50 ss.

56. Vide, por exemplo, exclusivamente HASSEMER, *NStZ*, 1989, p. 556 ss. (idem, *Pena y Estado*, n. 1, 1991), p. 30 ss.; *ZRP*, 1992. p. 381; idem, *ADPCP*, 1992. p. 240) e HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 25.

57. Vide como emblemático o diagnóstico feito por PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 248 ss., segundo o qual "o potencial destrutivo do Direito Penal (do controle global) para o Direito Penal (relativo ao Estado de Direito liberal)".

58. HASSEMER, *ZRP*, 1992. p. 383 (idem, *ADPCP*, 1992. p. 248 s.); idem, *StV*, 1995. p. 489 s.; idem, *FS-Bemman*, 1997. p. 188; em sentido similar, NAUCKE, *KritV*, 1993. p. 158, 161, e mesmo antes em NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Stuttgart: Steiner Verlag, 1985. p. 35; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 156.

59. Vide SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 159 ss.; nessa segunda edição de seu livro, Silva incorpora o Direito Penal do inimigo (cf. supra 1, 3 e nota 34) como um Direito de medidas de segurança para delinquentes imputáveis perigosos ao, referir-se a este último, utiliza a metáfora da "terceira velocidade do Direito Penal"; vide SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 163 ss.

60. Vide SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 159 ss.

61. Vide GRACIA MARTÍN, *LH-Cerezo*, 2002. p. 393; idem, *Prolegómenos*, p. 190 e 208; idem, *Modernización*, p. 124 s.; idem, *LH-Vives Antón*, 2009. p. 896 ss.; no mesmo sentido

aprofundá-los, como precisa *Bustos*, para realizá-los em toda a sua plenitude.[62] A modernização considera a exigência ética e política do presente uma condição de possibilidade para a realização *efetiva* das garantias do Estado de

---

do texto, vide GARCÍA-PABLOS, *Introducción al derecho penal*, 4. ed. Madrid: Ramón Areces, 2006. p. 225; SCHÜNEMANN, In: KÜHNE/MIYAZAWA, p. 16 ss. (idem, *Temas actuales*, p. 50 ss., 19 ss.); TERRADILLOS, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 140 s.

62. Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987. p. 18 s., onde adverte que se trata "de elaborar o máximo possível de garantias" e "da construção de um Direito Penal *materialmente* garantista". O Direito Penal moderno é, ademais, o mais claro expoente da plena realização dos princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos, de subsidiariedade e de *ultima ratio*; vide SCHÜNEMANN. In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 34 s. (idem, *Temas actuales*, p. 68, idem, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 141 ss., idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 207 ss.; idem, In: VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS, p. 21 ss.; no mesmo sentido, GRACIA MARTÍN. *LH-Vives Antón*, 2009. p. 896 ss. E assim, segundo Bustos Ramírez (*Control social*, p. 190), com o reconhecimento de bens jurídicos coletivos não só se abandona o conceito de bens jurídico, como, ao contrario, são ultrapassados seus limites formais e se chega uma concepção material deste e, posto que aqueles são condições de possibilidade da realização da liberdade e da igualdade substanciais, sua proteção penal é uma exigência indeclinável para um Estado que tem que garantir aquela realização (op. cit., p. 184 ss. e 195 ss.; e, no mesmo sentido, GRACIA MARTÍN, *LH-Vives Antón*, 2009. p. 905 ss.; PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, n. 39, 1989. p. 740 e 745 ss.; TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 125 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 193 s.; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 233 e 244; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 224 s.; na doutrina alemã, SCHÜNEMANN, In: HEFENDEL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 137 ss. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 203 e 208) e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 76 ss. e 116 ss.). Gimbernat (*Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminolgía*, Madrid: Uned, 2001. p. 356 e 370) enfatiza que "os conceitos fundamentais da Parte Geral continuam sendo adequados – mais ainda: irrenunciáveis – para tratar – e penetrar nas – novas manifestações jurídico-penais", pois "estão plenamente em condições de assimilar esses novos fenômenos e de dar aos problemas que geram soluções ajustadas à justiça e à segurança jurídica". Romeo Casabona (*Modernas tendencias...* cit., p. 104 s.) sustenta que o "princípio da precaução" no Direito Penal, enquanto alternativa possível ao da "previsibilidade" para alguns fenômenos atuais, não comprometeria nenhuma das garantias penais do Estado de Direito. Segundo Schünemann (*GA*, 1995. p. 214; *ADPCP*, 1996. p. 201), a alta definição da ação típica e das circunstâncias do fato nos delitos de perigo abstrato os torna mais adequados ao mandado de determinação que os tradicionais tipos culposos de resultado; e, segundo TIEDEMANN (Wirtschaftsstrafrecht, *EuAT*, p. 31 n. 60) a legitimidade dos tipos de perigo abstrato não pode ser questionada do ponto de vista dos limites da punibilidade. E se já não fossem suficientemente conclusivos os argumentos de Kuhlen a favor da legitimidade dos "delitos acumulativos" (*ZStW* 105 (1993), p. 711 ss., 720 ss.; antes em *GA*, 1986. p. 399 ss.), HEFENDEHL (*Kollektive Rechtsgüter*, p. 189 s. e 306 ss.; idem, *GA*, 2002. p. 27) rebateu também a objeção de que neles se fundamenta o injusto *ex iniuria tertii*,

Direito (social e democrático).[63] Ora, se o Direito Penal moderno pactua com as garantias do Estado de Direito, em quais de seus aspectos se constata a *ruptura* histórica que o torna realmente "moderno"? Como sustentei em outro lugar, a ruptura daquele com o Direito Penal liberal radica essencialmente na criminalização formal da criminalização *material* das classes sociais poderosas, que foi ignorada ou tolerada quase em sua totalidade, e inclusive favorecida, pelo Direito Penal liberal.[64] Por isso, a tarefa fundamental do discurso de modernização consiste em formular os enunciados e determinar os objetos que permitam *incluir toda* criminalidade *material* – essencialmente econômica e empresarial, e hoje de alcance global e planetário – das classes sociais podero-

---

afirmando que sua estrutura típica não faz remissão a nenhum injusto de terceiros para fins de fundamentação da responsabilidade.

63. Assim, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 186 ss. e 196 ss. (em relação à fundamentação dos bens jurídicos coletivos); GRACIA MARTÍN, *LH-Cerezo*, 2002. p. 393; idem, *Prolegómenos*, p. 189 ss., 199 s., 208 ss.; idem, *LH-Vives Anton*, 2009. p. 896 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *LH-Cerezo*, 2002. p. 430 s.; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 225; e, na doutrina alemã, com clareza, SCHÜNEMANN, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 21 (idem, *Temas actuales*, p. 55), onde elucida que "com a modernização não se trata de retroceder a Proudhon e Karl Marx", mas sim de satisfazer as exigências de "*igualdade* e, com isso de *justiça*".

64. Segundo SILVA SÁNCHEZ (*La expansión*, p. 157 s.), o rechaço à modernização não implica a defesa de um Direito Penal *de classes sociais*, porque com a criminalização ou não de condutas não se distingue entre *sujeitos*, mas apenas entre *fatos*, porém isso não é convincente; vide a opinião contrária de LÜDERSEN (*Abschaffen des Strafens?* Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1995. p. 11), e, aceitando e reforçando essa opinião com outra de Schünemann, vide também ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. p. 37 n. 73. Em um modelo típico ideal, pode-se afirmar que o sistema de ação socialmente inadequada e danosa das classes sociais baixas teve, tem e terá sempre como objetos preferentes de agressão substratos de natureza *individual*, reconhecidos *eo ipso* pelo sistema penal e tratados como bens dignos e necessitados de tutela, enquanto o das classes poderosas será excluído do sistema penal e tratado, no máximo, como *ilícito administrativo*, dirigindo-se preferentemente contra substratos de titularidade *coletiva*; vide FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris: Gallimard, 1975. p. 89: com a passagem "de uma sociedade da exação jurídico-política para uma sociedade da apropriação dos meios e dos produtos do trabalho (...) separou-se a ilegalidade dos bens da ilegalidade dos direitos; separação que esconde uma oposição de classes, já que, de uma parte, a ilegalidade mais acessível às classes populares deverá ser a dos bens: transferência violenta das propriedades; e, de outra parte, à burguesia se reserva a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de elidir suas próprias regulamentações e suas próprias leis; de assegurar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que desenvolve à margem da legislação, que se caracteriza por suas omissões ou por uma tolerância de fato".

sas no discurso político-criminal, mas tudo isso de um modo rigorosamente ajustado às garantias do Estado de Direito.

3. LIMITE E MÉTODO PARA A SOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

1. Que o poder punitivo, em qualquer de suas manifestações, está sujeito a limites estritos, cuja transposição arbitrária ou discricionária o torna ilegítimo, é uma afirmação que atualmente foi convertida em assertiva, isto é, apresenta uma validade que não precisa de nenhuma demonstração e que, por isso mesmo, condiciona também a validade de todo objeto e enunciado incriminador. Aqueles limites derivam especificamente do âmbito político-criminal, da limitação do poder estatal pela "ideia do *Estado de Direito*", que, prescindindo dos antecedentes, deve-se ao pensamento iluminista da segunda metade do século XVIII e de princípios do século XIX, sendo desenvolvida posteriormente pelos administrativistas alemães.[65] Diferentemente do poder absoluto do soberano no Estado absolutista, que lhe facultava determinar – ou intervir na – vida de seus "súditos" de modo arbitrário e discricionário (*non ratio, sed voluntas facit legem*), o exercício de qualquer poder e toda atividade do Estado de Direito encontram-se sujeitos ao Direito e limitados por este (*non voluntas, sed ratio facit legem*).[66] Esses limites fixados pelo Direito tornam ilegítimo todo exercício do poder estatal que os ultrapasse e, por isso, operam como *garantias* para as esferas de liberdade dos cidadãos frente a este. Um dos limites mais importantes é aquele representado pelo conceito material de delito desenvolvido a partir da intervenção política iluminista de "objeto" do delito,[67] hoje reconhecido como garantia fundamental do Estado de Direito.[68] Esse conceito determina as condições (materiais) que devem necessariamente existir para que um fato possa ser submetido legitimamente a uma pena estatal e, desse modo, traça o limite a partir do qual já não mais deve ser possível nenhum exercício legítimo do poder punitivo.[69] O conceito material de delito vincula principalmente, e,

---

65. Assim, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985. p. 52 s.

66. Sobre a inversão da fórmula decisionista do Estado absoluto, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 52.

67. Sobre essa questão, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 20 s.

68. Sobre o conceito material de delito como parâmetro da legitimidade das leis penais controlável pelo Tribunal Constitucional, SCHÜNEMANN, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 141 ss. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 207 ss.).

69. Vide apenas ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. p. 13, n. 1.

sobretudo – embora não apenas –, o legislador, pois se a definição *legislativa* de um fato como punível é a primeira – e, por determinação do princípio da legalidade, indispensável – consequência da sujeição legítima de um fato à pena estatal, então deve operar forçosamente como limite da determinação da legitimidade da definição formal de fatos puníveis pelo legislador.[70] Apesar da insegurança crônica que recai sobre a determinação do conceito material de delito, não parece haver nenhum motivo relevante que o force a desviar-se dos princípios liberais iluministas que limitam o exercício do poder punitivo à proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos frente a lesões e a perigos especialmente graves e como *ultima ratio*.[71] Em sentido material, só podem figurar como delitos aquelas condutas que lesam ou expõem a perigo bens jurídicos de um modo grave, e frente às quais não exista nenhuma outra reação legítima senão a pena estatal.

2. O debate acerca da modernização do Direito Penal se desenvolve precisamente em torno de um conceito material de delito como o descrito e essencialmente compartilhado por ambos os discursos. Por isso, parece óbvio perguntar por que um e outro logo desenvolvam enunciados e cheguem a resultados tão contraditórios e excludentes sobre os mesmos objetos. Mas a resposta parece óbvia: porque para um e outro discurso o único que tem "similitude" são os objetos sobre os quais debatem (os tipos penais modernos), mas não os referentes axiológicos do conceito material de delito, e por isso tampouco as qualidades materiais essenciais ou a intenção e extensão do "objeto" do delito. Posto que se trate de aferir nada mais nada menos do que a legitimidade ou ilegitimidade – *tertium non datur* – da intervenção penal em âmbitos de relação social até agora alheios a ela, então não parece possível uma coexistência válida de dois discursos que chegam a conclusões antagônicas sobre isso.[72] Por conseguinte, parece não haver outra alternativa senão submeter ambos a critérios de "validade", e o resultado dessa operação só poderá ser o reconhecimento de um em razão de sua comprovada "validade", e o rechaço do outro só pelo fato de que essa comprovação tem que invalidá-lo *eo ipso*.[73] Pois bem, dado que toda crítica feita a um discurso a partir das bases do discurso oposto só poderá chegar a uma reafirmação completamente circular e tautológica de seus

70. Vide, por exemplo, apenas ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. p. 13, n. 1.

71. Assim SCHÜNEMANN, como supra, notas 45 e 62.

72. Assim, GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 164 ss.

73. Segundo a tese sobre a justiça dos juízos e das emoções opostos *mutatis mutandis* de BRENTANO, *El origen del conocimiento moral*, trad. de Manuel García Morente e *Estudo preliminar* de Juan Miguel Palacios. Madrid: Tecnos, 2002. p. 23 s., n. 21, e p. 24, n. 22.

próprios enunciados ("esse objeto não pode ser um bem jurídico *porque* não possui as qualidades que *eu* já defini de antemão com necessárias!") e, dessa forma, absolutamente nada pode assim ser demonstrado acerca da validade dos enunciados de um e da invalidade dos enunciados do outro, a elucidação só poderá ser alcançada após uma indagação sobre a existência e vigência das *condições de validade* dos próprios enunciados.

3. Uma indagação como a indicada pode ser efetuada de modo satisfatório e com resultados plausíveis por meio dos procedimentos básicos da filosofia do discurso *foucaultiana*,[74] que pode ser descrita globalmente como uma filosofia da suspeita que opera com estratégias de desconstrução do discurso para desmarcá-lo e para descobrir assim as relações e os dispositivos reais do poder que oculta. Todo e qualquer discurso se constitui como uma "ordem" de "enunciados" que circunscreve um campo da experiência e no qual seleciona e define ao mesmo tempo os "objetos" de seus enunciados.[75] Pois bem, de acordo com a explicação *nietzscheniana*, nenhum discurso é produto de uma evolução natural nem é continuidade de uma hipótese "originária" (*Ursprung*), mas é, isto sim, uma "invenção" (*Erfindung*), motivada muitas vezes por obscuras relações de poder, que motivou uma *ruptura* histórica.[76] De acordo com isso, todo discurso se forma *historicamente* de uma determinada maneira e não de outra, e – como adverte Foucault – só a partir de um *a priori* determinado e histórico de uma época dada que limita um campo possível da experiência e define tanto o modo de ser dos objetos nesse campo como as condições de validade do discurso.[77] Por isso, a compreensão do discurso requer uma indagação no processo de sua formação histórica para descobrir e identificar "quais modalidades da ordem" entre todas as possíveis foram "reconhecidas, postas, (e) atadas ao espaço e ao tempo", e para extrair aquelas *condições de possibilidade* de sua formação com determinados enunciados – e não com *outros* distintos – e também

74. Como já fiz em GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 167 ss.

75. Vide FOUCAULT, *L'archeologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969. p. 44 ss. (para as formações discursivas), p. 55 ss. (para a formação dos objetos do discurso) e p. 68 ss. (para a formação das modalidades enunciativas).

76. Vide NIEZTSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft*, edição Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982. n. 99 (p. 112 ss.), n. 151 (p. 151), n. 353 (p. 234 s.), e cf. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1980. p. 20 ss.

77. Vide FOUCAULT, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard, 1966. p. 171; *L'archéologie du savoir*, p. 40, e *El orden del discurso*. 2. ed. Barcelona: Tusquets, 1980. p. 43 ss.

da continuidade *histórica* (espacial e temporal) de sua validade.[78] Logo, como adverte Foucault, a História não para de nos ensinar que o discurso é "aquele que traduz as lutas ou os sistemas de dominação (...), aquilo pelo que, e através do qual se luta, aquele poder do qual se quer assenhorear".[79] Por isso, o discurso que se constitui e que se impõe é sempre o resultado da vitória de certos enunciados sobre outros diferentes – inclusive contrários e excludentes – que também lutavam pela constituição do discurso. Desse modo, o discurso que se impõe permite realizar efetivamente a utopia enunciada pelos enunciados vitoriosos e, como não poderia ser de outro modo, *incorporar* apenas este e seus objetos, *excluindo* o vencido[80] e atuando, assim, como um sistema de dominação sobre a utopia dos enunciados vencidos e excluídos. E como observa Foucault, "na realidade, há duas espécies de utopias: as utopias proletárias socialistas, que nunca se realizam, e as utopias capitalistas, que, infelizmente, tendem a se realizar com muita frequência".[81]

4. O CARÁTER PERVERSO E RETRÓGRADO DO DISCURSO DE RESISTÊNCIA

1. O discurso de resistência deduz de sua concepção pessoal do bem jurídico que, inclusive para o presente, só se ajusta ao Estado de Direito um Direito Penal "nuclear", de tipos orientados à proteção de um sistema de bens jurídicos individuais; a proteção de substratos coletivos seria admissível, mas só frente a ataques que afetem ao mesmo tempo os bens individuais que lhes ofereça substrato.[82] O discurso de resistência propugna, assim, o "regresso" ao

78. FOUCALT, *Les mots et les choses, p. 13; L'archeologie du savoir*, p. 39; e, sobretudo, *El orden del discurso*, p. 44 s.

79. Vide FOUCAULT, *El orden del discurso*, p. 12.

80. Vide GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 167 ss. FOUCAULT (*El orden del discurso*, p. 55) cita um exemplo contundente. Nos séculos XVI e XVII, foi formulada uma série de discursos sobre a riqueza e a pobreza, a moeda, a produção e o comércio, integrados por conjuntos de enunciados completamente heterogêneos e contraditórios, segundo quem fala: os ricos ou os pobres, os sábios ou os ignorantes, os protestantes ou os católicos, os oficiais reais, os comerciantes ou os moralistas etc., e embora nenhum deles por si só "prefigure exatamente essa outra forma de regularidade discursiva que tomará o aspecto de uma disciplina e que se chamará inicialmente 'análise da riqueza' e, ao depois, 'economia política', o certo é que, a partir deles, sim 'se forma uma nova regularidade'" – a disciplina da Economia política – que integra na sua "verdade" *alguns* deles e, ao mesmo tempo, exclui *outros* enunciados.

81. Vide FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 124.

82. Assim, por exemplo, HASSEMER, In: PHILIPPS; SCHOLLER, p. 90 ss.; idem, *AKStGB* I, 1990, antes do 1, nm. 274 ss.; idem, *ZRP*, 1992. p. 383, idem, *ADPCP* 1992. p. 248; idem,

modelo político-criminal dos séculos XVIII e XIX.[83] Se a sociedade e o Estado de Direito fossem os *liberais* dessa época, então aquele modelo penal reivindicado pelo discurso de resistência seria plenamente válido. Mas isso hoje já não é assim.[84] Os novos fenômenos e conflitos provocados pela evolução social não podem ser afrontados nem resolvidos pelo Estado liberal e, demais disso, propiciam a manifestação de condições com potencial para uma realização efetiva da liberdade, da igualdade e da justiça *substanciais* – que aquele só reconheceu de modo formal ou nominal – e que só pode ser concretizada por um novo Estado de caráter *social* e *democrático*.[85] Como se demonstrará, essas novas condições não só devem invalidar certos enunciados liberais perversos incrustados no discurso de criminalização, como também permitir a incorporação a este último de enunciados que sugerem a realização efetiva daqueles valores, pois este é o objetivo a ser alcançado e realizado pelo novo Estado de Direito, cujo caráter *social e democrático* o torna, sem a menor dúvida, mais Estado de Direito que o liberal, porque, diferentemente deste, o é em sentido *material* e não apenas formal.[86] E posto que o Direito Penal tem que seguir o caminho traçado pela evolução da sociedade e do Estado,[87] o discurso de resistência já

In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 57; idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 96; e, extensamente, STENBERG-LIEBEN, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 67 ss. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 109 ss.).

83. Vide Schünemann, GA, 1995. p. 217 (idem, *ADPCP*, 1996. p. 205); crítico, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 149, para quem "a verdadeira imagem do Direito Penal do século XIX não é, pois, a que alguns pretendem vislumbrar em nossos dias".

84. Nesse sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 186 s.: "Um Estado liberal democrático seria incapaz de oferecer uma base (...) para superar os condicionamentos impostos à democracia pelo sistema atual". Entretanto, na atual sociedade moderna permanecem de fato as condições de possibilidade de funcionamento do discurso e do Direito Penal liberais em sentido estrito, como prova a presente exteriorização de todo o seu potencial altamente devastador no processo da atual globalização econômica neoliberal em escala planetária; a esse respeito, vide exclusivamente GRACIA MARTÍN, In: ROMEO CASABONA, p. 28 ss.

85. Vide apenas GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 19 s. e, sobretudo, p. 26 s., quem destaca como condições históricas que tornaram possível a atribuição de um fim *social* ao Estado "de um lado, um desafio histórico, uma necessidade de resolver problemas urgentes irresolúveis dentro da estrutura do Estado liberal e da sociedade do *Hochkapitalismus* e, de outro, as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento cultural e tecnológico da época industrial" (p. 19).

86. Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 184, e, em geral, infra nota 248.

87. Vide CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 17 ss., onde explica com riqueza de detalhes e numerosos exemplos como a determinação e seleção de bens jurídicos e abrangência

não pode pretender hoje validade alguma, porque, como disse *García-Pablos*, sua cobertura ideológica "não se concilia com os postulados do Estado *social* de Direito" e o torna "perverso e retrógrado".[88]

2. Na constituição do discurso político moderno, pugnaram, pelo menos, dois grupos de enunciados opostos: o de Rousseau, contrário à formação da propriedade privada,[89] e o de Locke, para quem todos têm direitos (naturais) sobre tudo aquilo que foi adquirido no estado de natureza, e no contrato social se pactua respeitá-los e atribuir ao Estado o fim essencial de defendê-los.[90] O discurso liberal foi articulado com base nos enunciados vitoriosos de Locke, excluindo os *rousseaunianos*,[91] abortando toda tentativa posterior de recuperá-los[92] e, assim, garantindo de forma absoluta o pleno desenvolvimento da burguesia.[93] A sociedade é havida como uma ordem espontânea dotada de racionalidade por leis imanentes à sua própria ordenação cujos pressupostos fundamentais são a liberdade e os direitos individuais (naturais), e o Estado

---

de sua proteção penal dependem historicamente das condições ético-sociais, jurídicas e políticas dominantes na sociedade em cada época. Vide também a ampla exposição de WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2. ed. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1959. p. 67 ss., e antes ainda, idem, *Das System der Rechtsgüterordnung*, p. 1 ss., bem como OEHLER. *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, passim.

88. Vide GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 224 e 225, e, em sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 186.

89. Como observa VILLAVERDE, Maria José. *Estudio preliminar a Rousseau, el contrato social o principios de derecho político*, 4. ed. (1999). Madrid: Tecnos, 2000 (reimpressão), p. XVII e, sobretudo, p. XX: "Jean-Jacques encabeça certamente no século XVIII a lista de inimigos da propriedade privada capitalista, legitimada por Locke"; vide o decidido rechaço à propriedade privada feito por Rousseau, no seu *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Estudo preliminar, tradução e notas de Antonio Pintor Ramos, 4. ed. [1998]. Madrid: Tecnos, 2001. (reimpressão) p. 161 s.

90. Vide LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, tradução, prólogo e notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 1990. reimpressão de 1998, p. 74, n. 50, 133 s., n. 123, 134, n. 124, 136 s., n. 131, e, ademais, p. 146 ss., n. 138-139.

91. Vide VILLAVERDE, Maria José, Estudo preliminar (n. 87), p. X-XI.

92. Vide, idem, p. XX-XXI.

93. Idem, p. XVII-XVIII: "É Locke, e não Rousseau, quem logra a quadratura do círculo", pois "legitima ... a propriedade privada ilimitada, própria da sociedade capitalista, e a divisão desta em duas classes antagônicas, tudo isso no marco do direito natural; fundamentação que é básica para a existência da nova ordem capitalista". Contra essa interpretação, vide PÉREZ DEL VALLE, *CPC*, n. 84, 2004. p. 153 s.

como outra organização racional separada da sociedade, que deve abster-se de intervir no jogo da ordenação natural desta, e limitar-se a estabelecer e a manter uma *legalidade* que não pode ter qualquer conteúdo, mas um conteúdo que garanta e assegure a liberdade e os direitos naturais individuais como pressuposto e fundamento da ordenação natural da sociedade,[94] isto é: "O livre desenvolvimento da existência burguesa".[95] O Estado agora deriva apenas de um contrato[96] que *circunscreve* como seu *fim* assegurar e proteger sua vigência, de modo que a atividade estatal legítima fica limitada a *vigiar* o respeito às condições do contrato[97] e, conforme o caso, a *castigar* suas violações através do poder punitivo que lhe foi outorgado pelo contrato *para* o cumprimento daquele fim, e para nada mais, e por isso apenas poderá sancionar fatos lesivos às condições do contrato (*socialmente danosos*).[98] Pois bem, condições do contrato são *exclusivamente* aquelas pelas quais os homens se uniram em sociedade,[99] e estas não são outras senão os direitos (ou bens) individuais "anteriores" (naturais) a ela e ao Estado,[100] ou seja, as condições de possibilidade da "livre manifestação da existência burguesa".[101] Por outra parte, a distribuição de bens necessários para assegurar a existência e a satisfação de necessidades materiais

94. Vide GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 21 s., 52 s.

95. Vide idem, p. 52 s.

96. E não de alguma autoridade divina, como já havia antecipado o *Derecho natural de la razón*, cf. supra 1, 2, e nota 12.

97. Isto é: o respeito "das condições (leis) através das quais os homens isolados e independentes se uniram em sociedade" (BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Capítulo 1). Sobre essa questão, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 20 e 26, e, no geral, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 22.

98. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Capítulos 1 e 2: "Todas as penas que ultrapassam a necessidade de conservar esse vínculo são injustas por sua própria natureza"; vide, ademais, Capítulos 6 e 8, e HOMMEL, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, ed. de Lekschas e Griebe. Berlin: Akademie Verlag, 1966, p. 2 e 15. Por sua vez, o art. 5.º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 estabeleceu que: "A lei não tem direito de proibir nada além das ações prejudiciais à sociedade".

99. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Capítulos 1 e 2.

100. Para cuja garantia e permanência estipulou-se o depósito das poções de liberdade cedidas por cada um, e para cuja defesa ante as usurpações privadas de cada homem em particular foram estabelecidas penas (BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Capítulo 1).

101. Vide, em geral, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 55: "Tal critério coincidia com o sistema das concepções políticas e dos interesses dos grupos e estratos dominantes, de maneira que a dimensão axiológica da legitimidade coincidia com sua dimensão sociológica, isto é, havia uma adequação entre a ideia válida do Direito

dos indivíduos é entendida como um problema social ulterior, a ser resolvido por meio de regulamentações da administração do bem-estar, que, ao não derivarem das condições do contrato, nunca poderão ser protegidas com uma pena, mas, no máximo, com sanções do Direito de *polícia*,[102] que não podem consistir em privação da liberdade.[103] As ações que não *lesem* direitos, mas só mediatamente o fim do Estado, com a colocação em perigo da segurança e da ordem jurídica, tampouco poderão ser consideradas delitivas, mas apenas infrações de *polícia*.[104]

3. Pois bem, todo discurso emana uma *dupla positividade operativa*: *define* seus *objetos* e as condições de validade de seus *enunciados*, e ao mesmo tempo invalida e *exclui* outros enunciados e seus respectivos objetos.[105] Como naquele momento o poder tinha passado para as mãos da burguesia, o discurso de criminalização que se impôs *incluiu*, preferentemente, enunciados e objetos de criminalização relativos ao sistema de ação das camadas sociais baixas e materialmente *excluídas* da participação em boa parte dos bens jurídicos, e *excluiu*, simultaneamente, aqueles relacionados com o sistema de ação social das classes poderosas.[106] O Direito Penal liberal é, assim, um direito rico em

---

e os interesses dos estratos, que, dadas as condições históricas, estavam em condições de estabelecer o Direito"; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 19 ss. e 26.

102. Vide AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 26.

103. GLOBIG/HUSTER, *Abhandlungen von der Criminalgesetzgebung*, reimpressão da edição de Zurique de 1783. Frankurt a. M.: VERLAG SAUER; AUVERMANN KG, 1969. p. 240 ("A polícia não pode nunca chegar a privar de liberdade o acusado") e HOMMEL, *Philosophische Gedanke über das Criminalrecht*, Beslau, 1784, p. 148, § 72 ("Os delitos de polícia não são verdadeiros delitos, nem as penas policiais verdadeiras penas").

104. Assim, FEUERBACH, Lehrbuch, 13. ed. Giessen, p. 840, § 22.

105. Supra 3, 3. No tocante à definição de delitos, DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona: Manuales Soler, 1902. edição com Prólogo, bibliografia e notas de Manuel de Rivacoba. Buenos Aires: Depalma, 1973. §§ 12, 18, 19.

106. Pois como observa García Pelayo (*Las transformaciones del Estado*, p. 40 ss.): "Falava-se, na verdade, da comunidade nacional, mas o certo era que ainda que as classes baixas participassem nos aspectos mais extensos e penosos das obrigações de caráter militar e na produção econômica, não participavam, porém, nos benefícios, apenas em uma parte imperceptível destes e – falando em termos típico-ideais – tão-somente na medida necessária para manter-se e reproduzir-se, (...) o *quarto estado* parece estar, de fato, fora da nação" (p. 41); vide a descrição de HELLER HERMANN, *Sozialismus und Nation* (1925), nos seus *Gesammelte Schriften*, 1971, p. 468 ss.; a eloquente e enfática denúncia de ROUSSEAU, *Discurso sobre la economía política*, trad. e estudo preliminar de José E. Candela. Madrid: Tecnos, 1985, p. 46 s., ("a confederação social protege

garantias, mas a função declarada destas últimas oculta outras funções reais que seguem uma direção oposta, calcada nas relações de classe e de poder que estão em sua base[107] Como escreve García Pelayo, os "direitos individuais, (o) *princípio da legalidade*, (a) divisão de poderes etc." foram instituídos *precisamente* para *limitar* "a expansão da atuação estatal", que era o "adversário dos valores burgueses clássicos".[108] O princípio da legalidade funcionou, de fato, como uma *tríplice garantia* para as classes altas: *de proteção* de "suas" esferas de liberdade real abundante frente às classes com liberdade real escassa;[109] *de exclusão* de suas próprias ações socialmente danosas do âmbito do discurso de criminalização;[110] e *de expansão* de sua liberdade real, pois a exclusão de sua criminalidade do discurso de criminalização lhes assegurou uma "liberdade de

---

fortemente as imensas propriedades do rico e só permite que o miserável desfrute da cabana que ele mesmo construiu com suas próprias mãos"), DORADO MONTERO, *Bases*, § 19, p. 22 s. ("só são delitos as ações que caprichosamente proíbem e sancionam os que mandam"); os também eloquentes testemunhos e depoimentos de FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 106 ("a partir desse momento o controle (...) se converte, assim, em um instrumento de poder das classes ricas sobre as classes pobres, daqueles que exploram sobre aqueles que são explorados"); FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 280 ss. e 294 ("seria hipócrita ou ingênuo acreditar que a lei foi feita para todo mundo (...); é mais prudente reconhecer que (...). Se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos cultas" (p. 280 s.); BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 17 e 20 ("as leis penais são expressão do poder de uma classe e, portanto, não podem recair sobre ela, mas sobre a classe oprimida" (p. 17); TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 140 ("a sociedade não desviante define e reprime a desviante"); e também SCHÜNEMANN, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 16 e 19 ss. (idem, *Temas actuales*, p. 50 e 53 ss.).

107. Sobre os equívocos persuasivos do poder como constante histórica, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 47, e, idem, Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político, *Revista de Occidente*, Madrid, 1968. p. 289 ss. Sobre a dupla face das garantias penais liberais, GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 181 ss.; igualmente, MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 65.

108. Vide GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 27.

109. Os exemplos mais emblemáticos são a superproteção penal da propriedade (SCHÜNEMANN, *GA* 1995. p. 207, idem, *ADPCP* 1996. p. 194; idem, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 20 s.; idem, *Temas actuales*, p. 53 s.; idem, Apresentação aos meus *Prolegómenos*, p. 15; BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 153 s.) e a superproteção da economia de mercado, assim, TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 142 s.

110. Vide DORADO MONTERO, *Bases*, § 19, p. 23; FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 106; BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 17 e 20 ("as leis penais são expressão do poder de uma classe e, portanto, não podem recair sobre ela" (p. 17).

ação" praticamente ilimitada.[111] Para as classes baixas, o princípio foi uma garantia *formal*, mas funcionou *de fato* como *instrumento de constrição* de sua liberdade de ação – já escassa –, pois a maioria dos objetos de criminalização foi extraída de seu sistema de ação social, condicionado pelas estruturas sociais e econômicas.[112] E posto que o volume de condições de liberdade teoricamente passíveis de distribuição entre todos os homens é *constante* e *invariável* em cada espaço e tempo históricos, aquela acumulação de liberdade (e de bem-estar) pelas classes dominantes traduziu-se, simultânea e necessariamente, na correspondente "constrição" da liberdade material (e do bem-estar) – já em si mesma escassa – das classes dominadas, pois toda expansão da liberdade de uma classe só é possível à custa da respectiva limitação da liberdade das demais.[113]

4. Contra a exclusão da proteção penal de bens jurídicos coletivos, pretendida pelo discurso de resistência, argumenta-se que aquela tutela não seria uma invenção *ex novo* do novo Direito Penal moderno,[114] pois todos os Códigos Penais do século XIX incluíram em seus catálogos tipos que, como o falso testemunho, a falsificação de moeda ou as falsificações de instrumentos do tráfico jurídico e econômico, protegem especificamente bens jurídicos inequivocamente coletivos, como a Administração de Justiça, a moeda ou a fé pública, respectivamente,[115] e, por outro lado, que Birnbaum reconheceu, ao lado daqueles por ele denominados "inatos", outros bens que seriam "produto da evolução social" e distinguiu, claramente, entre delitos contra bens indivi-

111. Bernd Schünemann (*GA* 1995, p. 208, idem, *ADPCP*, 1996. p. 195) parece se referir a isso quando objeta à teoria pessoal do bem jurídico que esta elevou de fato à categoria de objeto de proteção de maior nível o desperdício dos recursos das gerações futuras, que satisfaz o conteúdo de injusto do conceito de delito; e também quando denuncia (In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 21, idem, *Temas actuales*, p. 55) que o Direito Penal deixou escapar as formas socialmente lesivas de aquisição e uso da propriedade.

112. Cumpre lembrar a famosa narração sobre o "furto florestal" do jovem Marx na Gazeta do Reno; mesmo sentido do texto, recordando tal narração, SCHÜNEMANN, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 20 s. (idem, *Temas actuales*, p. 53 s).

113. Vide também TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 138, ao ponderar que "a tendência à acumulação infinita não conduz à multilateralidade igualitária, mas faz com que o crescimento, em virtude de seu caráter quantitativo, ocorra à custa da cobertura das necessidades de outrem, que é subordinado ao primeiro e usado como instrumento". Como denuncia ZAFFARONI, *PG*, 2. ed. p. 9, isso viola o principio da igualdade, não só "*ante* a lei, mas também *na* lei".

114. Assim HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 217.

115. Nesse sentido, por exemplo, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 215.

duais e contra bens coletivos (contra a comunidade).[116] Essa objeção, porém, deve ser relativizada no sentido apontado por Mayo Calderón, segundo o qual a legitimidade negada pelo discurso de resistência não se refere à proteção penal de bens jurídicos coletivos como os mencionados, mas sim à tutela dos substratos que se pretende hoje arrogar ao amparo do Estado *social*,[117] como, por exemplo, o ambiente e os recursos naturais, os recursos tributários ou as condições mínimas do contrato de trabalho, substratos estes que o sistema liberal, consequentemente, não podia proteger, porque com isso teria limitado a livre existência da sociedade burguesa. É certo que o discurso de resistência reserva espaços de *ilicitude* para as lesões a esses novos objetos em um Direito de intervenção ou em um Direito Penal de segunda velocidade. Todavia, isso não passa de uma fiel reprodução da distribuição liberal da ilicitude, pois a ordem liberal, ao mesmo tempo em que reconhece bens jurídicos de acordo com as classes sociais, também distribui em seguida a ilicitude em campos diferenciados. Como observa Foucault, "não há uma justiça penal destinada a perseguir todas as práticas ilegais (...) (mas) um instrumento para o controle diferenciado das ilegalidades",[118] que "se traduzirá, inclusive, em uma especialização dos circuitos judiciais: para as ilegalidades de bens – para o roubo –, os tribunais ordinários e as penas; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares –, jurisdições especiais, com transações, composições, multas atenuadas etc.; a burguesia reservou para si a esfera fecunda da ilegalidade dos direitos".[119] Uma distribuição da ilicitude nesses termos atingiu o seu auge com a teoria jusnaturalista do *Direito Penal administrativo* de fins do século XIX e princípios do século XX,[120] mas, por

116. Vide BIRNBAUM, AdC-Neue Folge, 1834. p. 174, 177 e 178. A esse respeito chamaram a atenção HIRSCH, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Madrid: Uned, 2001, p. 375 e nota 23, SCHÜNEMANN, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 140; idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 206; e AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 44 s.

117. Vide MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 44.

118. Vide FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 287.

119. Idem, p. 89.

120. Suas raízes se encontram em Feuerbach (supra nota 104); vide MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnugswidrigkeiten* I, Berlin: Duncker & Humblot, 1977. p. 105 ss., e seu desenvolvimento mais acentuado se deve especialmente a GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, reimpressão da edição de Berlin (1902), de Scientia Verlag, Aalen, 1969. p. 529 ss., que baseia a distinção entre Direito Penal e penal administrativo na distinção de seus objetos de proteção, que seriam, respectivamente, "objetos do Direito" e "objetos do bem-estar" (p. 529); sobre a teoria, vide MATTES, loc. cit., p.

imperativo de igualdade e, em última instância, de justiça,[121] já não pode pretender validade no Estado *social* do presente, apesar do defendido pelo discurso de resistência, apoiado em uma concepção ultraliberal e, na melhor das hipóteses, obsoleta do contrato social e do fim do Estado.[122]

5. A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO LUTA PELO POSTULADO DO ESTADO DE DIREITO (SOCIAL E DEMOCRÁTICO)

1. A modernização do Direito Penal é uma exigência ético-política da realidade social de um presente que deita suas raízes em uma longa história de luta, muitas vezes penosa, contra os efeitos perversos do discurso político liberal,[123] que hoje, lamentavelmente, potencia em escala planetária o processo de globalização econômica neoliberal.[124] Deveria ser óbvio que a junção das garantias *liberais* ao Estado de Direito é uma síntese que, na atualidade, não teria nenhuma validade, pois sua criação só pode ocorrer *a posteriori* e historicamente a partir das condições que tornaram possível a separação total entre sociedade e Estado,[125] mas que

---

135 ss., 141 ss.; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* II, reimpressão da edição de Berlin (1930). Aalen: Scientia Verlag, 1971. p. 106 ss.; e CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 51 ss., com numerosas referências doutrinárias. Sobre a crítica à teoria, vide MATTES, H. *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnugswidrigkeiten*, II. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. p. 93 ss. passim, e especialmente sobre a fundamentação *jusnaturalista* do Direito Penal administrativo, p. 247 ss.; vide também, CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 54 ss.

121. Assim, Schünemann, *GA* 1995 (idem, Kühne; Miyazawa, p. 21; idem, *Temas actuales*, p. 55).

122. Vide HASSEMER, *ZRP*, 1992. p. 379 (idem, *ADPCP*, 1992. p. 237). Sobre as arbitrariedades e equívocos nos quais incorre Hassemer, vide SCHÜNEMANN, como supra na nota 15.

123. Sobre todas essas questões, vide agora exclusivamente GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 13-82 passim.

124. Vide agora apenas GRACIA MARTÍN, In: ROMEO CASABONA, p. 28 ss., com numerosas referências.

125. Vide GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos* (n. 16), p. 202 ss., com apoio na filosofia kantiana sobre os juízos e em uma recomendação textual de Foucault, segundo a qual, em geral, seria preciso "questionar essas sínteses completamente fechadas (...) segundo as quais alguns enunciados são vinculados entre si" a determinados enunciados e objetos como formações políticas com uma *origem necessária*, em lugar de ver jogos de relações entre eles, meramente *inventadas* e, por isso, *contingentes* e dependentes totalmente de suas próprias condições – *necessariamente históricas* – de *possibilidade*, e "antes de fazê-las valer de forma espontânea, aceitar em nome do método

hoje já não existem mais.[126] Por isso, também deveria ser óbvio que hoje em dia a única síntese entre Estado de Direito e garantias que pode pretender validade geral é aquela que resulte do enlace e da união de ambos os momentos por meio do postulado do Estado *social e democrático*.[127] É claro que as garantias conservam neste último seus elementos gerais *formais*,[128] mas seus *conteúdos* só podem pretender validade na medida em que se ajustem às exigências ético-políticas e de justiça dos fins sociais e democráticos que hoje lhes são atribuídos pelo Estado e, através da realização destes fins, obstaculizem e limitem a força da mera formalidade liberal sem conteúdo destinada a esconder e a manter a desigualdade real entre classes sociais;[129] só por isso, já é *muito mais* Estado de Direito

---

e em primeira instância que só dizem respeito a um conjunto de acontecimentos *isolados*"; vide FOUCAULT, *L'archeologie du savoir*, p. 32 (o texto que não está entre aspas é meu).

126. Salvo no mercado global atual, cuja livre autorregulação ante a ausência de uma autoridade política mundial que estabeleça e imponha um Direito para esse mercado são os equivalentes, em escala global e planetária, daquela separação típica do liberalismo do século XIX entre a sociedade e o Estado nacionais; vide GRACIA MARTÍN, In: ROMEO CASABONA, p. 28 ss.

127. Vide GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 199 s. e especialmente p. 208 ss.

128. Pois com o Estado social nunca se pretendeu nada senão adaptar o Estado de Direito tradicional às exigências da sociedade industrial e pós-industrial em razão da incapacidade do Estado liberal para satisfazê-las e com o fim de promover uma realização material efetiva dos postulados meramente formais daquele; vide BÖCKENFÖRDE, *FS-Arndt*, Frankfurt a. M., 1969. p. 66 ss.; BENDA, *Manual de Derecho constitucional*, 2. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 490 n. 6; GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones sociales*, p. 18 ss. e ELÍAS DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1986. p. 83 ss.

129. Assim, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 18 s., 186 ss. e 196 ss. É preciso lembrar que com a constitucionalização em 1949 pela Lei Fundamental de Bonn (arts. 20 e 28) da ideia de Estado *social*, formulada em 1929 por Hermann Heller (*Rechtsstaat oder Diktatur?* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930, presente em seus *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971. t. II, p. 443 ss.), e após seu posterior desenvolvimento pelos constitucionalistas alemães, o Estado de Direito adquiriu um caráter *material* (social e democrático) que obriga o poder político a atuar no sentido de promover a *realização* da liberdade, da igualdade social e da democracia (art. 9.2 CE), precisamente para superar o caráter meramente formal que tiveram no liberal, pois, segundo a feliz expressão de GARCÍA PELAYO (*Las transformaciones del Estado*, p. 26 s.), enquanto este último só "designava direitos sem menção ao conteúdo (e) se limitava a assegurar a justiça legal formal", o social "distribui bens jurídicos de conteúdo material e se orienta à justiça legal material".

do que o liberal.[130] Por isso, o discurso de resistência é contrário ao Estado de Direito, e não o discurso de modernização, que concorda com este totalmente, na medida em que investe na elaboração de um conceito material de delito, acorde com as exigências ético-políticas e de justiça material do Estado social, e que compreenda a lesividade social de agressões e de lesões a bens coletivos que hoje devem ser tidas como elementares e, algumas vezes, inclusive superiores às sofridas por bens individuais, tal como deveria ser óbvia a superioridade da exigência de respeito ao ambiente e aos recursos naturais em comparação com a propriedade privada.[131]

2. Em sentido *formal*, bem jurídico é "todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito".[132] Em sentido *material*, porém, não parece ser possível apreendê-lo sob a forma de um "conceito" classificatório,[133] mas apenas como um "tipo" ou *diretriz normativa*.[134] Alcácer Guirao adverte com razão que "mais importante que o mero conceito de bem jurídico é o *programa* ético-político do qual devem emanar os fundamentos e os argumentos acerca

130. Nesse sentido, vide, por exemplo, BOCKENFÖRDE, *FS-Arndt*, Frankfurt a. M., 1969. p. 66 ss., 72; *Hesse*, In: FORSTHOFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Wissenschaftliches Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1968. p. 560 ss.; *Merkl*, en FS-Kelsen, Deutike, Wien, 1971. p. 126; HARTWICH, *Sozialstaatspostulat und gesellschafttliche* status quo, Westdeutsche Verlag, Opladen, Köln, 1970. p. 344 ss.; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed. 1984. t. I, p. 781; BENDA. *Manual*, 2. ed. p. 490, n. 7, e p. 526, n. 91 s.; LUCAS VERDU, Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho. *Acta salmanticensia*. Salamanca, 1955. p. 70; ELÍAS DÍAZ, *Estado de derecho*, p. 33, 83 ss.; e GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 16 s., 51 ss.

131. A esse respeito, vide notas 10 e 232.

132. Assim WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. 1969, p. 4 s.; CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 14, que, não obstante, atribui caráter "material" a tal descrição (nota 6 da p. 14) e GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 215.

133. Assim, com razão, SRATENWERTH. In: FS-LENCKNER, 1998, p. 388 ss. e STRATENWERTH; KUHLEN, *AT* I, 5. ed. 2004. p. 29, n. 7; SCHÜNEMANN, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 135 ss. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 200 ss.); também ROXIN, *AT* I, 3. ed. 1997. p. 29 s., n. 48, e *AT* I, 4. ed. 2006. § 2.°, n. 3, p. 14, e, ademais, § 2.°, n. 120, p. 53; PORTILLA CONTRERAS, *CPC* n. 39, 1989. p. 726 e 735; ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003. p. 77 s.

134. Como recentemente salientou SCHÜNEMANN, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 137 (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 202 ss.), com amplas referências ao método na nota 20. Em sentido similar, ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2, n. 12, p. 18 e ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 77 s. Também FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 471.

do que se considera valioso".[135] O bem jurídico não é nem um objeto da realidade enquanto tal,[136] nem um valor ideal,[137] mas uma "composição" ou síntese entre um *substrato da realidade* (objeto de valoração) e uma determinada valoração deste (valoração do objeto).[138] O *substrato* é sempre uma realidade com consistência física ou incorpórea,[139] a *valoração* deve sempre ser derivada das "diretrizes axiológicas" do programa ético-político fixado,[140] e a relação entre ambos é de interdependência, pois um substrato real só pode obter o valor do bem jurídico em virtude de seu potencial de realização dos fins e objetivos do programa ético-político. Os substratos dos bens jurídicos são, portanto, instrumentos que proporcionam "possibilidades de ação" para a consecução de fins e de metas através de seu "potencial de realização".[141] Por isso, os bens jurídicos devem ser entendidos e explicados como instrumentos *dinâmicos* e

---

135. Vide ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 71, citando PAPAGEORGIU; também PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 95 ss., e especialmente p. 107 ss., e TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 136.

136. Vide, por exemplo, MIR PUIG, *PG*, 8. ed. 2008. p. 162, n. 40.

137. Vide, por exemplo, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 28 ss. com numerosas referências; AMELUNG, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 173 s.; agora também ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2 n. 66 e 67, p. 34; TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 126 e 132 s.; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 284 ss.

138. Assim, AMELUNG, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 155 ss., 164 ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 31 ss.; MIR PUIG, *PG*, 8. ed. 2008. p. 162 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 35; ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 72 s.; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 290 ss.

139. Esse dado material é o que permite demonstrar empiricamente a existência de um *dano* ou de um perigo; vide ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 72 s. e, em sentido similar DÍEZ RIPOLLÉS, *JD*, n. 30, nov. 1997. p. 17 s. Sobre a relação entre bem jurídico e substrato, vide SCHULENBURG. In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 247 ss. Sobre o *substrato* dos bens jurídicos, vide CEREZO, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 14.

140. Vide ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 71 s. Como diz AMELUNG (In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 155; idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 228), no juízo de valor é analisada a relação do bem jurídico com a política, e no objeto da valoração, aquilo que se denomina "objeto" da proteção jurídico-penal; vide também, nessa linha, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 28 e TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 136 ss.

141. Sobre os "potenciais de realização" dos bens jurídicos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 80 ss., E sobre os bens jurídicos como instrumentos que proporcionam "possibilidades de ação", AMELUNG, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 166 ss. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 242 ss.).

funcionais,[142] pois, como advertiu Welzel, se "*toda* vida social consiste no *uso e consumo* de bens jurídicos", então sua existência só pode ser compreendida como um "estar *em função de*".[143] A necessidade de reconhecer bens jurídicos é consequência da *escassez* dos substratos com potencial de realização, bem como do fato de que estes são suscetíveis apenas de usos alternativos e, na maioria dos casos, *excludentes*.[144] Se fossem abundantes e suscetíveis de uso e consumo ilimitados por todos, então não seria necessária nenhuma distribuição normativa segundo determinados fins e tampouco seu reconhecimento como objetos dignos e necessitados de tutela jurídica. E posto que a dinâmica dos usos e consumos funcionais de bens jurídicos produz sempre certos *efeitos* no contexto social, e estes geralmente são suportados pelos próprios bens jurídicos utilizados ou por outros distintos,[145] tem-se como resultado que, uma vez reconhecidos determinados substratos reais como bens jurídicos, outra questão deva ser resolvida: a decisão *política* acerca de quais usos e consumos devem ser permitidos e quais devem ser proibidos. A necessidade desta decisão explica-se pela *escassez* dos substratos dos bens jurídicos, que obriga a que não se outorgue uma liberdade ilimitada de uso e consumo destes últimos, pois isso impossibilitaria qualquer realização dos fins e objetivos do programa ético-político, dado que aquela liberdade – por assim dizer – implicaria em um retorno ao estado de natureza, com um "direito" absoluto de todos a tudo e, com isso, em uma autêntica guerra de todos contra todos.[146] Por isso,

142. Vide especialmente RUDOLPHI, *FS-Honig*, 1970. p. 162 ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 80 s., com referências; TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 139; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 77. Vide as definições expressamente funcionais de bem jurídico (unidades socialmente funcionais, objetos que possibilitam a autorrealização pessoal, o desenvolvimento do indivíduo no sistema social ou na participação dos sistemas sociais etc.) em STRATENWERTH. *FS-Lenckner*, 1998. p. 378.

143. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975. p. 140 e *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. 1969. p. 5; CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. p. 15; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, p. 215 ss.

144. Tal entendimento acerca dos bens jurídicos foi exposto por mim pela primeira vez no meu "Projeto docente e de investigação em Direito Penal", escrito inédito de 1990, agora publicado como *Fundamentos de dogmática penal*, p. 216 ss. Também relacionaram os bens jurídicos à escassez TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 131, e JAKOBS, *Sociedad, Norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996. p. 45.

145. Nesse sentido, WELZEL, *Abhandlungen*, p. 140: funcionam para "*produzir* e *suportar* efeitos no seu contexto social".

146. Vide HOBBES, *El ciudadano*, edição bilingue de Joaquín Rodríguez Feo. Madrid: Debate-CSIC, 1993. Capítulo I, p. 17 ss.: "No estado de natureza é lícito a todos ter e fazer

tal liberdade deve encontrar um limite infranqueável, que reside precisamente onde a ação do usuário e consumidor de bens jurídico provoca uma privação ou restrição relevante das possibilidades de uso e consumo legítimos dos bens jurídicos por parte de terceiros. Posto que a ideia de bem jurídico remete, em última instância, à sua instrumentalidade para o legítimo autodesenvolvimento e autorrealização pessoais e para a satisfação de necessidades e interesses legítimos,[147] disso deve resultar como óbvio que, antes de mais nada, as propriedades existenciais e vitais do indivíduo com potencial de realização devem ser reconhecidas como bens jurídicos,[148] bem como que a liberdade de uso e consumo desses bens individuais deve encontrar seu limite na salvaguarda das próprias possibilidades de uso e consumo legítimos para terceiros. Por isso, a própria proteção de *bens jurídicos individuais* impõe uma restrição normativa segundo os fins das possibilidades de ação que proporcionam seus substratos. Pois bem, dessa dinâmica do atuar na vida social mediante usos e consumos de bens jurídicos que produzem efeitos que na realidade social fática recaem em – e devem oferecer supedâneo a – outros bens jurídicos, resulta que agora o conjunto desses bens, reconhecidos e disponíveis em uma determinada sociedade e época, não possa ser compreendido como uma massa atomizada, mas como a "soma" *configuradora* da "ordem social" da época,[149] que constitui um "sistema" onde nenhum bem deve ser contemplado isoladamente, mas sim em suas conexões e interações funcionais com os demais e com a *totalidade* do sistema.[150] Isso é assim porque nos diferentes contextos da vida social são

---

qualquer coisa" (p. 19), em *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, versão, prólogo e notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 1999. Capítulo 13, p. 110 e Capítulo 14, p. 120, e sobre a limitação da liberdade, *Leviatán*, Capítulo 26, p. 233, e também Capítulo 21, p. 189, e BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Capítulo 1: os homens "sacrificaram por isso uma parte dela ([*sic*] de sua liberdade) para gozar da restante em segura tranquilidade".

147. Vide apenas TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 136 ss.

148. BIRNBAUM (*AdC-Neue Folge*, 1834, p. 174) denominou esses bens jurídicos individuais de "inatos" e, são tão elementares, constituem – segundo *Würtenberger* (*Die geistige Situation*, p. 69) – um "núcleo quase inalterado" de toda a ordem legal de bens jurídicos.

149. Assim, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. 1969. p. 4 s.; HELLMUTH MAYER, *AT*, 1967. p. 52; WÜRTENBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung*, p. 1 ss., e, mais amplamente, idem, *Die geistige Situation*, p. 67 ss.; CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 14; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, p. 215 ss.

150. Vide WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. 1969. p. 4 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 166 ss. *Würtenberger*, *Die geistige Situation*, p. 67-87 passim, faz da autonomia da pessoa, entendida sob esse prisma da teoria do Direito natural existencial e tendo

estabelecidas relações singulares entre os diferentes bens jurídicos, relações de intercâmbio e de prestação de utilidades de uns aos outros para tornar possível a realização dos fins e objetivos do programa ético-político,[151] que influem na hierarquização, ao menos abstrata, dos bens.[152]

3. A teoria do bem jurídico que acabo de expor, acatada em seus termos essenciais, permite fundamentar e explicar praticamente como "evidências" tanto o caráter de bens jurídicos das propriedades existenciais e vitais essenciais do indivíduo,[153] como a proibição e a cominação de uma pena a certos usos e consumos daquelas propriedades dirigidos voluntária ou, conforme o caso, culposamente à lesão desses mesmos bens jurídicos,[154] bem como deve permitir, sem necessidade da mais mínima modificação,[155] a fundamentação e

---

em conta as contribuições da Antropologia filosófica, o critério reitor do reconhecimento de bens jurídicos e de sua ordenação (p. 71), inspirando a teoria pessoal do bem jurídico que constitui o cerne do discurso de resistência da Escola de Frankfurt; sobre isso, SCHÜNEMANN (*GA* 1995, p. 205 e 208; idem, *ADPCP* 1996. p. 192 ss.). A partir da concepção dinâmica e funcional de Welzel, formulei bases para a economia de um "sistema de bens jurídicos" no meu "Projeto docente e de investigação em Direito Penal", escrito inédito de 1990 e agora publicado como *Fundamentos de dogmática penal*, p. 215 ss., que logo desenvolvido e enriquecido por minhas discípulas Maria Angeles Rueda, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: J. M. Bosch, 2001. p. 247 ss. e BELÉN MAYO, *La tutela*, p. 76 ss., esta última precisamente no âmbito das relações sistemáticas funcionais entre bens jurídicos coletivos e individuais.

151. Sobre as inter-relações funcionais entre os diferentes bens jurídicos do sistema, como referentes para a determinação de âmbitos de "adequação social", vide GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo*, p. 77 ss.; idem, *FS-Tiedemann*, 2008. p. 216 ss., e já antes no meu "Projeto docente" de 1990, agora *Fundamentos de Dogmática penal*, p. 222 ss.

152. Nesse sentido, com relação aos substratos dos bens jurídicos econômicos, PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 113 ss., e também HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 120 s. e 220 s. (idem, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 125; idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 187 s.), que recorre à "lei da força dos valores" de Nikolai Hartmann (*Ethik*, 4. ed. 1962. p. 602). Sobre a hierarquização dos bens jurídicos em geral, vide WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, p. 68 s.

153. Cf. supra, nota 148 e seu respectivo texto. A esse respeito chamou a atenção, implicitamente, HIRSCH, em *Modernas tendencias*, p. 381; vide também CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 219 ss. e SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 277.

154. Como exemplo, vide ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2, n. 9, p. 17: "O homicídio e as lesões corporais, o furto e o estelionato devem ser punidos, porque seria impossível uma convivência humana pacífica se tais fatos não fossem penalmente sancionados".

155. Por esse motivo, parece-me inapropriada a contraposição feita por uma ampla doutrina entre uma concepção do bem jurídico "monista" (só são penalmente passíveis de

a explicação do caráter de bens jurídicos dos substratos coletivos protegidos pelos tipos penais modernos, pois, se assim não fosse, deveria ser dada razão a todo discurso de resistência à modernização do Direito Penal.

O que a teoria do bem jurídico não pode fazer é mostrar o caráter de bem jurídico dos substratos coletivos como uma "evidência", mas isso não significa que não possa fundamentá-lo e explicá-lo. Significa apenas que, para isso, é preciso um desenvolvimento argumentativo mais amplo e complexo que a teoria pessoal do bem jurídico não parece disposta a fazer, porque parece não levar em consideração que da evidência de que todo bem jurídico "deva estar referido em última instância à pessoa",[156] não resulta, todavia, "nenhum princípio do qual se possa deduzir *more geométrico* quando um tipo penal ou quando um bem jurídico que serve de base a este é ou não é legítimo".[157] Ademais, como sustenta Bustos Ramírez, o conceito de bem jurídico não é dado pela natureza das coisas, nem é uma revelação metafísica do legislador não suscetível de discussão.[158] Ao contrário, *todo* bem jurídico surge *na* dinâmica do funcionamento de um sistema social determinado como resultado do conflito entre interesses e necessidades contrapostos e, por isso mesmo, é produto de decisões *políticas* dentro do sistema, cujo conteúdo "dependerá" do grau de democratização da instância política de poder e de suas falhas estruturais".[159] Segundo a concepção crítica de Bustos,[160] o significado e a legitimidade daquilo que se tutela não surge do próprio bem jurídico, mas de seus *pressupostos*, isto é, dos

---

proteção os bens jurídicos individuais) e outra "dualista" (são passíveis de proteção tanto os bens jurídicos individuais como os bens jurídicos coletivos), pois esta última poderia induzir ao equívoco de que seriam distintos os elementos e os critérios de legitimação de uma e de outra espécie de bens jurídicos, o que, a meu ver e como exporei no texto, deve ser de pronto rechaçado; sobre aquela contraposição, vide, por exemplo, amplamente, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 61-83.

156. Vide KAUFMANN, Arthur. *Rechtstheorie*, 1986. p. 268 ss., 275; seguido por HASSEMER. In: PHILIPPS; SCHOLLER, p. 86.

157. Assim, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 65. Ademais, como afirma com razão *Hefendehl* (op. cit., p. 80), a construção dos bens jurídicos coletivos requer uma maior complexidade, que não se coaduna com os cânones dos bens individuais.

158. Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 27, onde nega o caráter "imutável e eterno dos objetos de proteção do Direito Penal" (p. 28).

159. Assim, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 28.

160. À doutrina crítica de *Bustos* e à sua descrição do bem jurídico, aderi expressamente já no meu inédito "Projeto docente e de investigação em Direito Penal", escrito inédito de 1990, publicado como *Fundamentos de dogmática penal*, p. 224 ss., e, posteriormente, também o fez minha discípula Belén Mayo Calderón (*La tutela*, p. 72 ss.).

substratos da realidade social que configuram "relações sociais determinadas" – historicamente condicionadas e, por isso mesmo, cambiantes – "nas quais os indivíduos se encontram em determinadas posições, interagem com objetos e entes, interatuam socialmente produzindo consequências para eles e para o conjunto das relações sociais, isto é, para a totalidade da ordem social" e, por essa razão, os bens jurídicos são a síntese normativa resultante das respectivas relações sociais concretas e dialéticas subjacentes.[161] Por isso, nenhuma época pode avocar o sistema de bens jurídicos válido da anterior como um sistema fechado e válido para ela também, mas sim deve vislumbrá-lo como um sistema aberto à reconfiguração e à reordenação exigidas pela realidade social e pelo horizonte do programa ético-político hodiernos.[162] Pois bem, se isso é assim, então o desenvolvimento cultural e tecnológico, as transformações materiais das relações sociais na sociedade moderna, como consequência de sua dialética histórica, bem como os fins sociais e de democratização materiais atribuídos ao Estado social – que não poderiam de forma alguma ser realizados pelo Estado liberal[163] – devem proporcionar argumentos suficientemente válidos para o reconhecimento da qualidade de bens jurídicos de determinados substratos *coletivos* da realidade social do presente.[164]

4. Posto que o que se pretende, antes de qualquer coisa, através do Direito Penal moderno é "acrescentar" ao sistema de tipos penais voltados para a tutela de bens jurídicos individuais um sistema "novo", orientado à proteção de

161. Sobre essa questão, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 166 ss.; idem, *PG*, 3. ed. p. 54 s.; e extensamente, com grande riqueza de detalhes, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: PPU, 1991. p. 142 ss. Vide também BUSTOS; HORMAZÁBAL, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Trotta, 2006. p. 72 ss., com importantes esclarecimentos a respeito da formulação original do bem jurídico como "síntese normativa determinada de uma relação social concreta e dialética".

162. Assim o reconhece expressamente WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, p. 68 s., fazendo remissão a seu estudo sobre as transformações históricas do sistema alemão de bens jurídicos; vide WÜRTENBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung*, p. 1 ss. *Hirsch* adverte frente a *Hassemer* que precisamente o catálogo de bens jurídicos coletivos deve ser aberto; vide HIRSCH, *Modernas tendencias*, p. 375 com mais referências.

163. Vide, nesse sentido, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 19.

164. Ademais, como diz *Hefendehl* (In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 121; idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 182), a tese de que *todos* os bens jurídicos coletivos seriam ilegítimos não demanda uma análise cuidadosa, pois nem sequer se sustenta coerentemente.

objetos de distinta natureza, o discurso de modernização[165] precisa deslocar a teoria do bem jurídico para um "campo da experiência" diferente daquele limitado pelos enunciados relativos aos bens individuais, pois o que se busca é encontrar e definir "outros" substratos distintos, que também possam ser alvo dos enunciados da teoria do bem jurídico.[166] Por conseguinte, é preciso sair do campo das indiscutíveis limitações da liberdade de ação para a salvaguarda imediata de bens jurídicos individuais concretos em situações concretas (homicídio, lesões, estelionato etc., dolosos ou, conforme o caso, culposos), e situar-se em outro âmbito distinto, que, de início, só apresenta ações de uso e consumo desses bens – especialmente da liberdade e da propriedade privada – que não dirigidas à lesão de nenhum outro bem *da mesma espécie* e que, por isso, supostamente deveriam ser permitidas. Porém, o fato desses usos e consumos não serem proibidos não exclui o fenômeno real de que com eles se produzirá o efeito pretendido em primeira instância e, provavelmente, também outros efeitos que afetarão em maior ou menor medida algum ou alguns bens individuais de terceiros. A questão, portanto, que agora deve ser resolvida consiste em determinar o significado desses efeitos sobre a realidade social e, mais concretamente, se do ponto de vista material são "socialmente lesivos", apesar da permissão das ações que os produziram, e, consequentemente, examinar se estas deveriam ser proibidas. Uma resposta válida para essa pergunta só pode ser dada com a aplicação da teoria do bem jurídico à realidade social *concreta* que embasa a própria pergunta e à qual deve ajustar-se a resposta. De acordo com tal realidade, apenas certos grupos de indivíduos desfrutam fartamente dos potenciais de realização oferecidos pelos bens jurídicos individuais, enquanto a maioria só pode deles dispor de modo escasso. Por isso, para além dos limites traçados à liberdade de ação para a salvaguarda de bens jurídicos individuais de terceiros frente a ataques diretos, a liberdade dos primeiros é de fato ilimitada e a dos segundos é uma liberdade escassa ou praticamente nula.[167] Mas se o programa ético-político assegura as mesmas possibilidades de autorrealização a todos, por "igual",[168] e isso só pode ser alcançado se *todos* dispõem de fato de idênticas possibilidades de uso e consumo dos bens jurídi-

165. De acordo com a definição de discurso aqui perfilhada, cf. supra 4, 3.

166. Matizo e esclareço, assim, aquilo que foi dito por mim a esse respeito em GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 164 ss.

167. Cf. a citação de GARCÍA PELAYO supra, nota 106.

168. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Introdução: "A maior felicidade dividida entre o maior número de pessoas, esse deveria ser o ponto a cujo centro estariam orientadas as ações da multidão". Com esses termos, Beccaria não pretende distinguir uma

cos individuais, tem-se como resultado *eo ipso* que a realidade social concreta se encontra em um estado de "dano social permanente". E também significa que aquela liberdade de ação praticamente ilimitada dos que de fato gozam abundantemente dos bens tem que ser limitada *para além* dos limites exigidos para a salvaguarda de bens individuais frente a lesões diretas e a perigos concretos, pois a causa daquele dano social não pode ser outra senão certas ações típicas de uma liberdade de fato superabundante e ilimitada. Pois bem, como o *Estado de Direito* somente pode limitar a liberdade de ação com vistas à proteção de *bens jurídicos*, e por nenhuma outra razão, uma proibição de tais ações – acompanhada, conforme o caso, de cominações penais – só será legítima sob a condição de que o dano social acarretado se concretize em lesão ou, pelo menos, em perigo a *bens jurídicos*. Por exemplo: certos *usos* e *modos de aquisição* da propriedade geram um abuso com tendência ao esgotamento dos recursos naturais e a uma verdadeira catástrofe ecológica, e para que a proibição e, conforme o caso, a cominação da pena estatal sejam legítimas, os substratos do ambiente e dos recursos naturais devem apresentar a condição de *bens jurídicos*.[169] Os exemplos poderiam ser multiplicados.

5. Em minha opinião, o fundamento e a legitimidade de qualquer bem jurídico vinculam-se ao contrato social e ao fim do Estado.[170] Mas o contrato social não pode ser entendido no sentido *retrospectivo* e *conservador* que lhe deu o discurso jusnaturalista do iluminismo vitorioso,[171] e sim como um contrato do tipo *cooperativo* entre partes *iguais* e *pro futuro*, voltado à realização de fins que ultrapassam a mera conservação do já existente na posição

---

parcela da sociedade, e sim se refere à totalidade dos cidadãos – aos quais, às vezes denomina "súditos" – em oposição ao Estado ("soberano").

169. Vide SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 208 (idem, *ADPCP*, 1996. p. 195), onde vislumbra o atentado aos recursos naturais como uma expressão clara do conceito material de delito como fato socialmente danoso (In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 21; idem, *Temas actuales*, p. 55), reivindicando ainda um controle jurídico-penal da danosidade social de certas formas de uso e aquisição da propriedade.

170. Assim, SCHÜNEMANN, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 137 ss., (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 203, 208; KINDHÄUSER, *GA*, 1989. p. 496; ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 94 ss.; idem, *ADPCP*, 1998, p. 473 ss.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmatica penal*, p. 216 ss.; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 70 ss.

171. Isto é, não pode ser entendido no sentido de Locke (cf. supra 4, 2) que, a meu ver, o faz no sentido de *dominação* e *submissão*, respectivamente, entre aqueles que *tinham* e os que *não tinham* adquirido a propriedade no estado de natureza.

original.[172] A finalidade primordial do contrato, a de superar o *bellum omnia contra omnes*,[173] impõe um *primeiro compromisso* de respeito às condições de existência de todos em liberdade,[174] o que inclui, forçosamente, o respeito ao meio ambiente e aos recursos naturais, na medida em que são as condições de possibilidade da subsistência da espécie no presente e no futuro.[175] Um contrato social cooperativo e *pro futuro* tem que incluir um segundo compromisso, cujo objeto deve ser a solidariedade dos associados, bem como um terceiro compromisso, cujo objeto deve ser o desenvolvimento e o progresso de todos, de cada um e da espécie, o que obriga a produção e o fomento de condições de possibilidade de uso e desenvolvimento legítimos dos bens individuais para todos e para cada um dos associados por "igual". Para a realização e a execução do contrato, a sociedade tem que fundar um Estado que vigie e garanta sua vigência e seu cumprimento, com as revisões e transformações exigidas por cada momento histórico. Esse acordo impõe ao Estado obrigações de não fazer nada contrário ao contrato, mas também de fazer legitimamente o necessário para a sua execução e para a realização efetiva de seus fins.[176] Para tanto, tal pacto lhe investe de poderes de realização, entre os quais se encontra o de punir, que, em razão da gravidade de suas consequências, só poderá ser empregado com legitimidade em caso de estrita necessidade e como *ultima ratio*. Dessa concepção do contrato social deriva a exigência de reconhecer como bens jurídicos não só substratos individuais como também coletivos, partilhados solidariamente e *pro indiviso* por todos os associados,[177] tais como

172. Uma concepção assim corresponde à desenvolvida por John Rawls, *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, reimpressão de 1997. p. 17 ss. (para as generalidades), p. 103 ss. (para a tendência à igualdade), p. 119 ss. (para a posição original), e p. 470 ss. (para a ideia de união social), onde diz que os indivíduos na posição original "consideram a sociedade como uma empresa de cooperação para o mútuo benefício", embora "tipicamente marcada por um conflito e, ao mesmo tempo, por uma identidade de interesses" (p. 470).

173. Por exemplo, WELZEL, *Abhandlungen*, p. 289 s.

174. Nesse sentido, vide AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 19 e ZAFFARONI, *Tratado* I, p. 49 s.

175. Nesse sentido, SCHÜNEMANN, *FS-Triefferterer*, 1996. p. 441, e antes já em *GA*, 1995. p. 206 (idem, *ADPCP*, 1996. p. 192 s.).

176. Vide GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado*, p. 56.

177. Assim também SCHÜNEMANN, In: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, p. 141 s. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 208). Também extrai os bens jurídicos coletivos do contrato social MAYO CALDERÓN, *La tutela* (n. 40), p. 69 ss.; de modo similar, ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* p. 96 s., e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 113 ss.

a solidariedade, o ambiente e os recursos naturais, além de todos os objetos relacionados ao terceiro compromisso contratual.[178] Outra questão, ainda não resolvida,[179] é a concernente a uma determinação efetiva dos bens jurídicos coletivos,[180] que evite apresentar como tais bens jurídicos apenas *aparentes*.[181]

6. A legitimidade dos bens jurídicos coletivos[182] é consequência da potencialidade de seus substratos para maximizar as possibilidades de uso e consumo dos bens individuais para a satisfação de necessidades e interesses legítimos e para a autorrealização pessoal *de todos por igual*.[183] Esse potencial dos substratos coletivos os torna "funcionais" para os bens jurídicos individuais *na realidade social*, na medida em que conferem a estes utilidades[184] capazes de

178. Evidentemente, também são bens jurídicos coletivos os instrumentos dados pela sociedade ao Estado para o cumprimento de seus fins – Administração Pública, Administração da Justiça, Fazenda Pública etc. –; vide HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 119 ss. e SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 244 ss. E também obtêm a qualidade de bens jurídicos coletivos, nesse caso de caráter "internacional", determinados substratos pertencentes *pro indiviso* ao gênero humano reconhecidos pelos Tratados internacionais, vide GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 28 ss.

179. Não obstante, ademais dos autores citados supra, nota 8, vide SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000. passim; PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 128 ss. e passim; PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, n. 39, 1989. p. 736 ss.

180. Assim, com razão, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 195 s.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 212 s.; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 192; PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 131; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 37 s., 44 e PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, n. 39, 1989. p. 740 e nota 41, que adverte, com razão, que, de todo modo, uma falta de concreção e de determinação pode ser detectada também com relação a alguns bens tradicionais, cuja condição de bens jurídicos não é questionada.

181. Sobre essa matéria, vide, por todos, SCHÜNEMANN, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 149 ss. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 218 ss.); HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 37 ss.; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 38.

182. Sobre seus caracteres descritivos (titularidade compartilhada, indisponibilidade, indivisibilidade, não rivalidade no tocante ao consumo, não exclusividade no seu uso, durabilidade etc.), vide HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 111 ss. e SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 194 ss.

183. Nesse sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 190 e, sobretudo, p. 196.

184. Assim, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 60; também, ROXIN, *AT*, 4. ed. 2006. § 2.°, n. 11, p. 17 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 199 ss. (idem, *Pena y Estado*, n. 1, 1991. p. 102 s.); CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 184 e 208; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 174; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 66 s.; ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 96 s. PORTILLA CONTRERAS, (*CPC*, n. 39, 1989. p.

promover o livre desenvolvimento pessoal e a satisfação de necessidades e interesses legítimos[185] e, por isso, devem ser pensados como *antepostos* aos individuais, no sentido de que os circundam e *complementam*.[186] Logo, não adquirem a condição de bens por si próprios, ou seja, por seu valor intrínseco, mas só em virtude *dessa* funcionalidade específica. Aristóteles distinguia os bens *em si* e dos que o são em razão das prestações e utilidades que proporcionam àqueles. Bem em si são as coisas desejadas por si mesmas, mas também são bens as outras "coisas que *produzem* bens (em si), que contribuem para *conservá-los* a todo custo, ou que *previnem* seu menoscabo ou destruição".[187] De acordo com essa premissa, os bens jurídicos coletivos desempenham uma dupla função.[188] Uma negativa – ligada ao princípio *neminem laedere* – de prestação de *segurança* e, com isso, de garantia de *conservação* para os bens jurídicos individuais, na medida em que a estabilidade e o equilíbrio dos substratos coletivos contêm e neutralizam riscos para estes; e outra *positiva* – vinculada às condições existenciais – de *promoção* e, com isso, de garantia de *desenvolvimento* e expansão de suas potencialidades, na medida em que a estabilidade e o equilíbrio dos substratos coletivos proporcionam indistintamente a todos a exploração de suas possibilidades de uso e consumo legítimos dos bens jurídicos individuais complementados.[189] Em todo caso, a função *essencial* dos bens jurídicos coletivos é a *positiva*, pois é a fonte de legitimidade de sua eventual tutela penal *autô-*

740), observa, com razão, que "os bens jurídicos coletivos são os que permitem o desenvolvimento das demais garantias".

185. Nesse sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 136; GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, p. 164 ss.; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 233, com amplas referências da doutrina espanhola na nota 11.

186. Assim, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 198. Como observa HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 116 s., certos bens jurídicos coletivos "*franqueiam* de modo atual (ou latente) e permanente a vida dos membros da sociedade".

187. Vide ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, edición de Espasa, com Introdução de L. Castro Nogueira. 11. ed. Madrid, 1999. p. 71; uma concepção parecida é encontrada em BRENTANO, Franz, *El origen del conocimiento moral*, p. 25, n. 24: "O bem se distingue em bem primário e bem secundário (...) o bem primário é bom em si mesmo e o bem secundário é bom para outrem". Essa concepção foi empregada por mim, em seus aspectos fundamentais, em GRACIA MARTÍN, *La infracción*, p. 270 ss. e em *Actualidad Penal*, n. 18, 1994. p. 355 s.

188. Essas funções já foram por mim assinaladas em GRACIA MARTÍN, *Actualidad Penal*, n. 10, 1994. p. 210 s., e as aceita MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 77 s.

189. Vide DÍEZ RIPOLLÉS, *JD*, n. 30, nov. 1997. p. 18, quem adverte acertadamente que o dano ao substrato do bem jurídico ocasiona, "em geral, a *privação da possibilidade* de realizar determinados comportamentos sociais".

noma. E como os substratos coletivos são os objetos mais visados pela agressão do sistema de ação social das classes poderosas, seu reconhecimento como bens protegidos pelo Direito implica em uma limitação deste sistema de ação e, com isso, em um entrave ao monopólio das classes sociais poderosas sobre as possibilidades de ação e o potencial de realização dos bens individuais.[190]

7. O reconhecimento e a proteção de bens jurídicos coletivos são uma exigência ético-social e ético-política[191] derivada dos – e que, ao mesmo tempo, dita os – referentes axiológicos do contrato social e dos fins do Estado *social e democrático*.[192] O reconhecimento geral de bens coletivos e o mandado de sua proteção por parte do Estado são garantias *constitucionais* do Estado de Direito, pois, como já advertiu *Terradillos*, o art. 9.2, CE dispõe que "corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos nos quais participa sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social".[193] Desse modo, as *condições de possibilidade* da efetividade real da liberdade, igualdade e participação de todos os cidadãos por igual na vida política, econômica, cultural e social, como exigência da luta legítima pela dignidade humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 10, CE) constituem, a meu ver, o denominador comum dos substratos materiais que devem ser elevados à categoria de bens jurídicos coletivos com base e fundamento nas diretrizes axiológicas do programa ético-político específico que hoje, por exigência da sociedade atual e por imperativo constitucional, devem ser cumpridas pelo Estado social e democrático de Direito.[194]

---

190. Como adverte com razão HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 78, "asseguram uma justiça distributiva, acima do monopólio de certos bens e rendimentos, que não se verificaria com um livre jogo das forças".

191. Sobre a necessária justificação moral e política dos bens jurídicos, PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 107 ss., e sobre as condições da realidade, sobretudo econômica, que podem justificar o reconhecimento de bens jurídicos coletivos e, conforme o caso, a *necessidade* de sua proteção penal, ibidem, p. 100 ss., e, ademais, p. 130 s.

192. Como já indicado aqui e advertido atinadamente e com clareza por SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 243.

193. Vide TERRADILLOS BASOCO, *RFDUCM*, n. 63, 1981. p. 125 ss. Nessa linha, SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 244.

194. De maneira similar, PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, n. 39, 1989. p. 745 s.; vide, ademais, PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 136 e CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 193 s., observando com acerto que a proteção de bens coletivos é, em resumo, proteção da liberdade. Para a doutrina alemã, vide HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*,

8. Mas o reconhecimento de substratos coletivos como bens jurídicos não é suficiente para autorizar a sua proteção penal,[195] pois para tanto é preciso ainda comprovar, sobretudo, que sejam suscetíveis de alteração substancial com significado de "dano social" (lesão ou perigo), bem como obedecer aos requisitos que caracterizam o Direito Penal como *fragmentário*, isto é, a *necessidade* de uma ação coativa legítima como consequência deste dano e que o ordenamento jurídico não disponha de alternativa menos gravosa que a pena (proporcionalidade, subsidiariedade, *ultima ratio*).[196] A "lesividade social" das afetações de bens jurídicos coletivos só pode ser entendida se antes for superado o erro crasso em que incorre a opinião dominante, segundo a qual os bens coletivos careceriam de conteúdo *material* e, por isso, não seriam suscetíveis de lesão nem de exposição a perigo. Esse erro parece ter origem primeira no fato de que para a determinação do que pode ser um bem jurídico parte-se do modelo daqueles que o são "evidentemente", isto é, dos bens individuais, e na falsa dedução de que o caráter "corpóreo", geralmente inerente ao substrato destes últimos, é um requisito constitutivo de todo bem jurídico;[197] uma segunda explicação, que ainda aprofunda o referido erro, radica na confusão entre *material* e *corpóreo*. A "corporalidade" não é característica constitutiva do bem jurídico, mas *tão somente* a *realidade material* de seu substrato. Os bens

---

p. 116 ss., (bens jurídicos que criam espaços de liberdade para o indivíduo, que distingue daqueles que protegem "condições básicas da atividade estatal" (p. 119 ss.).

195. A Constituição espanhola exige, porém, a proteção penal de alguns bens, como, por exemplo, o ambiente (art. 45.3 CE). Sobre a problemática dos mandados constitucionais de criminalização, vide HASSEMER, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 62 ss. (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 101 s.), e, para a doutrina espanhola, MUÑOZ LLORENTE, *RdPP*, n. 6, 2001. p. 103 ss. passim.

196. Sobre todos esses princípios limitativos relacionados entre si e que fazem com que a proteção penal de bens jurídicos seja apenas fragmentária, vide agora apenas WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. p. 6 e 278; ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2.°, n. 97 ss., p. 45 ss. e, em relação especialmente com o Direito Penal moderno, SCHÜNEMANN, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 34 s. (idem, *Temas actuales*, p. 68; idem, In: In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 141 ss.; idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 207 ss.).

197. Assim o vê em parte HIRSCH, In: *Modernas tendencias*, p. 381: "Isso" – afirma – "funciona corretamente no caso dos bens jurídicos de natureza física, como a integridade corporal e a vida. É por essa razão que, no ensino do direito, a maior parte da teoria geral do Direito Penal é explicada com lastro nos delitos que afetam tais bens jurídicos, pois eles são claramente vislumbrados e se identificam com o objeto de fato. A lesão e a causalidade são fáceis de demonstrar". Vide também CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 219 ss. e SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 277.

jurídicos coletivos devem ter sempre um substrato "material",[198] que geralmente – embora não sempre, como é o caso, por exemplo, do ambiente – será de caráter "incorpóreo" e, portanto, também suscetível de lesão e de exposição a perigo.[199] Certamente, esse caráter incorpóreo da maior parte dos substratos coletivos implica uma determinação mais trabalhosa do bem jurídico. Todavia, como *diretriz* especialmente proveitosa para isso, poder-se-ia entender que tais substratos se identificam com as referências de *ordem* objetiva próprias das circunstâncias preexistentes ou com o desenvolvimento de certos processos e procedimentos nos diferentes âmbitos da interação social e cuja finalidade última consiste em favorecer ou incrementar por igual às possibilidades legítimas de ação para todo *possível* participante em dado âmbito social.[200] Posto que a maior parte dessas ordenações de situações e processos "macrossociais"[201] é produto das *regulamentações* jurídicas primárias *materialmente fundadas*[202] – por exemplo, o procedimento de contratação em bolsas de valores ou no mercado de capitais, ou o procedimento de funcionamento das sociedades mercantis, bem como o limite tolerado de poluição das águas ou do ar e o período de caça proibida, etc. –, os substratos coletivos conseguem ser identificados a

198. Por essa razão, deve ser prontamente rechaçado o discurso atual sobre a suposta – e, a meu ver, inexistente – "*desmaterialização*" do bem jurídico. De acordo com o antigo estoicismo, entendo que todo o que existe é material, ainda que não encarnado em um ente (corpóreo). Sobre o "materialismo dos incorpóreos" no estoicismo antigo, vide COPESTON, *Historia de la filosofía, 1: Grécia e Roma*, 6. ed. Barcelona: Ariel, 2001. p. 386 ss.; REALE; ANTISERI, *Historia del pensamiento filosífico y científico, I, Antigüedad e Edad Media*. Barcelona: Herder, 1995. p. 228 ss.; JESÚS IMAZ, María. Sobre el estoicismo. Rasgos generales y figuras centrales. In: GARCÍA GUAL (ed.). *Historia de la filosofía antigua*, Madrid: Trotta, 1997. p. 303 ss.

199. Nesse sentido, com razão, SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 278 ss., 306 ss. (sobre a materialidade), e p. 316 ss. (sobre o conceito de lesão); vide ademais GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991. p. 57, e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 80, quem, embora pareça em um principio identificar a "o corpóreo" com o "caráter material", deriva a legitimidade de um bem jurídico de sua "realidade", a qual não pressupõe o caráter "corpóreo", como explica nas p. 28 e ss.

200. Em sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 191, 196 e 200: "Estão em referência à satisfação das necessidades de caráter social e econômico, estão em relação à participação de todos no processo econômico-social" (p. 200).

201. Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 199: "Se trata aqui de relações macrossociais".

202. Nesse sentido, vide CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. p. 54 s., que aponta o exemplo da ordenação do tráfego.

partir delas com um alto grau de precisão.[203] A *lesão* – e a partir dela, o perigo – dos bens jurídicos coletivos consistirá, pois, na desestabilização das circunstâncias ou na inobservância dos procedimentos *reais* estabelecido pelo modelo de ordenação da disciplina jurídica primaria, e para comprová-la bastará fazer a correspondente comparação (assim, por exemplo, em relação ao nível de impureza das águas ou do ar, à falta de veracidade do folheto de emissão no mercado de capitais, ao emprego de informação privilegiada na contratação mercantil etc.).

Pois bem, se os substratos coletivos só adquirem o caráter de bens jurídicos em razão de sua "funcionalidade" *na realidade social* para os bens jurídicos individuais,[204] cabe perguntar se bastará a simples lesão para legitimar uma reação punitiva ou se será necessária a produção de algum efeito adicional para os bens individuais subjacentes. Os defensores do conceito pessoal de bem jurídico consideram que a proteção penal de bens coletivos só será legítima sob a condição de que a ação produza, simultânea ou posteriormente, uma lesão ou um perigo para bens jurídicos individuais.[205] Entretanto, tal dedução é errônea, porque com ela se esquece que a mencionada funcionalidade ocorre apenas *na realidade social* e não tem porque ser vinculante para a valoração jurídica e nem, portanto, para a decisão sobre o alcance do tipo. A "funcionalidade" *real* dos substratos coletivos não conduz a nenhuma "funcionalização" de sua *tutela penal*, o que seria possível, mas à custa da completa renúncia à proteção penal dos bens jurídicos coletivos, porque desse modo os tipos resultantes não poderiam ter nenhuma outra natureza senão a de tipos de lesão ou de perigo de bens *individuais*.[206] Toda proteção penal de bens jurídicos

203. Vide, nesse sentido, SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 316.

204. Assim observa atinadamente SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 236 s.

205. Vide, nesse sentido, HASSEMER, *AK-StGB*, vor § 1.°, n. 289; idem, In: PHILIPPS; SCHOLLER, p. 90 ss.; idem, *ZRP*, 1992 (idem, *ADPCP*, 1992. p. 248); CEREZO MIR, *RDPC*, n. 10, 2002. p. 56 ss., embora aceite o mero perigo abstrato para o bem jurídico individual (p. 58). Uma concepção pessoal do bem jurídico se baseia na seguinte premissa: "Uma norma que tem por objeto um bem jurídico coletivo, só é legítima se a conduta sancionada for apta a lesar ou a expor a perigo concreto um bem jurídico individual".

206. Assim, GRACIA MARTÍN, *LH-Cerezo*, p. 391, nota 270; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 62 s. (os delitos ambientais deveriam ser tidos como casos especiais de delitos clássicos, como, por exemplo, as lesões corporais); MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación*, Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993. p. 32 ss., 160 ss.; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 179 e 237; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 53 ss., bem como a crítica de *Paredes Castañón* (RDPC, n. 11, 2003. p. 136, nota 109) à tese da funcionalização da proteção penal do bem coletivo.

coletivos, assim, deve ser *autônoma*, no sentido de não condicionada à produção de nenhuma lesão ou perigo para algum bem jurídico individual.[207] Esses possíveis resultados não devem formar parte da estrutura dos respectivos tipos penais, integrando, eventualmente, apenas a sua *ratio legis*.[208] Isso não oferece nenhum motivo para deduzir, como acredita uma opinião tão comum quanto errônea, que assim "todos" os tipos que protegem bens jurídicos coletivos são de "perigo abstrato". Essa qualificação só seria correta se o tipo se pusesse em relação com os bens jurídicos *individuais* que estão por trás do bem coletivo protegido, mas tal carece de sentido porque, como já foi dito, a proteção daqueles não tem sentido em uma estrutura típica calcada apenas no próprio bem coletivo.[209] Apesar disso, a mera lesão ao bem jurídico coletivo não justifica por si só a "lesividade social" do fato, pois esta última, a meu ver, não se constrói à margem do menoscabo, ainda que mínimo, de bens jurídicos individuais. Mas a lesão de bens jurídicos coletivos conduz *eo ipso* ao referido menoscabo, como se pode extrair das funções que desempenham em relação aos bens individuais. Tal menoscabo não consiste, porém, em uma lesão no sentido de uma "destruição" do substrato, mas sim em uma "desvalorização" dos bens individuais.[210] Isso é resultado da própria função *positiva* de promoção e in-

---

Sobre o caráter determinante da natureza do bem jurídico para a "estrutura do delito" (típica), vide WOHLERS, *Deliktstypen des Prävention-strafrechts*, 2000. p. 281 ss. e idem, *GA* 2002. p. 17 ss. e a percuciente observação de *Corcoy Bidasolo* (*Delitos de peligro*, p. 183), segundo a qual é a reticência ante a legitimidade da proteção de bens jurídicos coletivos o que conduz a ver os correspondentes tipos como de perigo abstrato para bens individuais.

207. Sobre a proteção penal autônoma de bens jurídicos coletivos, vide, por exemplo, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969. p. 66 ss. e especialmente p. 117 ss.; idem, *JuS*, 1989. p. 689, 691; *AE-Straftaten gegen die Wirtschaft*, p. 19; SCHÜNEMANN, In: KÜHNE; MIYASAZAWA, p. 24 ss.; HEFENDEHL, *GA*, 2002. p. 25 ss.; e, na doutrina espanhola, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 195 ss.; GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal*. Madrid: Trivium, 1990. p. 270 s. e nota 105; SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 236 s.; PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, n. 39, 1989. p. 741; PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 136; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 78.

208. Nesse sentido, vide SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 179 s. e MAYO CALDERÓN, *La tutela*, p. 78.

209. Vide, nesse sentido, TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 36; BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 198; GRACIA MARTÍN, *La infracción*, p. 266 s.

210. Em sentido similar, KINDHÄUSER, *Madrid Symposium für Klaus Tiedemann*, p. 130 e 131, embora diferentemente do sustentado por mim, apenas em relação com o que antes designei como função negativa ou garantia de segurança dos bens coletivos; segundo

cremento das possibilidades de uso e consumo de bens individuais pelos bens jurídicos coletivos, pois a lesão de um bem coletivo se traduz sempre em uma diminuição das possibilidades de ação que proporcionam os bens individuais e que é responsável *eo ipso* pelo decréscimo de valor destes, o que atinge, por tabela – e deve ser suportado por – uma pluralidade de indivíduos cujo número pode chegar a ser gigantesco. Assim, a poluição do lago priva toda uma massa indeterminada de potenciais usuários – que eventualmente queiram fazê-lo, no exercício legítimo de sua liberdade e para a sua autorrealização pessoal – de qualquer possibilidade de praticar atividades esportivas aquáticas. Eis aqui um último fundamento de legitimidade para a *eventual* proteção penal de bens coletivos que, como pretende o discurso de resistência, remete imediatamente aos possíveis interesses legítimos das pessoas e a nada mais.

De resto, a proteção penal de bens jurídicos coletivos frente a determinadas formas de agressão não tem porque entrar em conflito com as garantias de proporcionalidade, de subsidiariedade e de *ultima ratio*. Na perspectiva do Estado social, não resta a mais mínima dúvida acerca da importância dos bens coletivos – segundo Bustos, são *essenciais*[211] – nem sobre o valor e a hierarquia muito superiores de alguns deles com relação a outros bens individuais tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal, como, por exemplo, o ambiente em comparação com a propriedade privada,[212] de modo que da proteção penal desta deveriam derivar – praticamente como inerentes à própria natureza das coisas – a proporcionalidade e a legitimidade da própria proteção do ambiente e dos recursos naturais. Em todo caso, se presentes os requisitos de subsidiariedade e de *ultima ratio*, a proporcionalidade da proteção penal dos bens coletivos será uma decorrência de fixação das margens penais, e não uma questão de criminalização da conduta. A tutela de bens jurídicos coletivos tampouco é necessariamente contrária aos princípios de subsidiariedade e de *ultima ratio*.[213]

Kindhäuser "o dano que pode sofrer uma pessoa reside não só no substancial menoscabo de um bem, mas também na privação da possibilidade de dispor de forma segura do mesmo" (p. 130), e "a genuína lesividade do perigo abstrato reside no fato de que um bem do qual não se pode dispor de forma despreocupada não é racionalmente passível de total aproveitamento".

211. Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Pena y Estado*, n. 1, 1991. p. 102 s.

212. Assim, SCHÜNEMANN, *GA*, 1995. p. 206 (idem, *ADPCP*, 1996. p. 193), para quem, com razão, o ambiente é o segundo bem jurídico mais importante depois da existência e da preservação do *homo sapiens*.

213. Precisamente SCHÜNEMANN. In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 34 s. insiste no fato de que a solução para o Direito Penal moderno "pode ser desenvolvida a partir da ideia jurídico-

Um exemplo para ilustrá-lo: no Direito espanhol, o bem jurídico "funções do tributo" não é protegido penalmente ante qualquer lesão, mas apenas diante daquelas oriundas de comportamentos "fraudulentos", e mesmo assim somente quando a quota tributária sonegada exceder os 120.000 euros (art. 305 do CP). Prescindindo da incerteza que caracteriza a concreção desses princípios e de que, demais disso, não é possível neles vislumbrar mandados de cumprimento obrigatório, mas apenas diretrizes político-criminais,[214] a decisão de criminalização subsidiária pode se orientar por diversos fatores indiciários que não podem ser desenvolvidos aqui, como, por exemplo, o da perda do domínio pelo autor, o caráter reparável ou não – ou, conforme o caso, o tempo e os custos da reparação – da lesão ao substrato coletivo, o grau da perda de confiança no funcionamento da instituição etc.

9. Não é possível tratar aqui com detalhes da questão da legitimidade dos delitos de perigo abstrato, mas um rechaço global destes carece, a meu ver, de qualquer fundamento.[215] A necessidade dos tipos de perigo abstrato para a proteção dos bens jurídicos individuais de maior valor nas esferas específicas do risco próprias da sociedade moderna deveria estar fora de qualquer dúvida. Quando as relações sociais se davam entre sujeitos claramente identificados e individualizados que se comunicavam direta e pessoalmente, e por tanto gozavam assim de amplas possibilidades de autoproteção frente a eventuais perigos nessa relação,[216] a intervenção penal podia ser adiada até o momento da lesão ou, como quando muito, do perigo concreto. Todavia, esses tipos de relação social foram sendo gradativamente substituídos na sociedade atual por outros tipos de relação, de cunho massificado e anônimo, em cujos âmbitos (por exemplo, nos processos de produção e distribuição de alimentos) se desenvolve e conflui uma gama de cursos causais de diversas origens, onde os perigos já não têm como destinatários um indivíduo ou um grupo reduzido destes, mas sim uma massa anônima de indivíduos que podem entrar eventualmente em contato com o perigo ignorando sua existência, com poucas chances de detectá-lo e, por isso mesmo, com quase nenhuma possibilidade de

-penal fundamental, e inalterável desde o Iluminismo, segundo a qual o Direito Penal só pode e deve ser empregado como *ultima ratio* para a prevenção de danos sociais".

214. Nesse sentido, ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2.°, n. 101, p. 47, e também PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 143, nota 138, e mesmo antes em *El riesgo permitido*. Madrid, 1995. p. 115, nota 79 e em *ADPCP*, 1996. p. 933, nota 70.

215. Sobre a maior conformação desses tipos com o mandado de determinação, cf. a opinião de SCHÜNEMANN, supra, 2, 3, e nota 62.

216. Sobre a questão, com exemplos concretos, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 194.

autoproteção.[217] O fato de que em tais circunstâncias faz-se necessário antecipar a proteção penal para o momento no qual se exterioriza o perigo inerente à atividade é algo que "deriva praticamente da natureza das coisas".[218] Por outro lado, que estes perigos tenham com potenciais destinatários um conjunto de indivíduos é um dado que deve outorgar ao desvalor da ação abstratamente perigosa uma gravidade que não só compensa, mas que a meu ver supera, o déficit de um resultado concreto, ajustando a intervenção penal aos princípios de proporcionalidade e de subsidiariedade e *ultima ratio*.[219]

10. A produção de efeitos simbólicos é consubstancial à pena[220] e expressão da função pedagógica ético-social que, no meu entender, esta deve cumprir.[221] Verificadas as condições aqui esboçadas, carece de fundamento a pecha conferida aos tipos penais modernos de tipos meramente "simbólicos", pois nenhuma lei penal orientada à proteção da convivência pacífica pode ser vista como puramente simbólica.[222] *Toda* lei que se esqueça desse fim deveria ser tachada de ilegítima em relação à *totalidade* de ordenamento jurídico.

---

217. VIDE HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 164 ss.; idem, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 130 (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 193 s. Como advertiu MAYO CALDERÓN (*La tutela*, p. 76), nestes contextos, a vulnerabilidade daqueles que entram em contato com o perigo resulta também do fato de que a atividade perigosa é normalmente desenvolvida no exercício de uma função permitida. Sobre a relevância das possibilidades de autoproteção da vítima para a ponderação que serve de base à decisão de tipificação penal, vide PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, n. 11, 2003. p. 126 ss.; e, sobre esse princípio vítimo-dogmático, vide, sobretudo, SCHÜNEMANN, *StW* 90 (1978), p. 54 ss.; idem, *FS-Bockelmann*, 1979. p. 130 s.; idem, *FS-Faller*, 1981. p. 361 ss.; idem, In: SCHNEIDER (ed.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, 1982. p. 407 ss.; idem, In: SCHÜNEMANN (ed.), *Strafrechtsystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002. p. 61 ss. e idem, In: VON HIRSCH; SELLMANN; WOHLERS, p. 31 ss.

218. Assim, SCHÜNEMANN, *GA*, 1995. p. 212 (idem, *ADPCP*, 1996. p. 199).

219. Assim, SCHÜNEMANN, In: KÜHNE; MIYAZAWA, p. 34 ss.; KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 711 ss., 720 ss.

220. Assim, ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2.°, n. 38, p. 25 e § 3.°, n. 26 ss., p. 80 s.

221. Que reforça a função instrumental da proteção de bens jurídicos e é inseparável desta, vide WELZEL, *Abhandlungen*, p. 263 s. e, mais amplamente, em *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. 1969. p. 1 ss.; KAUFMANN, Armin. *Die Aufgabe des Strafrechts, Rheinisch-Westfällische Akademie der Wissenschaften*. Westdeutscher Verlag, 1983. p. 17; CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2004. p. 16 e 31 (função de exemplaridade da pena); SOTO NAVARRO, *La protección penal*, p. 187 e 298 s.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, p. 158 ss. e 172 ss.; GIL GIL, Alicia, *LH-Cerezo*, 2002. p. 17 ss.

222. Assim, com razão, ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2.°, n. 39, p. 25.

Em certas hipóteses, aceitar-se-ia que fora do Direito Penal[223] pudesse haver regulações cuja finalidade se resumiria à simples motivação dos cidadãos à obediência. Contudo, superada a doutrina do Direito Penal administrativo, no presente se postula, com razão, que a proteção de bens jurídicos é também um parâmetro de legitimidade para o Direito administrativo sancionador.[224] O legislador estabelece seus mandados e proibições apenas para criar um estado ou situação valiosos ou para impedir a produção de um dano.[225] Por isso, toda proibição ou mandado que se desvie dos objetivos de proteção de *bens jurídicos* seria arbitrário,[226] pois seu fim se resumiria ao mero exercício dos cidadãos na obediência,[227] devendo, assim, ser expurgado do ordenamento jurídico.[228] De resto, o Direito Administrativo sancionador deveria ser regido pelas mesmas garantias do Direito Penal, operando estas com idêntica rigidez.[229] Se os tipos penais modernos tutelam bens jurídicos, então não podem ser rechaçados como simbólicos, formais ou de mera desobediência,[230] e se são ilegítimos, isso será por outra razão diferente.[231] Com isso não se nega a *existência* de tipos

223. E, de acordo com a proposta da segunda velocidade de Silva Sánchez, inclusive dentro do próprio *Direito Penal*.

224. Vide exclusivamente ROXIN, *AT* I, 4. ed. 2006. § 2.°, n. 62, p. 32, e, recentemente, GÓMEZ TOMILLO, *Derecho administrativo sancionador: parte general*, Thomson-Aranzadi, 2008. p. 71 ss., com amplas referências à doutrina espanhola e estrangeira na nota 45 da p. 71 s.

225. Nesse sentido, WELZEL, *JZ*, 1956. p. 238-240 e *JZ*, 1957, p. 132. Vide, também, CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2006. p. 54.

226. Como afirma, com razão, GÓMEZ TOMILLO, *Derecho administrativo sancionador*, p. 71 s., "entender que a potestade sancionatória do Estado pode ser construída independentemente dos bens jurídicos pode gerar uma *arbitrariedade* sancionatória".

227. Binding já observava que "é indiscutível que nenhuma lei razoável exige a obediência por si mesma" (*Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4. ed. de Leipzig (1922) de Scientia Verlag, Aalen, 1965. p. 397 ss.); também, e mesmo antes que Binding, DORADO MONTERO, *Bases*, § 21, p. 25; AMELUNG, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 169, 171 (idem, *La teoría del bien jurídico*, p. 246, 248).

228. Vide CEREZO MIR, *PG* I, 6. ed. 2006. p. 55, com mais referencias no mesmo sentido na nota 27, e no mesmo sentido AMELUNG, In: HEFENDEHL; VON HIRSCH; WOHLERS, p. 169 s. (ildem, *La teoría del bien jurídico*, p. 246 s.).

229. Nesse sentido, de modo contundente e decidido, também se manifesta GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 225.

230. No mesmo sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 200 e 205.

231. Assim, HIRSCH, *Modernas tendencias*, p. 377 ss., onde observa, com razão, que, em última instância, "a legitimação da pena não advém de objetos preexistentes, mas dos objetos por ela protegidos".

modernos puramente simbólicos, mas afirma-se que aquela pode ser constata em "qualquer Direito Penal", e não só no moderno.[232]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aplicação da lei penal: debates e tendências atuais, de José Renato Nalini – *RT* 770/446;
- Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva – *RBCCrim* 46/73;
- Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988, de Rafael Silva de Faria – *RCP* 13/275;
- O "bem jurídico" como problema teórico e como critério de política criminal, de Giovanni Fiandaca – *RT* 776/409;
- Contexto e conceito para o direito penal econômico, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RT* 829/429;
- Os crimes econômicos na sociedade de risco, de Flavia Goulart Pereira – *RBCCrim* 51/105;
- A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal, de Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves – *RCP* 5/284;
- O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco", de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 33/39;
- Direito penal tradicional *versus* "moderno e atual" direito penal, de Luiz Flávio Gomes – *RBCCrim* 42/236;
- O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 64/78;
- Intervenção mínima para um direito penal eficaz, de Isaac Sabbá Guimarães – *RT* 800/479;
- A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima, de Ariella Toyama Shiraki – *RBCCrim* 83/7;
- Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 61/44; e
- Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?, de Susana Aires de Sousa – *RBCCrim* 86/231.

- *A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, Ed. RT, 2002.

232. Como afirma, com razão, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 179.

54035

RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA 5

A conjugação de leis penais sob a ótica constitucional

VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO

Mestrando em Direito Penal na PUC/SP. Membro do IBCCRIM e da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho visa, sob a ótica constitucional, a análise da (im)possibilidade da conjugação de leis penais para a averiguação da benignidade da retroatividade da lei penal benéfica.

PALAVRAS-CHAVE: Retroatividade penal benéfica - Conjugação - Lei penal - Constituição - Direitos Fundamentais - Regras constitucionais.

ABSTRACT: Under the constitutional scope, this paper has the objective of analyzing the (im)possibility of the conjugation of criminal law for the verification of benevolence in terms of the retroactivity of beneficial criminal law.

KEYWORDS: Retroactivity criminal beneficial - Conjugation - Criminal law - Constitution - Fundamental rights - Constitutional rules.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A conjugação de leis penais: a análise tradicional: 2.1 A posição desfavorável; 2.2 A posição favorável - 3. A questão constitucional: 3.1 Alemanha; 3.2 Itália; 3.3 Espanha; 3.4 França; 3.5 Portugal; 3.6 Brasil - 4. A retroatividade penal benéfica como norma jurídico-constitucional: 4.1 A retroatividade penal benéfica como direito fundamental constitucional; 4.2 A retroatividade penal benéfica: princípio ou regra constitucional?; 4.3 A retroatividade penal benéfica como regra constitucional de direito fundamental - 5. Conclusões - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Diante de uma realidade decorrente da incessante e inflacionada ação legiferante, o problema da sucessão de leis parece nunca querer sair de cena, reiteradamente emergindo com toda força a cada nova lei publicada, especialmente em relação às leis penais, nas quais a questão da retroatividade da lei penal mais benéfica é de vital importância, questão, pois, que vem a suscitar acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais, e, dentre eles, a questão da possibilidade, ou não, da conjunção de elementos da antiga com os da nova lei para a valoração da benignidade e sua eventual aplicação retroativa.

Parece ser unânime entre os doutrinadores e julgadores a necessidade de aplicação retroativa da nova lei penal que seja mais benéfica ou favorável (retroatividade *in mellius*).

Entretanto, há uma cisão em tal unanimidade quando a questão envolve a possibilidade, ou não, de conjunção entre os elementos da antiga com os da nova lei para a valoração da benignidade e sua consequente aplicação retroativa.

Assim, o presente trabalho visa analisar tal discussão dogmática, que tradicionalmente se dá na esfera infraconstitucional, e, depois, mediante uma análise crítica, constatar se as conclusões daí advindas se sustentam mediante uma filtragem constitucional sobre a questão.

2. A CONJUGAÇÃO DE LEIS PENAIS: A ANÁLISE TRADICIONAL

Ao contrário das discussões sobre a irretroatividade da lei penal gravosa (irretroatividade *in malam partem*), que sempre se deram no âmbito constitucional por ser considerada uma garantia jurídico-política dos indivíduos frente ao arbitrário *ius puniendi* estatal,[1] a questão da retroatividade da lei penal benéfica (retroatividade *in bonam partem*) tradicionalmente sempre foi discutida no nível dogmático infraconstitucional e, assim, sofreu pouca influência – favorável ou desfavorável – da primeira.

---

1. Explicitamente, nesse sentido, afirma Taipa de Carvalho que: "é inegável (...) que o *princípio da legalidade criminal* e, especificamente, o seu corolário da irretroactividade *in malam partem* surgiu, historicamente, *integrado nas garantias jurídico-individuais*. Teve, pois, na sua génese, uma motivação e uma *ratio* de natureza essencialmente político-jurídica. Logo, à nascença, foi visto como *uma das coordenadas fundamentais do Estado-de-Direito* e, como tal, assumiu, desde o início, dignidade constitucional". TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1990. p. 42 (grifos no original).

Enquanto a irretroatividade gravosa estava diretamente ligada a uma questão jurídico-política de garantia individual, a da retroatividade benéfica estava fundamentada em questão político-criminal – inicialmente de natureza meramente humanitária e, posteriormente, de natureza teórica intrassistemática da finalidade preventiva da pena.

Daí afirmar Taipa de Carvalho que "o processo histórico jurídico-cultural que levou à consagração da retroatividade da *lex mitior* foi inverso, cronologicamente, do processo que conduziu à plena fundamentação da irretroactividade desfavorável. Na verdade, (...) o *fundamento* originário *da proibição da aplicação retroactiva da lei penal foi jurídico-político*, radicou no Estado de Direito liberal e na sua inerente exigência de garantia face à arbitrariedade punitiva do poder legislativo e judicial própria do Estado absoluto. Diferentemente, (...) a *afirmação da retroactividade da lei penal* não teve uma origem político-jurídica, mas sim político-criminal. Foram considerações intrassistemáticas jurídico-penais, ligadas ao fundamento e fins das penas, que determinaram a afirmação da retroactividade".[2]

Consequentemente, nesse contexto, onde a retroatividade *in bonam partem* tradicionalmente sempre foi discutida no nível jurídico-dogmático penal infraconstitucional, a questão sobre a possibilidade de conjunção entre os elementos da antiga lei penal com os da nova lei para a valoração da benignidade, por questões lógicas, também sempre ocorreu nesse mesmo âmbito, formando-se duas grandes correntes doutrinárias sobre tal possibilidade de conjugação, uma negativa e outra positiva.

2.1 A posição desfavorável

A primeira corrente, considerada a mais tradicional e embasada em respeitáveis doutrinadores nacionais (Nélson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso etc.) e estrangeiros (Vincenzo Manzini, Giulio Battaglini, Luis Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo, José Cerezo Mir, Enrique Bacigualupo, Francisco Muñoz Conde, Manuel Cobo Del Rosal etc.), nega a possibilidade de combinação entre a antiga e a nova lei penal, impedindo, pois, a aplicação retroativa de parte da lei nova mais favorável aos acusados.

Tal posicionamento é resultado do *método da ponderação unitária* (ou global), que significa que "é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada",[3] pois, segundo tal posição dogmática, é vedado

2. Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo A., op. cit., p. 69 (grifos no original).

3. Idem, p. 154.

ao juiz combinar ambas as leis em busca de posição jurídica mais favorável ao cidadão, conjugando os aspectos benéficos tanto da antiga quanto da nova lei penal e os aplicando, sob pena de, nessa situação, estar criando uma nova lei (*tertia lex*) e, portanto, indevidamente legislando.

Assim, por exemplo, entre nós, Nélson Hungria afirmava que "não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma *terceira* lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação *combinada* das duas leis".[4]

Entre os doutrinadores estrangeiros, v.g., Giulio Battaglini declarava que "para determinar qual a lei que contém disposições mais favoráveis ao réu, mister se faz considerar tudo aquilo que pode ocasionar *resultado menos rigoroso* em virtude da aplicação de determinada lei, dentro da espécie a ser decidida. (...) O que é inadmissível, é a *combinação* de dois sistemas legislativos",[5] bem como Cobo Del Rosal e Vives Antón sustentam que "a lei antiga e a lei nova hão de ser consideradas em bloco, de modo que, pela própria natureza das coisas, não é possível efetuar uma mistura de ambas as leis, tomando de cada uma delas o que resulta mais favorável (...) a solução contrária provocaria que o juiz ou tribunal compusessem uma lei com fragmentos de outras duas, usurpando, assim, competências que correspondem exclusivamente ao Parlamento" (trad. livre).[6]

2.2 A posição favorável

Já a segunda corrente doutrinária sustenta exatamente o contrário, ou seja, advoga a plena possibilidade de conjugação de ambas as leis penais na busca de posição jurídica mais favorável ao cidadão, conjugando os aspectos benéficos tanto da antiga quanto da nova lei penal e os aplicando ao caso concreto, corrente, esta, também adotada por respeitáveis doutrinadores nacionais (Alberto Silva Franco, José Frederico Marques, Álvaro Mayrink da Costa, Juarez Cirino dos Santos, Julio Fabbrini Mirabete, René Ariel Dotti, Paulo

4. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. 1, t. I. p. 109-110 (grifos no original).

5. BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal. Parte geral*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973. vol. 1. p. 84-85 (grifos no original).

6. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 196.

Queiroz, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bittencourt, Rogério Greco etc.) e estrangeiros (Francesco Alimena, Jorge de Figueiredo Dias, Américo A. Taipa de Carvalho, Juan J. Bustos Ramírez, Hernán Hormazábal Malarée, Günther Jakobs etc.).

Tal posicionamento é resultado do *método da ponderação diferenciada* (ou discriminada),[7] que considera a complexidade de cada uma das leis e a relativa autonomia das disposições, procedendo-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, com a consequente aplicação, ao caso concreto, das disposições mais favoráveis de ambas.

Quanto à objeção da criação de *tertia lex* por parte do julgador ao combinar os elementos da lei antiga e da nova lei, Francesco Alimena afirmava que uma disposição da lei penal pode ser constituída por várias partes, pois, tal como o preceito incriminador, também o preceito sancionatório pode ser constituído por diferentes partes, podendo ocorrer que, numa parte, seja mais favorável a lei anterior e, noutra, seja mais favorável a lei nova ou vice-versa, sendo, pois, infundada a alegação de eventual violação ao princípio da separação de poderes ao assim proceder, pois, no caso, o juiz "não legisla nada".[8]

Para Silva Franco é também falsa a afirmação de que o juiz estaria a criar uma terceira lei, pois ao conjugar os elementos da antiga e nova lei, o juiz estaria a exercitar uma atividade que lhe é própria e inafastável, qual seja, a de interpretar a lei e, assim, atuaria "dentro de parâmetros estabelecidos pelo legislador, sem nada de novo criar, eis que os elementos de que se vale já se encontram predeterminados pelo legislador que os contemplou em momentos diversos de elaboração legislativa. Não há uma nova lei mesmo porque carece o juiz de competência para lhe dar estrutura. Trata-se de procedimento interpretativo, que pode ser visto como fonte sutil de criação de direito, não devendo, por isso, ser confundido com o processo de elaboração de lei. O que se constata, na realidade, nestas hipóteses, é um trabalho de interpretação sistemática e não de feitura de lei nova".[9]

De tal postura, não destoa Günther Jakobs ao afirmar que a ponderação unitária de alternatividade das leis viola o princípio da legalidade, e, para evitar tal violação, "la determinación de la ley más favorable ha de llevarse a cabo por separado para cada clase de reacción y para cada fase de la determinación, de modo que puede haber que aplicar, en función de cada reacción

7. Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo A., op. cit., p. 154.

8. Cf. ALIMENA, Francesco. *Le condizioni di punibilità*. Milano: Giuffrè, 1938. p. 237-239.

9. SILVA FRANCO, Alberto. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 14.

penal o de la fase de cómputo en cuestión, distintas leyes como en cada caso más favorables".[10]

Observam, ainda, Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée que não há razões de fundo para se opor à conjugação da lei antiga e nova, pois, em Direito Penal, há casos de combinações de leis admitidas, pois, não raro, estão as leis penais incompletas (por exemplo, leis penais em branco) exigindo sua integração com outras disposições, sempre e quando existam bases claras de determinabilidade legal, o que, definitivamente, ocorre com a *tertia lex* mais favorável, configurando-se, assim, uma simples interpretação integrativa em favor do réu, algo perfeitamente possível.[11]

3. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Como visto, a retroatividade penal benéfica, e, consequentemente, a possibilidade de conjunção entre os elementos da antiga lei com os da nova para a valoração da benignidade, é discutida majoritariamente no nível jurídico-dogmático penal infraconstitucional.

A circunscrição da questão ao círculo jurídico-dogmático penal infraconstitucional tem fácil explicação.

Historicamente, tal fenômeno ocorreu e ocorre especialmente – e tem maior intensidade – na doutrina estrangeira, o que acabou inegavelmente se derivando, contagiando e influenciando nossa doutrina penal, que sempre foi buscar alhures inspiração e conhecimento através do exercício do direito comparado (microcomparação), até porque "não há modernização jurídica sem apelo, sem conhecimento de Direitos estrangeiros em confronto com o Direito do país", pois "à medida que a Ciência Jurídica vai ganhando maior consciência de sua dimensão, abrindo-se para métodos cada vez mais exigentes e procurando conceitos mais apurados e mais gerais, ela tende a extravasar das fronteiras e a procurar saber o que se passa nos outros países. Sem deixar de se debruçar sobre a sua ordem jurídica nacional para aplicar as normas aos casos concretos, o jusperito só tem a beneficiar colhendo elementos de similitude noutras ordens jurídicas e aprendendo com a doutrina e jurisprudência estrangeiras".[12]

---

10. JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 125-126.

11. V. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. vol. 1. p. 109.

12. MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *RDCI* 55/249.

Em países como, por exemplo, Alemanha, Itália, Espanha e França, todos com longa tradição jurídico-penal e onde a tese desfavorável à conjugação das leis penais foi inicialmente pensada e desenvolvida – e, portanto, de fundamental inspiração à dogmática penal brasileira –, a retroatividade penal benéfica (retroatividade *in mellius*), ao contrário da irretroatividade penal desfavorável (irretroatividade *in peius*), não consta expressamente de suas constituições político-jurídicas.[13]

Como será analisado, apenas o princípio da legalidade penal – e seu corolário da irretroatividade – consta expressamente de suas Cartas Políticas, restando à questão da retroatividade benéfica o campo da infraconstitucionalidade, onde, pois, a discussão germinou, desenvolveu-se e se alastrou com contornos dogmáticos próprios das normas jurídicas de tal natureza, como, aliás, acima já visto.

3.1 Alemanha

A Constituição alemã, em seu art. 103, estabelece que "um ato somente poderá ser apenado se sua punibilidade estava estabelecida por lei anterior à comissão do ato",[14] ou seja, há apenas a menção expressa da proibição da irretroatividade da lei penal, silenciando quanto à possibilidade da retroatividade da lei penal benéfica.

Esta, por sua vez, somente vai aparecer explicitamente no § 2.°, III, do Código Penal alemão, que estatui que "se a lei que rege na cominação do fato é alterada antes da decisão, então há de se aplicar a lei mais benigna";[15] portanto, na Alemanha, a questão da retroatividade penal benéfica tem natureza infraconstitucional.

3.2 Itália

A Constituição italiana, em seu art. 25, estipula que "ninguém pode ser punido, senão por aplicação de uma lei que tenha entrado em vigor antes de

13. A questão já havia sido anteriormente observada: PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Retroatividade da Lei Penal Benéfica. A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.°, da Lei n. 11.343/06 (Lei de Tóxicos). *Boletim IBCCrim* 175/2-3. vol. 15.

14. Disponível em: www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/ConstituicaoEspanhol__PDF,property=Daten.pdf. Acesso em: 01.11.2010.

15. Disponível em: www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf. Acesso em: 01.11.2010. Trad. livre.

cometido o fato";[16] a Carta Política Fundamental não faz, pois, qualquer menção à retroatividade penal benéfica, somente menciona, também, a proibição da irretroatividade penal.

A retroatividade penal benéfica só aparece no Código Penal italiano, nos §§ 2.º e 3.º do art. 3.º, que determina que "ninguém poderá ser castigado por um fato que, de acordo com uma lei posterior, não constitua delito; e, no caso que se tenha ditado condenação, cessará sua execução e seus efeitos penais"e "se a lei vigente no momento da comissão do delito e a lei posterior forem distintas, se aplicará a que resulte mais favorável ao réu, salvo que se tenha pronunciado sentença irrecorrível";[17] portanto, também na Itália a questão da retroatividade penal benéfica unicamente tem natureza infraconstitucional.

3.3 Espanha

Por sua vez, a *Magna Charta* espanhola estabelece que "a Constituição garante o princípio de legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade de disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição de arbitrariedade dos poderes públicos" (art. 9.3), bem como que "ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento" (art. 25.1).[18]

Assim, mais uma vez, constitucionalmente não há qualquer menção à retroatividade penal benéfica, mas, unicamente, ao princípio da irretroatividade penal.

A retroatividade penal *in mellius* também só vai despontar na legislação infraconstitucional, qual seja, no Código Penal espanhol, que estabelece que "não será castigado nenhum delito nem falta com pena que não se ache prevista por lei anterior à sua perpetração" (art. 2.1.) e que "não obstante, terão efeito retroativo aquelas leis penais que favoreçam ao réu, ainda que ao entrar em vigor tivesse recaído uma sentença firme e o sujeito estivesse cumprindo condenação. Em caso de dúvida sobre a determinação da lei mais favorável, será ouvido o réu" (art. 2.2).[19]

---

16. Disponível em: www.ecco.com.br/cidadania/pltitl.asp. Acesso em: 01.11.2010.
17. Disponível em: www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf. Acesso em: 01.11.2010. Trad. livre.
18. Disponível em: www.scribd.com/doc/2411565/Constitucion-de-Espana. Acesso em: 01.11.2010. Trad. livre.
19. Disponível em: www.juareztavares.com/textos/codigoespanhol.pdf. Acesso em: 01.11.2010. Trad. livre.

3.4 *França*

A Constituição francesa não faz qualquer referência à irretroatividade ou retroatividade da lei penal, mencionando, unicamente, em norma de competência, que a lei votada pelo Parlamento estabelecerá os regulamentos referentes à determinação dos crimes e delitos, bem como às penalidades aplicáveis (art. 34);[20] entretanto, em seu preâmbulo, declara expressamente sua adesão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, em seus arts. 7.º e 8.º, estabelece que "ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas" e que "a Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada".[21]

Portanto, na esfera constitucional francesa, assim como nas demais já analisadas, somente há menção ao princípio da irretroatividade penal.

Infraconstitucionalmente, o Código Penal francês estabelece que "só serão puníveis os fatos constitutivos de infração na data em que foram cometidos. Só poderão impor-se as penas legalmente aplicáveis nessa mesma data. Não obstante, as novas disposições se aplicarão às infrações cometidas antes de sua entrada em vigor, que não hajam dado lugar a uma condenação com efeito de coisa julgada, quando sejam menos severas que as disposições anteriores" (art. 112-1) e que "a pena deixará de executar-se quando tiver sido imposta por um fato que, em virtude de uma lei posterior à sentença, tenha perdido o caráter de infração penal" (art. 112-4).[22]

3.5 *Portugal*

A primeira exceção vai ocorrer na Constituição portuguesa, que, em seu art. 29, 1 e 4, explicita que "ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior" (art. 29, 1), bem como que "ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou

20. Disponível em: www.artnet.com.br/~lgm/info.htm. Acesso em: 01.11.2010.

21. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf]. Acesso em: 01.11.2010.

22. Disponível em: www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf. Acesso em: 01.11.2010. Trad. livre.

da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido" (art. 29, 4).[23]

Assim, referida Constituição é a primeira Carta Político-jurídica que, expressa e explicitamente, abriga a determinação da retroatividade da lei penal mais benéfica, elevando a questão, pois, a nível constitucional.

Tal determinação constitucional é renovada pelo Código Penal português, que estabelece que "quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado" (art. 2.°, 4).[24]

3.6 Brasil

A exemplo da ordem constitucional portuguesa, a nossa Constituição Federal estabelece expressamente, em seu art. 5.°, XL, que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", também, pois, elevando a questão da retroatividade penal *in mellius* à estatura de norma jurídico-constitucional.

Infraconstitucionalmente, nosso Código Penal, por sua vez, também determina que "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória" (art. 2.°, *caput*) e que a "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado" (art. 2.°, parágrafo único).

4. A RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA COMO NORMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Conforme analisado, nos demais países de longa e influente tradição jurídico-penal, a retroatividade penal benéfica (retroatividade *in mellius*) não consta expressamente de suas Constituições Político-jurídicas, razão pela qual a questão – especificamente a da conjugação das leis penais – se circunscreveu majoritariamente ao campo da infraconstitucionalidade, objeto dos Códigos Penais – a lei penal no tempo –, com os contornos dogmáticos próprios das normas jurídicas de tal natureza.

---

23. Disponível em: www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 01.11.2010.

24. Disponível em: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf. Acesso em: 01.11.2010.

Assim, a (im)possibilidade da conjugação das leis penais antiga e nova para a valoração da benignidade, e a sua consequente aplicação retroativa, esteve dogmaticamente limitada à adoção, pelos doutrinadores e jurisprudência, ora do *método da ponderação unitária* (ou global), ora do *método da ponderação diferenciada* (ou discriminada),[25-26] não havendo, em regra, de maneira direta e decisiva, a influência na discussão de considerações de natureza jurídico-constitucional.

Entretanto, como visto, entre nós – assim como em Portugal – a questão muda decisivamente de natureza, passando-se de um norma jurídica meramente infraconstitucional para uma norma jurídico-constitucional, trazendo – ou deveria trazer! – profundas e decisivas modificações na abordagem dogmática da retroatividade penal benéfica, com novas consequências daí advindas.

Nesse contexto, onde a retroatividade penal benéfica é norma constitucional, necessário estabelecer a sua exata natureza.

4.1 A retroatividade penal benéfica como direito fundamental constitucional

O art. 1.°, *caput*, da CF/1988 é categórico e explícito ao afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, que, dentre outras características, assenta-se em uma base antropológica constitucionalmente estruturante de respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (sistema de direitos fundamentais), realçando a autonomia individual através da vinculação dos Poderes Públicos a conteúdos, formas e procedimentos,[27] proibindo e limitando fundamentalmente, no plano jurídico-objetivo, as ingerências do Estado na esfera jurídica individual.

---

25. Detalhadamente sobre tais critérios: TAIPA DE CARVALHO, Américo A., op. cit.

26. Observa Taipa de Carvalho que: "Apesar da Constituição Italiana (1947) não conter um mandato expresso de aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, entendem vários autores que a retroactividade da *legge piú mitte* (CP italiano, art. 2.°, commas 2. e 3.) corresponde a uma exigência (implícita) constitucional. (...) Em Espanha , cujo Código Penal (...) consagra, há mais de cem anos, a retroactividade da *lex mitior*, mesmo que já tenha transitado em julgado a sentença condenatória, o Tribunal Constitucional tem defendido que, apesar de não haver uma imposição expressa da Constituição (1978) nesse sentido, tal retroactividade deriva, por argumento a contrário, do próprio art. 25, 1. que proíbe a retroactividade da lei penal desfavorável". TAIPA DE CARVALHO, Américo A., op. cit., p. 72-73.

27. V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina. p. 248 e 288.

Assim, o Estado Democrático de Direito é "um Estado de direitos fundamentais. A Constituição garante a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem (...). Nesse sentido, o Estado de direito é um 'Estado de distância', porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos. Por outro lado, o Estado de direito é um estado 'antropologicamente amigo', ao respeitar a 'dignidade da pessoa humana' e ao empenhar-se na defesa e garantia da *liberdade*, da *justiça* e da *solidariedade*".[28]

Por sua vez, os direitos fundamentais representam parte integrante do conjunto da ordem constitucional, constituindo um dos componentes essenciais da decisão política constituinte[29] e encarnando os princípios informadores de toda a política estatal, cumprindo uma missão de fundamento e limite de todas as normas que organizam o funcionamento dos poderes públicos e de todas as experiências concretas de juridicidade surgidas no ordenamento jurídico em que se formulam.[30]

São a parte da Constituição Federal que mais profunda e diretamente incide sobre as posições jurídicas dos cidadãos e que mais conforma a ordem jurídica infraconstitucional,[31] pois, enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes em uma determinada ordem constitucional, configuram-se como normas colocadas no grau superior da ordem jurídica e seu conteúdo é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.[32]

E na concepção liberal dos direitos fundamentais,[33] que está intrinsecamente ligada à teoria liberal do Estado, estes são direitos individuais de defesa

28. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 83.

29. Cf. idem, p. 99.

30. Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, p. 213.

31. V. idem, p. 93.

32. V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 373.

33. Há complexa concepção filosófico-jurídica dos direitos fundamentais e grande variedade de concepções (v. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, op. cit.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit.; portanto, tais concepções, de modo extremamente simplificado, podem ser divididas em concepções liberais e concepções sociais, que, para os constitucionalistas portugueses Canotilho e Vital Moreira, são "as mais estruturadas (inclusivamente sob o ponto de vista filosófico e ideológico) e que mais se aproximam de uma teoria global dos direitos fundamentais, sendo a elas que se reconduzem em última análise quase todas as outras (as quais em geral são parcelares, limitando-se a explicar determinados aspectos dos direitos fundamentais); são também aquelas duas teorias, nas diversas variantes de cada uma, que protagoni-

frente ao *Leviathan* estatal, ora gerando o dever de omissão dos entes públicos ante a esfera individual (*obrigações negativas*), ora o dever de prestação estatal de criar, efetivar ou propiciar as condições materiais ao exercício da liberdade (*obrigações positivas*).

Ademais, tais direitos fundamentais exigem para sua garantia constitucional, "uma clara disciplina limitadora da respectiva restrição",[34] razão pela qual as limitações dos direitos fundamentais constitucionais somente encontram justificação e legitimidade diante da indispensável necessidade de salvaguarda de outros direitos, interesses ou bens constitucionalmente protegidos (*princípio da máxima restrição das normas restritivas dos direitos fundamentais*).

Diante de tal contexto, acertado afirmar que "no actual momento, tanto a proibição da retroactividade *in peius* como a imposição da retroactividade *in melius* devem considerar-se como garantias ou mesmo *direitos fundamentais constitucionalmente consagrados*".[35]

Ora, se o Estado de Direito tem com uma de suas funções mais vitais a defesa, garantia, máxima efetivação e respeito aos direitos fundamentais individuais, e, dentre eles, especialmente o *direito à liberdade individual*, este somente poderá ser limitado pelo Estado na medida do estritamente necessário e indispensável à defesa dos demais direitos e liberdades constitucionalmente consagrados.

Assim, no campo jurídico-penal, a mínima restrição dos direitos fundamentais leva ao *princípio da indispensabilidade ou da máxima limitação da pena estatal*, ou seja, a pena e seu *quantum* somente serão constitucionalmente justificados na exata medida de sua indispensabilidade para a garantia dos demais direitos e/ou interesses constitucionalmente previstos, o que, projetado na aplicação da lei penal no tempo, nos leva e vincula à questão da retroatividade penal benéfica, pois, se o legislador entende que uma pena menos gravosa – e, portanto, menos limitadora do direito fundamental de liberdade – é suficien-

---

zam a maior parte da discussão teórica dos direitos fundamentais" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 101). Quanto às críticas sobre a visão estritamente liberal, tais autores deixam corretamente assentado que "a teoria liberal não consegue só por si dar conta do regime constitucional dos direitos fundamentais" (Idem, p. 102).

34. Cf. idem, p. 133.

35. TAIPA DE CARVALHO, Américo A., op. cit., p. 70 (grifo meu).

te para realizar as funções preventivo-retributivas das penas criminais, então, obrigatoriamente, tal lei deve ser aplicada retroativamente.[36]

Daí, correta a afirmação de Taipa de Carvalho de que "o Estado de Direito Material, na sua função de protecção da pessoa humana com a decorrente afirmação da liberdade como princípio geral fundamental, não apenas proíbe a retroactividade das leis penais desfavoráveis como também impõe a aplicação retroactiva das leis penais favoráveis. Quer dizer: o princípio constitucional da liberdade, o *favor libertatis*, é hoje, a matriz comum e o princípio superior de que derivam não só a irretroactividade *in peius* como também a retroactividade *in melius*".[37]

4.2 A retroatividade penal benéfica: princípio ou regra constitucional?

Assentada a natureza da retroatividade da *lex mitior* penal como um direito fundamental constitucional, resta aclarar se tal norma jurídica se caracteriza

36. Cf. idem, p. 70-71. Observa Silva Franco que: "A retroatividade penal benéfica não se arrima apenas em razões de justiça. 'A modificação da lei constitui sinal de uma mudança valorativa operada no ordenamento jurídico. Em virtude da supressão ou da atenuação da cominação penal, manifesta o legislador uma revisão de sua primitiva concepção, manter, a qualquer custo, a irretroatividade equivaleria condenar o agente de acordo com uma concepção mais severa que o próprio ordenamento jurídico repudiou e a lei já não professa. Vulnerar-se-ia, de modo categórico, a justiça material' (Rodriguez Mourullo, *Derecho penal*, cit., p. 133). Não são também argumentos de humanidade que explicam a retroatividade da lei penal mais benevolente. Há razão jurídica: 'O Estado, ao publicar a nova lei mais suave, reconhece implicitamente que a anterior, mais severa, deixou de ser justa' (Sainz Cantero, *Lecciones de derecho penal; parte general*, p. 155). Na verdade, o Estado não possui título jurídico (Cerezo Mir, *Curso...* cit., p. 219) para pretender a aplicação de lei penal anterior em face de lei posterior descriminalizadora nem pode considerar necessária a privação da liberdade por mais tempo se lei subsequente ao fato criminoso estabeleceu preceito sancionatório quantitativamente menor ou deferiu ao infrator algum especial direito ou benefício. Ademais, 'a ideia de justiça não atua isoladamente, mas sim em tensão dialética com as de finalidade e de segurança. Quando se concede efeito retroativo à lei penal mais benigna, realiza-se a ideia de justiça (a lei nova foi promulgada por entender-se que é mais justa do que a derrogada), mas sem entrar em conflito com as ideias de finalidade (a lei nova foi promulgada por considerar-se que é mais útil que a antiga) e de segurança (o cidadão não se vê supreendido *a posteriori* por uma pena mais grave que a prevista ao tempo de sua ação, mas se lhe impõe uma mais benevolente' (Rodriguez Morullo, *Derecho penal*. cit., p. 133-134)" (SILVA FRANCO, Alberto, op. cit., nota 6, p. 15-16).

37. TAIPA DE CARVALHO, Américo A., op. cit., p. 71.

como um princípio ou regra constitucional, pois, a depender da natureza, diversas serão as consequências jurídico-metodológicas.

A moderna dogmática constitucional consagra, como um de seus pilares, a existência de distinção categorial (qualitativa/estrutural) entre as normas constitucionais, quais sejam, os princípios e as regras, que, assim, desempenhariam funções diversas dentro do ordenamento,[38] especial e fundamentalmente no âmbito da interpretação constitucional das normas de direitos fundamentais, onde tal distinção determinará os métodos e técnicas de interpretação e aplicação de tais normas.[39]

Diante da complexidade do assunto,[40] Humberto Ávila observa que doutrinariamente há distinções *fracas* (Josef Hesser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris) e *fortes* (Ronald Dworkin, Robert Alexy) entre princípios e regras.[41]

As distinções *fracas*, de maneira simplificada, sustentam que os princípios e as regras têm as mesmas propriedades, embora em graus diversos de determinabilidade. Os *princípios* seriam normas de elevado grau de abstração, destinando-se a indeterminado número de situações fáticas, e de generalidade, dirigindo-se a número indeterminado de pessoas, razão pela qual exigiriam um elevado grau de subjetivismo do aplicador, ante a maior possibilidade de mobilidade valorativa; enquanto as *regras* apresentariam pouco ou nenhum grau de abstração, destinando-se a um número determinado de situações, e de generalidade, pois destinadas a um número determinado de pessoas ou grupos, inexigindo, pois, qualquer ou pouca subjetividade em sua aplicação pelo intérprete, eliminando ou diminuindo sua liberdade apreciativa.[42]

Por sua vez, sinteticamente, as distinções *fortes* sustentam que os princípios e as regras não possuem a mesmas propriedades e qualidades e diferem quanto ao modo de aplicação e resolução das antinomias. Os *princípios* seriam normas que estabelecem valores a serem preservados ou alcançados e, pois, deveres provisórios (*normas valorativas*) e que se caracterizam pela aplicação mediante

38. Sobre a questão: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit.

39. Cf. VALE, André Rufino do, op. cit., p. 110.

40. Sobre tal complexidade: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1121-1128.

41. Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 39.

42. Cf. idem, p. 84-85.

ponderação com outras normas e, assim, podem ser realizados em graus diversos, nos quais o aplicador, diante do caso concreto, atribui uma dimensão de peso aos princípios, e, em caso de conflito – que só pode ocorrer no plano concreto –, não haverá a declaração de invalidade de qualquer dos princípios envolvidos, mas, apenas, o estabelecimento de uma regra de prevalência no plano da eficácia das normas, havendo, assim, maior liberdade valorativa do intérprete; já as *regras* seriam normas que estabelecem mandamentos de definitividade em sua hipótese, ou seja, aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido (*normas de conduta*), aplicando-se, pois, através do método da subsunção, no qual o aplicador deverá confrontar o fato empírico com a hipótese normativa e, ocorrendo a identidade, aplicar as consequências previstas, e, no caso de conflito entre regras – que só pode ocorre no campo abstrato –, necessariamente o intérprete deverá optar por uma delas e declarar a invalidade das demais normas conflituosas (*all or nothing*), inexistindo, pois, qualquer liberdade apreciativa.[43]

Nesse contexto, parece indiscutível que, entre nós, a retroatividade penal benéfica estatuída pelo art. 5.º, XL, da CF, seja com base na distinção fraca ou na distinção forte, tem a natureza jurídica de verdadeira *regra constitucional*.[44]

Não apresenta nenhum grau de abstração, já que destinada a uma situação específica e determinada (a existência de posterior *lex mitior* penal), e de generalidade, pois destinada a um número determinado de pessoas (autores dos fatos penalmente ilícitos abrangidos pela *lex mitior*), não exigindo, pois, para sua aplicabilidade, qualquer subjetividade do intérprete por ausência de liberdade apreciativa.

Ademais, é norma que estabelece mandamento de definitividade em sua hipótese, ou seja, aquilo que é obrigatório (*normas de conduta*) ao julgador penal (aplicar retroativamente a posterior lei penal favorável), que deverá aplicá-la através do método da subsunção, confrontando o fato empírico concreto com a hipótese normativa e, ocorrendo a identidade, obrigatoriamente aplicar as consequências previstas (aplicação retroativa da *lex mitior* penal), sem qualquer tipo de restrição, não havendo espaço para qualquer escolha do aplicador/julgador (*applicable in all-or-nothing fashion*).[45]

---

43. Cf. idem, p. 87-88; BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 355-357.

44. No mesmo sentido, sem, contudo, levar adiante a ideia em seus ulteriores termos: BARTOLI, Marcio. Retroatividade benéfica e a nova lei de tóxicos. In: COSTA ANDRADE, Manoel da et al (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. vol. 3, p. 113-123.

45. V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1125.

4.3 *A retroatividade penal benéfica como regra constitucional de direito fundamental*

Confirmado que, entre nós, a retroatividade penal benéfica é verdadeira *regra constitucional* (art. 5.°, XL, da CF), é também inegável que se trata não de qualquer regra constitucional, mas, sim, de uma *regra constitucional material de direito fundamental*, como acima visto, pois ela assegura diretamente um *status* jurídico-material aos cidadãos,[46] garantindo-lhes o direito fundamental da liberdade.

Levando-se em consideração que a Constituição Federal é "a ordem jurídica fundamental de uma comunidade", o conjunto de seus princípios e regras valem como lei, ou seja, "o direito constitucional é direito positivo", razão pela qual tais princípios e regras constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida e dirigindo as condutas.[47]

Especificamente em relação às normas de direitos fundamentais, nossa Constituição Federal, no § 1.° do art. 5.°, explicitou que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", ou seja, significa que os direitos constitucionais fundamentais se aplicam direta e independentemente da intervenção legislativa infraconstitucional, bem como valem contra a lei que estabelece eventuais restrições em desconformidade com a Constituição.[48]

Portanto, as regras constitucionais de direito fundamental são normas jurídicas de aplicabilidade direta e imediata, que não admitem restrições em sua aplicação, pois, "se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível".[49]

E mais.

Como tais regras constitucionais representam uma das decisões fundamentais do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídico-normativa, exige-se que seu significado seja interpretado como um sistema cujos elementos não apresentem contradições de orientação e sentido internos, conformando com a or-

46. V. idem, p. 1134.

47. V. idem, p. 1140.

48. V. idem, p. 1142.

49. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

dem constitucional global um conjunto organicamente harmônico e coeso, razão pela qual existam supostos peculiares que conotem à interpretação dos direitos fundamentais traços distintivos, como, v.g., o princípio *in dubio pro libertate*, que concretiza a presunção geral, própria do Estado Democrático de Direito, em favor da liberdade dos cidadãos, ou seja, trata-se de uma opção constitucional em favor da liberdade (*favor libertatis*), na qual, em caso de dúvidas, sempre se deve optar pela interpretação que melhor proteja os direitos fundamentais, concebendo o processo hermenêutico constitucional como um trabalho tendente a maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, entendidos como um dos elementos de um sistema unitário que expressa uma estrutura coerente e hierarquizada em função dos valores que o informam.[50]

5. CONCLUSÕES

Assim colocada a questão, conclui-se que a retroatividade penal benéfica estatuída pelo art. 5.°, XL, da CF, trata de verdadeira *regra constitucional material de direito fundamental* que visa à proteção da liberdade individual e, pois, norma jurídico-constitucional de aplicabilidade direta e imediata, produzindo todos os seus efeitos essenciais em relação à questão que o legislador constitucional quis regular, não admitindo quaisquer restrições em sua aplicação pelo intérprete, que, em caso de dúvida, deve sempre optar pela interpretação que melhor proteja tal direito fundamental, concebendo tal processo hermenêutico constitucional como um trabalho tendente a maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, para a concretização da presunção geral própria do Estado Democrático de Direito em favor da liberdade dos cidadãos (*favor libertatis*), que, no campo jurídico-penal, consagra o *princípio da indispensabilidade ou da máxima limitação da pena estatal*, de que a pena e seu *quantum* somente serão constitucionalmente justificados na exata medida de sua indispensabilidade para a garantia dos demais direitos e/ou interesses constitucionalmente previstos, que, por sua vez, projetado na questão da aplicação da lei penal no tempo, nos leva e vincula à questão da retroatividade penal benéfica, deve o intérprete/aplicador, para a análise da benignidade da lei penal posterior, utilizar-se do *método da ponderação diferenciada* (ou discriminada) que considera a complexidade de cada uma das leis – a antiga e a nova – e a relativa autonomia das

50. Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, op. cit., p. 315-316.

disposições, procedendo-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, com a consequente aplicação, ao caso concreto, das disposições mais favoráveis de ambas.

Dessa forma, imperiosa a superação da análise dogmática meramente infraconstitucional da questão da retroatividade penal *in melius*, pois, só assim, mediante tal método, é que o intérprete estará dando aplicabilidade direta e imediata à *regra constitucional*, sem quaisquer restrições, maximizando e otimizando a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais por ela protegidos e tutelados, e, pois, efetivando as decisões fundamentais do legislador constituinte.

Daí porque absolutamente correta a observação feita por Frederico Marques de que "a norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, como o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o *todo*, para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional. (...) Quando está em jogo a Constituição, o juiz, para cumpri-la, pode até mesmo usar os poderes pretorianos do *adjuvare, supplere, corrigere*, sem que esteja se exorbitando. Por que lhe cercear, portanto, a escolha da regra aplicável quando esta é tirada de lei anterior ao julgamento?"[51]

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALIMENA, Francesco. *Le condizioni di punibilità*. Milano: Giuffrè, 1938.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

51. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. 1, p. 210.

BÁRTOLI, Marcio. Retroatividade benéfica e a nova lei de tóxicos. In: COSTA ANDRADE, Manoel da et al (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010. vol. 3, p. 113-123.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal. Parte geral*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973. vol. 1.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. vol. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. 1, t. I.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. 1.

MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 55. ano 14. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2006.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Retroatividade da lei penal benéfica. A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.°, da Lei n. 11.343/06 (Lei de Tóxicos). *Boletim IBCCrim*. n. 175. vol. 15. p. 2-3. São Paulo, jun. 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos.

SILVA FRANCO, Alberto. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1990.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A extinção da punibilidade e os princípios da retroatividade da lei mais benéfica e da isonomia, de Adriana Piraino – *RTrib* 16/143;
- Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal, de Odone Sanguiné – *RBCCrim* 31/144;
- A nova parte geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal – primeiras decisões, de Alberto Silva Franco – *RT* 604/275;
- Poder constituinte e direito adquirido (algumas anotações elementares), de Manoel Gonçalves Ferreira Filho – *RT* 745/18;
- O princípio da não retroatividade da lei, de Mário Moacyr Porto – *RT* 684/247;
- Princípio da retroatividade benéfica, de Paulo César Corrêa Borges – *RBCCrim* 56/148;
- Reformas (in)constitucionais, de Sérgio Resende de Barros – *RDT* 114/165; e
- Sanções administrativas e princípios de direito penal, de Edilson Pereira Nobre Júnior – *RT* 775/449.

- *Da retroatividade da lei*, de José Eduardo Martins Cardozo, São Paulo, Ed. RT, 1995.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 667/330, *RT* 738/656, *RT* 743/562, *RT* 743/675, *RT* 764/702 e *RT* 895/522.

Veja também Legislação

- Não retroatividade *ratione personae:* art. 24 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; e
- Aplicação de lei posterior mais favorável: art. 66, I, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

Veja também Súmula

- Aplicação de lei mais benigna: 611 do STF.

54036

1 PUNIÇÃO CRIMINAL AO PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO E IRRACIONALISMO REPRESSIVO

Uma ainda necessária reflexão

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

Mestre e Doutorando em Direito Penal pela USP. Advogado.

Área do Direito: Penal

RESUMO: O trabalho procura formular uma análise crítica do delito de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal a partir de uma reflexão conjunta quanto a aspectos atinentes à teoria do bem jurídico, ao sistema de penas, à política criminal e à criminologia.

PALAVRAS-CHAVE: Porte de entorpecentes – Bem jurídico – Sistema de penas – Política criminal – *War on drugs* – Legitimidade do Direito Penal.

ABSTRACT: This paper has the objective to present a critical analysis about the offense of illegal drug possession for personal consumption based on a joint reflection regarding aspects related to the legal interest theory, the sentence system, criminal policy and criminology.

KEYWORDS: Possession of drugs – Legal interest – The sentence system – Criminal policy – "War on drugs" – Criminal law legitimacy.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares – 2. Essência dogmática da questão: violações de princípios constitucionais – 3. Porte para uso de drogas em face do sistema de penas – 4. Política criminal na questão das drogas e o porte para uso pessoal: 4.1 Introdução; 4.2 Discurso proibicionista e *war on drugs*; 4.3 Irracionalismo repressivo: a violência estatal contra o usuário de drogas – 5. Deslegitimação do Direito Penal na matéria e propostas doutrinárias – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente estudo tem por objeto a demonstração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006,[1] que estatui a punição criminal ao porte de drogas ilícitas para consumo pessoal. Mas, para além de se circunscrever a razões dogmáticas lastreadoras de referido entendimento, também há de se refletir relativamente às motivações atinentes ao sistema de penas, à política criminal e à criminologia, tudo em face do temário. Explica-se: o emblemático caso da infração penal em foco não ostenta razão de ser sob nenhum aspecto científico criminal, sendo absolutamente ilegítimo. No entanto, ao lado do fato da legislação nacional sobre a matéria, recentemente alterada, ter reafirmado o arbítrio estatal, ao manter em nosso ordenamento – na contramão de grande parte dos países da União Europeia, por exemplo – o tratamento penal da questão, incrivelmente, o reconhecimento de sua ilegitimidade não é o entendimento revelado pela majoritária doutrina ou jurisprudência nacionais, a desnudar o mero tecnicismo jurídico de antanho que ainda campeia em nosso país.

Nesse sentido, a análise do tipo penal em questão é paradigmática não apenas por sua ilegitimidade sob qualquer ponto de vista razoável e coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, consagrador de um Estado Democrático de Direito, como também pela demonstração de evidente atraso interpretativo nacional, quer por parte das instâncias formais de controle social, primárias ou secundárias, quer por parte da doutrina, frise-se, aferrados que estão em sua maioria a uma sistemática fechada, que há muito dá sinais de desgaste.[2]

Destarte, o singelo estudo em foco permite uma clara visão da crise atual do Direito Penal e exata dimensão dos discursos ideológicos que envolvem os mais diversos desafios sociais da pós-modernidade, ou sociedade do risco, impondo-nos uma necessária avaliação do mais adequado caminho a seguir.

---

1. Fixa o referido dispositivo: "Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1.º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (...)."

2. CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim* 9/7; CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 8 e passim; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1, p. 62.

2. ESSÊNCIA DOGMÁTICA DA QUESTÃO: VIOLAÇÕES DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para se constatar a legitimidade de um tipo penal, a questão primeira que deve nortear o intérprete circunscreve-se ao bem jurídico tutelado pela norma. Esta é a *ratio essendi* da vedação de uma conduta pela mais drástica forma de controle social formal que existe num sistema democrático, qual seja, o Direito Penal. Cuida-se de herança iluminista, insculpida para refutar modelos estatais autoritários.[3] Não se concebe então um crime sem bem jurídico tutelado, que é o fundamento necessário e constitucional tanto para conceber um dever de proteção como para determinar os limites à intervenção e seu cálculo preciso.[4]

Na hipótese da conduta estudada, costumeiramente apenas se assevera que o bem jurídico tutelado é a saúde pública,[5] não havendo, todavia, fundamentação justificadora plausível para tanto. Vale dizer, não se constata satisfatoriamente em que medida a higidez fisio-psíquica coletiva – quer seja de um número determinado ou indeterminado de pessoas – é atingida por uma ação que, em tese, denota a possibilidade de lesionar exclusivamente o agente perpetrador desta mesma ação. Este é o ponto de partida basilar da análise.[6]

---

3. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades* 1/16. Disponível em: www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/artigo1.pdf. Acesso em: 12.07.2010.

4. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 104 e passim. De modo similar, confira-se os demais textos da mesma obra organizada por Hefendehl.

5. Sobre o histórico da compreensão dessa classe de bem jurídico, tida por Carrara como primeiro levada a efeito por Filangeri, e consagrada na Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU, de 1961, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A nova política criminal brasileira sobre drogas: avanços ou retrocessos? In: GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). *Nova lei antidrogas comentada – Lei n. 11.343*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 417-418, em nota de rodapé n. 31.

6. Tal inclusive foi referido em decisão da Suprema Corte argentina, de 25.08.2009, que reconheceu a inconstitucionalidade do crime de porte para uso pessoal privado de *cannabis sativa L.* Embora o julgado ainda se limite a uma única droga e em sua utilização na esfera particular, o Min. Carlos Fayt exortou a que a solução do problema das drogas seja dada pela sociedade em seu conjunto e não meramente por simples repressão penal.

Partindo-se da premissa de que a saúde pública é um bem jurídico supraindividual passível de tutela penal,[7] eis que potencializadora de uma referência válida aos indivíduos num contexto social determinado – qual seja, limitativa de sua livre autorrealização[8] – e, sendo assim, um caro valor social digno de proteção jurídico-criminal, sem embargo, conforme uma detida análise desvela, não há nenhuma delimitação referencial ao próximo no caso. Isto pois, fundamentalmente, "indivíduo", na situação, por certo jamais poderia ser a própria pessoa usuária de drogas, e sim outrem, uma vez que, notadamente, o Direito Penal protege de lesões ou ameaças de lesões bens jurídicos de terceiros. Conforme observa Karam, ressaltando o antagonismo criado pelo tipo infracional penal em foco, a destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios.[9] E é justamente pela falta de referência ao outro que a autolesão[10] é impunível, não podendo falar-se em dano à sociedade.[11] Tratar-se-ia, assim, no caso estudado, de inadmissível paternalismo estatal.[12]

---

7. O que, contudo, é questionável, mas apenas se admite sem maiores divagações para demonstração de que nem assim se justifica a específica incriminação em pauta. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico – Uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A nova política... cit., p. 418 e ss. E, sobre o tema dos bens jurídicos difusos como objeto de proteção penal, no geral, cf., do mesmo autor: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 56 e ss.

8. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 2002. p. 270-271 e passim. Questionando o ponto de vista exposto no texto, tido como "exasperadamente antropocêntrico", não especificamente na questão das drogas, mas para os bens jurídicos universais no geral, cf., por exemplo, DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 3, p. 608-609.

9. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 126. No mesmo sentido, citando o mesmo excerto: CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 216.

10. MARONNA, Cristiano Avila. Em busca da racionalidade perdida. *Boletim IBCCrim* 189/10.

11. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 270.

12. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 37 e ss.

Silva Sánchez observa que tão somente a combinação dos aspectos de afetação a indivíduos e de repercussão social danosa permite excluir a punição de fatos meramente imorais, assim como a proteção penal de outros valores, funções ou estratégias político-sociais.[13] Deste modo, inadmissível que uma possível autolesão[14] (uso pessoal de drogas) seja vedada pelo Direito Penal, que então se reverberaria em drástico meio de coerção moral praticada pelo Estado.[15] Dito de outro modo, não há qualquer lesividade na conduta de porte de entorpecentes para uso pessoal, sendo ausente a identificação correta de qualquer ofensa à saúde pública *in casu*. Assim, ainda em outras palavras, não se comprova a presença de um bem jurídico neste tipo de criminalização.[16]

Tal verificação já elide qualquer possibilidade de admissão como válida de uma dita incriminação, sendo tautológica a mera alegação de que se trata de crime de perigo abstrato, ou presumido. Isto, pois nem sequer em tese se cogita de uma colocação em risco da coletividade por uma possível autolesão. Do mesmo modo, tampouco se pode escorar no (duvidoso, diga-se de passagem) princípio da precaução, que supostamente justificaria uma incriminação por meio da vedação de uma conduta a qual pode talvez vir a lesionar um bem jurídico, mas que não se possui ainda certeza científica para esta conclusão:[17] no caso do porte de entorpecentes para uso pessoal não há ofensividade para o forçadamente identificado bem jurídico "saúde pública".[18]

Destarte, por falta de ofensividade a um bem jurídico-penal, dogmaticamente, o crime em análise carece de legitimidade em um sentido fundamental. No entanto, há ainda a configuração de vilipêndio a outros princípios constitucionais, quais sejam, da igualdade e do respeito à intimidade e à vida privada das pessoas.

---

13. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 272.
14. "Possível", pois o tipo não se refere ao uso de drogas, mas ao porte para uso, o que distancia ainda mais o específico fato proibido de uma justificação material válida.
15. Sobre a inadmissibilidade de reprovação criminal a condutas meramente imorais, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos – La estrutura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2008. t. I, p. 52-53. No mesmo sentido e também citando Roxin, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A nova política... cit., p. 417.
16. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A nova política... cit., p. 424.
17. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 60 e ss.
18. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 216 e passim.

O princípio constitucional da igualdade é vilipendiado no caso uma vez que há uma injustificada distinção de tratamento jurídico para os usuários de drogas lícitas (indiferente penal) ou ilícitas (criminalização), quando ambas têm o condão de causar dependência física ou psíquica.[19] E não se pode argumentar que o rol de drogas ilícitas apresentaria um potencial de maior dependência, pois além de não existir qualquer critério objetivo delimitador disto, verifica-se cientificamente, por exemplo, que o potencial de abuso da *cannabis sativa L* é inferior ao do álcool.[20] Neste sentido, ocorre em nossa legislação uma diferenciação arbitrária e, desta feita, inválida, uma vez que não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação feita pela lei.[21]

Por fim, o respeito à intimidade ou vida privada[22] – direito conexo ao da vida[23] – é obstaculizado uma vez que, carente de tutela a qualquer bem jurídico-penal, a criminalização cuidada apenas revela o condão de imposição de referenciais morais a indivíduos adultos, o que é inadmissível.[24] O Estado não pode intervir em opções exclusivamente pessoais:

"Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervir nas opções pessoais, impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos, desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concre-

19. Idem, p. 217-218.

20. CARVALHO, Virgínia Martins. Drogas: descriminalização? In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvino Augusto de (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 128.

21. Conforme percuciente entendimento reiterado do Tribunal Constitucional alemão. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 407 e passim.

22. Art. 5.°, X, da CF/1988.

23. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 202.

24. HIRSCH, Andrew von. Op. cit., p. 37 e ss.

to) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto), haveria intervenção penal legítima."[25]

Portanto, em termos dogmáticos essenciais, mostra-se ilegítimo o tipo penal fixado no art. 28 da Lei 11.343/2006. Mas, ainda que se admita que a dogmática penal serve à política criminal e não o contrário,[26] verificar-se-á que carece de sentido a adoção de um referido gravoso cerceamento sob outros pontos de vista científico-criminais, a justificar inteiramente seu rechaço.

3. PORTE PARA USO DE DROGAS EM FACE DO SISTEMA DE PENAS

Sistema de penas caracteriza-se como o regramento sancionador que abarca o fundamento da pena, seus fins e legitimidade do poder de punir do Estado.[27] Neste sentido, imperioso analisar-se em que medida o Direito Penal vê-se legitimado ou deslegitimado a partir da resposta típica para a conduta atinente ao porte de droga para uso pessoal. E, neste ponto, é peculiar a questão no ordenamento pátrio em razão da espécie de sanção estatuída.

A recente Lei Antidrogas procurou inovar em nossa legislação relativamente ao crime em foco, escorando-se em uma ideia de descriminalização. Desta feita, a resposta penal típica de nosso contexto social, qual seja, a prisão, foi mitigada ao se insculpir no art. 28 da Lei 11.343/2006 os seguintes consectários jurídico-penais: "I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo". Ainda, sob o lastro da ideia-força antiprisional, veda-se expressamente a imposição de prisão em flagrante na hipótese (art. 48, § 2.º, da Lei 11.343/2006).

Curiosamente, assim, as medidas adotadas culminaram por trazer mais polêmica ao tema. A adoção de uma resposta não privativa de liberdade gera contrariedade a uma visão político-criminal mais conservadora do tratamento da questão, por supostamente encetar impunidade, enquanto que também um posicionamento mais liberal se vê confrontado por ainda se acolher uma tutela do assunto pelo Direito Penal.[28]

---

25. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 218.
26. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 612.
27. CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 81.
28. MARONNA, Cristiano Avila. Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. *Boletim IBCCrim* 14/4.

Há, por sua vez, o posicionamento dogmático que entende que, em face da contrariedade das consequências fixadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 com a redação do art. 1.º do Dec.-lei 3.914/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal). que estabelece que se considera crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, e contravenção a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, estar-se-ia assim diante de uma *abolitio criminis*.[29] Neste influxo, o ilícito em questão, reprimido, conforme a disciplina legal, pelas instâncias de controle criminais, seria *sui generis*.[30]

Referida interpretação, entretanto, meramente tecnicista, não se revela adequada.[31] Se por um lado é inegável que a resposta sancionatória fixada não encontra amparo na definição legal de infração penal, por outro, insculpindo o tipo dentro do capítulo dos crimes e das penas, a lei delimitou um tratamento típico repressivo criminal, apenas com resposta mais branda.[32] Permanece a ideia da obrigatoriedade da intervenção policial em face da conduta. Ademais, a baliza constitucional que veda as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, e permite, *entre outras*, as de privação ou restrição da liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou interdição de direitos, infirma o entendimento tecnicista.

Ocorre que, de fato, as respostas fixadas para o porte de drogas para uso pessoal não são típicas do Direito Penal dos últimos séculos,[33] assim como causam certa perplexidade diante do regramento estabelecido a partir da reforma da parte geral do Código Penal de 1984, a desvirtuar sua sistemática.[34] Ainda,

---

29. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 148 e passim; GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção – repressão*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127-128 e passim, com farta referência bibliográfica da matéria.

30. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas*... cit., p. 149; GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*... cit., p. 127-128.

31. Nesse sentido, e, do mesmo modo, relativamente às ideias seguintes do parágrafo: GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*... cit., p. 127-128.

32. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A nova política... cit., p. 415.

33. Para uma interessante análise da pena de prisão, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 2, p. 3 e ss.

34. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições*... cit., vol. 1, passim; REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. passim.

tais espécies de sanções poderiam ser perfeitamente estabelecidas pelo direito administrativo,[35] meio menos custoso e infamante. Desta forma, indubitavelmente ficam melindradas as finalidades punitivas, repressivas e preventivas na hipótese analisada.[36] Senão vejamos:

Relativamente à ideia de retribuição, inegável no Direito Penal,[37] força é de convir que a resposta (branda, mas resposta) penal no caso em análise revela-se absolutamente ilegítima, uma vez que não se pode impor um castigo àquele que apenas visava se autolesionar, fato não dotado de referência à vida social. É pela mesma razão de carência de sentido que não se pune aquele que tentou o suicídio.[38] O castigo a quem tão somente deseja a autodestruição (parcial ou total) é essencialmente ilógico e injusto.

Referente à prevenção geral negativa, nota-se que a intimidação é uma constante característica do fenômeno punitivo (e elemento comum ao Direito Penal moderno e prévio, Direito Penal privado e meios de controle social informal), tendo sido vinculada ao momento de cominação penal típica pelo liberalismo.[39] A ideia subjacente à formulação, que remonta a Feuerbach, é a de que, para dissuadir o delinquente do cometimento de um delito, é preciso ameaçá-lo com a inflição de um mal superior ao que poderia suportar ao renunciar ao cometimento de dito delito.[40] No caso do delito de porte de entorpecentes para uso pessoal, não parece que resposta penal não cerceadora da liberdade possua o condão de gerar uma segura racionalidade de renúncia ao vício ou ao prazer do uso da droga. Aliás, no caso do vício, nenhuma resposta penal poderia se suplantar à solução médica da questão, enquanto que, no caso do prazer, o caráter abrandado da medida parece neutralizar o sentido coativo pretendido.

---

35. Como é o caso, por exemplo, das recentes medidas estatais adotadas em São Paulo contra o cigarro.

36. Analisar-se-á, a seguir, apenas a inadequação da sanção penal referida em face de cada uma das modalidades tradicionalmente identificadas pela doutrina como de finalidades da pena (retribuição, prevenção geral, negativa e positiva, e prevenção especial, negativa e positiva), abstraindo-se de maiores críticas sistemáticas que se podem formular a cada uma delas. Cf., especificamente a respeito de tais críticas, dentre outros: CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. *Sistema de penas*... cit., p. 44 e ss. e passim; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 211 e ss.; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 205 e ss.

37. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições*... cit., vol. 1, p. 44.

38. MARONNA, Cristiano Avila. Em busca da racionalidade... cit., p. 10.

39. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 212.

40. Idem, ibidem.

Para as teorias da prevenção geral positiva, ou de integração, a missão do Direito Penal projeta-se fundamentalmente sobre o foro interno dos cidadãos, o que se trata de gerar uma atitude de convencimento, de fidelidade ao Direito, muito mais eficaz, sem dúvida, que a mera intimidação, para o fim de proteção dos bens jurídicos da sociedade.[41] Ocorre que, além das críticas fundamentais que faz Silva Sánchez[42] a teorias de tal jaez, quais sejam, de estigmatização do delinquente como meio necessário de integração social dos não desviados, de satisfação de irracionalismo social, que assume o castigo como parâmetro de decisão do dever punir e quanto punir, e, por fim, da base social-autoritária, que atribui ao Direito Penal a função de conformação de consciências, o fato é que não se vislumbra sequer um bem jurídico tutelado no caso, o que faz agravar radicalmente as críticas formuladas.[43]

Quanto à prevenção especial negativa, parece de todo inadequado uma concepção imbuída do ideal de neutralização do infrator para que não volte a delinquir, com uma resposta não prisional e, mais, relativamente a uma conduta de cunho autolesivo e, desta feita, eminentemente pessoal, para além de, muitas vezes, possuir aspecto exclusivamente médico.

Relativo ao pensamento ressocializador – prevenção especial positiva –, não se revela aceitável uma tamanha ingerência estatal na esfera da intimidade dos cidadãos, para fins de conformação de condutas de caráter exclusivamente pessoais, sem referência ao outro, como é o caso da criminalização em foco. Neste ponto, mais que uma mera constatação de eficácia ou não pretendida pela resposta punitiva, mister se faz reconhecer sua completa arbitrariedade, não condizente com um Estado Democrático de Direito.

Portanto, sob o ponto de vista do sistema de penas, especificamente considerado e conforme um sistema integral de Direito Penal,[44] constata-se a inadequação do tratamento jurídico-criminal da questão, havendo falta de merecimento de pena e desproporcionalidade e inadequação desta diante de um fato carente de bem jurídico tutelado. Culmina-se então por se revelar postura antiliberal e, assim sendo, contrária à sistemática jurídica brasileira.

---

41. Citando Hassemer, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 231.

42. Idem, p. 233-234.

43. Cf. Helena Regina Lobo da Costa: "(...) nem toda norma pode ser estabilizada ou reafirmada pelo Direito Penal, mas apenas aquelas que tutelam os valores essenciais para a sociedade. O conteúdo dessas normas jurídicas a serem estabilizadas, portanto, é um elemento relevante para verificar se o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é observado por aquelas teorias". *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 137.

44. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit., p. 304 e ss.

4. POLÍTICA CRIMINAL NA QUESTÃO DAS DROGAS E O PORTE PARA USO PESSOAL

4.1 Introdução

Não existe uma contraposição ferrenha entre dogmática penal e política criminal, uma vez que, consoante observa Roxin, é a própria tarefa da dogmática de interpretar a lei que requer uma sistematização sob considerações teleológicas/político-criminais.[45] Os fenômenos estão intimamente ligados, devendo o hermeneuta estudar o "ser" e o "dever ser" refletindo sobre as opções legislativas adotadas num determinado contexto social. Isto não significa, por certo, como o ressalta ainda o autor alemão, que dogmática e política criminal tenham a mesma competência, ou signifiquem o mesmo, propondo, notadamente, uma visão interpretativa dogmática consoante os ditames político-criminais.[46] Em outras palavras, propõe uma concepção funcionalista teleológico-racional, o que, em última análise, promove uma sistemática aberta, condizente com um Estado Democrático de Direito, que é necessariamente pluralista.

Tais observações metodológicas fazem-se precisas, pois a reflexão proposta no caso do tratamento legal dos usuários de drogas exigirá a verificação da vinculação dogmática às finalidades político-criminais do legislador e as inadequações advindas deste imbricamento, mormente em face de um ordenamento democrático. Em face de opções sociológicas, criminológicas e políticas verdadeiramente duvidosas, dá-se lastro a uma construção legal e interpretativa equivocada, cuja síntese é a consagração da violência estatal em face do cidadão.

---

45. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 244-245. Sobre o tema, citando Cerezo Mir e Delmas-Marty, interessante a definição de política criminal ofertada por Prado: "A política criminal objetiva, primordialmente, a análise crítica (metajurídica) do direito posto, no sentido de bem ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça. Está intimamente ligada à dogmática, visto que na interpretação e aplicação da lei penal interferem critérios de política-criminal. Baseia-se em considerações filosóficas, sociológicas e políticas, e, de oportunidade, para propor modificações no sistema penal vigente, abrangendo, então, 'o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal'". PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 1, p. 57. Cf., ainda, acerca do temário: CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. *Sistema de penas*... cit., p. 194-195 e passim.

46. ROXIN, Claus. *Funcionalismo*... cit., p. 246.

4.2 *Discurso proibicionista* e war on drugs

Há cerca de um século discute-se de forma mais significativa a questão do uso de entorpecentes, sendo que, nas últimas décadas, consolidou-se grande preocupação com o assunto.[47] Neste sentido, a partir da política de "guerra às drogas" (*war on drugs*), adotada nos anos 70 nos Estados Unidos da América, por parte do presidente Nixon, a postura repressiva vem prevalecendo.

No plano internacional, as convenções vêm, no geral, seguindo a política proibicionista.[48] A Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU, de 1961, foi o primeiro documento internacional da ONU a se debruçar sobre a questão, prevendo expressamente o ideal de erradicação do ópio, *cannabis sativa L* e coca. Curiosamente, e a referendar a postura moral e paternalista da repressão às drogas, o acordo expressou em seu preâmbulo a preocupação não apenas com a saúde física, mas também moral, da humanidade.

Documentos internacionais subsequentes – Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971 e Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas, de 1988 – tão somente reafirmaram a postura persecutória, a despeito dos sinais de desgaste revelados pelos especialistas ao longo dos últimos anos.[49] Recentemente, houve na Áustria reunião para revisão das resoluções da Ungass (*United Nations General Assembly Special Session*), mas, a despeito de vozes de políticos, médicos e juristas que alegavam o alto custo da política do proibicionismo, o foco na vertente de saúde pública que deveria ser dado à questão, a necessária reflexão sobre os malefícios distintos de cada espécie de entorpecente, a não justificar o tratamento similar, e a premência de reforma das legislações, nenhuma inversão foi de fato adotada.

4.3 *Irracionalismo repressivo: a violência estatal contra o usuário de drogas*

Relativamente à postura proibicionista atinente às drogas, consoante observa Reale Júnior:

---

47. Para uma sucinta e interessante análise histórica do tema, cf., por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A nova política... cit., p. 405 e ss.

48. Sobre o proibicionismo, cf. MARONNA, Cristiano Avila. Proibicionismo ou morte? In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 53-63.

49. Significativa constatação prática foi notada com a defesa pela legalização das drogas feita pela revista inglesa *The Economist*, para a qual a política proibicionista falhou e a legalização representa um mal menor. THE ECONOMIST. How to stop the drug wars. Disponível em: www.economist.com/printedition/node/13237193?Story_ID=13237193. Acesso em: 03.08.2009.

"Este incremento da repressão, consistente no ataque militar às zonas de cultivo, na ação policial internacional de combate às organizações criminosas e à lavagem de dinheiro, bem como na criminalização da posse de entorpecente para uso próprio, com encarceramento de milhões de usuários, apresentou resultados pífios, apesar dos valores investidos e do pessoal mobilizado nesta luta.

Segundo o Informe Mundial sobre Drogas de 2006, calcula-se que haja cerca de 200 milhões de usuários no mundo, o que corresponde a 5% da população adulta; outros dados indicam que número consideravelmente maior teria consumido drogas."[50]

Se de um lado, toda a custosa política repressiva engendrada nos últimos anos não apresentou sequer minimamente os resultados pretendidos, por outro, seu custo social foi muito maior do que o meramente econômico. Isto, pois se fomentou a estigmatização[51] do usuário – aliás, muitas vezes seduzido a experimentar o proibido, conforme nota Reale Júnior[52] –, trazido à infamante alçada do controle criminal, e viabilizou-se a consolidação de poderosas organizações criminosas,[53] que necessitam da corrupção e da violência para manutenção de seu aparato ilícito enormemente lucrativo.

Tudo isso, somado ao fato de que o uso de entorpecentes nada mais é do que uma questão médica, vinculada, pois, ao que deveria atrelar-se a uma questão de política de saúde pública e jamais de segurança, engendra-se um injustificável irracionalismo repressivo, que somente vem a, contraditoriamente, agravar a problemática. Desta maneira, forçoso reconhecer que a violência gerada pelo tratamento penal da questão é em muito superior à violência que se procura combater por meio da criminalização, a qual, no que diz respeito especificamente ao usuário de drogas é de todo insustentável, vez que, conforme apontado supra, este apenas prejudica a si próprio.

Em termos criminológicos, ainda que a novel legislação brasileira tenha afastado a resposta prisional para o usuário de drogas, o fato é que a manutenção do tema sob os auspícios do Direito Penal encontra-se calcado em uma

50. REALE JÚNIOR, Miguel. A política de drogas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 02.08.2008, p. A2. Sobre o tema, cf. ainda o trabalho coordenado pelo mesmo autor: *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. passim.

51. COSTA, Helena Regina Lobo da. Análise das finalidades... cit., p. 112.

52. REALE JÚNIOR, Miguel. A política... cit., p. A2.

53. Idem, ibidem.

ideia segundo a qual o efeito dissuasório penal é muito eficaz.[54] Todavia, na esteira do até aqui investigado, ressalta-se que a punição criminal ao usuário de drogas apenas fomenta a sua marginalização e, por conseguinte, a violência por ele praticada e por ele sofrida, esta tanto em termos sociais[55] como do Estado contra sua pessoa.

De outra sorte, falta substrato empírico para se confirmar o mito de que o uso de uma droga mais leve poderia de fato levar ao consumo de drogas mais pesadas,[56] assim como a justificar o já acima apontado problema da motivação do por que certas drogas lícitas, como o famigerado caso do álcool, não estão vedadas, enquanto outras de potencial de abusividade menor, como a *cannabis*, estão.

Dessa maneira, em que pese seja já um debate antigo e aprofundado, com farta doutrina a respeito, a dura realidade é aquela imposta pela política de intolerância patrocinada pelos norte-americanos. E tanto assim parece ser que, em países de mais sólida coloração econômica e cultural, portanto, mais infensos ao colonialismo cultural e dominação política, como é o caso dos países da União Europeia, referida postura vem sendo abandonada, optando-se por outras soluções, como a política de redução de danos.[57]

5. DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NA MATÉRIA E PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS

Silva Sánchez afirma que, além da questão da afetação de indivíduos e da repercussão social danosa, são necessárias para a escorreita individualização do objeto válido de proteção penal as concreções de outras ideias reitoras, como a proporcionalidade e a necessidade de intervenção penal.[58]

---

54. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal. A experiência brasileira. In: _____; SÁ, Alvino Augusto de (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 331.

55. Carvalho lembra as consequências de afastamento familiar, danos físicos e morte. Cf. CARVALHO, Virgínia Martins. Op. cit., p. 134.

56. Idem, p. 124.

57. MARONNA, Cristiano Avila. Em busca da racionalidade... cit., p. 10. Detalhadamente sobre o específico tema, cf., RIBEIRO, Maurides de Melo. *Políticas públicas e a questão das drogas: o impacto da política de redução de danos na legislação brasileira de drogas*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2007. passim.

58. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 272-273 e passim.

No caso presentemente estudado, constatou-se que a punição criminal ao usuário de drogas é absolutamente desproporcional àquele que tão somente pode vir a se autolesionar, caracterizadora mesmo de uma postura meramente moral e paternalista do Estado. Ademais, tampouco se revela necessária a referida intervenção jurídico-penal, que empiricamente demonstra mais malefícios do que benefícios sociais.

Assim, deslegítima é a utilização do Direito Penal na vedação ao porte para uso de drogas, constatando-se a sua contrariedade a um ordenamento que se pretende democrático de Direito. Outras deverão ser as opções legislativas na matéria.

A este respeito, várias são as possibilidades. De fato, uma delas seria a simples descriminalização da conduta em análise, com ou sem o mesmo tratamento para a conduta de traficância.[59] Tal viria acompanhado ou não de uma precisa política de redução de danos, com cunho médico e ações educativas.[60] Para a hipótese de manutenção de vedação da conduta, o direito administrativo, com viés sancionador, é o direito punitivo adequado.[61]

A mera não adoção da medida prisional para o usuário de drogas pela legislação brasileira ainda é muito tímida e parece querer esquivar-se de um real enfrentamento da problemática. O custo econômico e social do tratamento penal da questão não se justifica mesmo para a hipótese de manutenção de uma política de ingerência estatal na esfera individual na questão. Há muito por evoluir.

6. CONCLUSÕES

A punição criminal ao porte de drogas para uso pessoal efetuada pela legislação brasileira não é majoritariamente tida como inconstitucional pela doutrina e jurisprudência pátria.

---

59. Debate ainda em aberto e com muito menos uniformidade do que o relativo ao porte para uso.

60. REALE JÚNIOR, Miguel. A política... cit.

61. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 220. Sobre o específico tema do Direito Administrativo sancionador, no âmbito nacional, cf., por exemplo: REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *RBCCrim* 7/116-129; FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. In: REALE, Miguel et al (coords.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004. p. 290 e ss.; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2007. passim; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2000. passim.

No entanto, há problemas sob todos os pontos de vista jurídico-criminais, a ensejar a reflexão sobre as concepções predominantes em nosso país.

Dogmaticamente, verifica-se, preliminarmente, que não existe um bem jurídico penalmente tutelável válido na hipótese, uma vez que não há possibilidade de perpetração de lesões a terceiros, e sim uma eventualidade de autolesão com a conduta.

Ademais, o crime de porte de drogas para uso pessoal fere os princípios constitucionais da igualdade e da intimidade ou vida privada das pessoas.

O princípio da igualdade é vilipendiado eis que há uma injustificada distinção legal de tratamento para os usuários de drogas lícitas e ilícitas.

A intimidade ou vida privada vê-se cerceada em razão da imposição de referenciais morais pelo Estado aos cidadãos com a vedação estudada.

Quanto ao ponto de vista do sistema de penas, tampouco se revela adequada a punição criminal em foco. A retribuição a quem apenas se autolesiona é injusta. A prevenção geral negativa vê-se neutralizada pelo irracionalismo atrelado a um vício (portanto, uma questão médica) e pela pouca intimidação da resposta legalmente adotada. A prevenção geral positiva mostra-se ilegítima na medida em que tenciona à mera conformação de consciências. A prevenção especial negativa, com seu ideal de neutralização do delinquente, é inadequada na hipótese em questão, pois a autolesão perpetrada consiste em uma opção pessoal ou algo de teor médico (vício). Por fim, a pretendida ressocialização mostra-se como absurda ingerência estatal em uma conduta de foro íntimo.

Político-criminalmente, o combate às drogas, capitaneado internacionalmente pelo discurso proibicionista norte-americano, vem se consagrando como um retumbante e altamente custoso fracasso.

O custo social da política em questão vem se mostrando tão alto quanto o econômico: estigmatiza-se o usuário e dá-se lastro a poderosas organizações criminosas, que necessitam da corrupção e da violência para manutenção de seus negócios ilícitos altamente lucrativos.

Ainda, criminologicamente, falta justificativa científica a lastrear o argumento de que o uso de drogas leves poderia levar ao uso de outras com maior potencial de abusividade.

Em certos países, como os da União Europeia, a questão das drogas vem recebendo nos últimos anos um enfoque diferenciado, abandonando-se a política proibicionista e cuidando-se da questão sob o ponto de vista de políticas sociais de saúde pública, como ocorre com as medidas de redução de danos.

A punição criminal ao porte de drogas para uso pessoal é injustificável por carecer de repercussão social danosa, gerando mais violência do que a violência que se procura coibir. Desta forma, há desproporção e falta de necessidade no tratamento legal da questão.

7. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*. vol. 1. n. 1. p. 16-29. São Paulo, maio-ago. 2009. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/artigo1.pdf]. Acesso em: 12.07.2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*. vol. 9. n. 107. p. 7-9. São Paulo: IBCCrim, out. 2001.

_____. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Virgínia Martins. Drogas: descriminalização? In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvino Augusto de (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Aldo de Campos. O porte de entorpecentes deixou de ser uma infração de menor potencial ofensivo. *Jus Navigandi*. n. 1.857. ano 12. Teresina, ago. 2008. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11549]. Acesso em: 26.02.2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico – Uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 3.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. In: REALE, Miguel et al (coords.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção – repressão*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). *Nova lei antidrogas comentada – Lei n. 11.343*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

MARONNA, Cristiano Avila. Em busca da racionalidade perdida. *Boletim IBCCrim*. n. 189. ano 16. p. 10. São Paulo: IBCCrim, ago. 2008.

_____. Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. *Boletim IBCCrim*. vol. 14. n. 167. p. 4. São Paulo: IBCCrim, out. 2006.

_____. Proibicionismo ou morte? In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT. 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 1.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 7. n. 28. p. 116. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1999.

_____. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 2.

_____. A política de drogas. *O Estado de S. Paulo*, 02.08.2008, p. A2.

_____ et al. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RIBEIRO, Maurides de Melo. *Políticas públicas e a questão das drogas: o impacto da política de redução de danos na legislação brasileira de drogas*. Dissertação de mestrado. São Paulo, USP, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos – La estrutura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2008. t. I.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal. A experiência brasileira. In: _____; SÁ, Alvino Augusto de (orgs.). *Criminologia* e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. A nova política criminal brasileira sobre drogas: avanços ou retrocessos? In: GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). *Nova lei antidrogas comentada – Lei n. 11.343*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

THE ECONOMIST. How to stop the drug wars. Disponível em: [http://www.economist.com/node/13237193?Story_ID=13237193]. Acesso em: 03.08.2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Comércio ou facilitação do uso de entorpecente, de Ariosvaldo de Campos Pires – *RT* 704/287;
- Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira, de Elisangela Melo Reghelin – *RBCCrim* 64/57;
- Eficiência, uso de drogas e *law and economics*, de André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy – *RT* 870/445;
- Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo, de Luís Greco – *RBCCrim* 87/84;
- Semear, cultivar ou colher maconha, mesmo que em pequena quantidade, configura crime de tráfico, de Renato Flávio Marcão – *RT* 816/433;
- Tóxico e flagrante preparado ou provocado, de Roberto Delmanto – *RT* 679/454;
- Tóxicos: algumas considerações penais, de Lycurgo de Castro Santos – *RBCCrim* 5/120;
- Tráfico interno de entorpecente, de Rogério Lauria Tucci – *RBCCrim* 2/127; e
- Uso de substâncias psicoativas: aspectos criminológicos e políticos, de Joe Tennyson Velo – *RBCCrim* 18/109.
- *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*, de Elisângela Melo Reghelin, São Paulo, Ed. RT, 2002.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 824/686, *RT* 861/485, *RT* 861/491, *RT* 863/516, *RT* 864/678, *RT* 876/684, *RT* 882/588 e *RT* 890/645.

Veja também Legislação

- Lei Antidrogas: Lei 10.409/2002 (revogada pela Lei 11.343/2006);
- Lei de Entorpecentes: Lei 6.368/1978 (revogada pela Lei 11.343/2006); e
- Política Nacional Antidrogas: Dec. 4.345/2002.

54037

A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO E A SÚMULA VINCULANTE 24

1

HUGO DE BRITO MACHADO

Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Tributário

RESUMO: O artigo trata da exigência do prévio exaurimento da via administrativa para a propositura da ação penal, a partir da consideração da supressão ou redução de tributo como crime material.

PALAVRAS-CHAVE: Crime tributário - Sonegação fiscal - Processo administrativo - Ação penal - Crime material.

ABSTRACT: This article addresses the demand for the prior exhaustion of an administrative process before the proposal of criminal action based on the consideration of suppression or reduction of tax as material crime.

KEYWORDS: Tax crime - Tax evasion - Administrative process - Criminal action - Material crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Interpretação da Súmula Vinculante 24: 2.1 Referência a lançamento definitivo; 2.2 Os precedentes e a interpretação da regra sumulada - 3. Adequação da Súmula Vinculante 24: 3.1 Coerência do sistema; 3.2 Preservação das garantias constitucionais; 3.3 Direito à extinção da punibilidade - 4. Crime material ou de resultado: 4.1 Supressão ou redução de tributo como crime material; 4.2 O tributo como elemento normativo do tipo; 4.3 Evolução da jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Na aula inaugural do "VI Curso de Direito Penal Econômico Europeu" realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em São Paulo, tivemos oportunidade de conversar com colegas a respeito de diversas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária. Entre elas se destacou a exigência do prévio exaurimento da via administrativa para a propositura da ação penal. Algumas objeções foram feitas à jurisprudência do STF, que se consolidou com a edição da Súmula Vinculante 24, a dizer que:

"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo."

Há quem se oponha à exigência de prévio exaurimento da via administrativa para que o Ministério Público possa promover a ação penal por crime de supressão ou redução de tributo, ao argumento de que as instâncias administrativa e penal são independentes, e assim não seria razoável tal exigência que termina por colocar a instância administrativa em condição superior à judiciária. E mesmo depois de editada a Súmula Vinculante 24, há quem sustente que se a mesma encerra o propósito de impedir a apresentação da denúncia criminal antes do encerramento do processo administrativo tributário em que se discute o crédito tributário, o enunciado da Súmula não cumpre a finalidade visada e por isto as discussões em torno da exigência do prévio exaurimento da via administrativa irão continuar.[1]

Essas divergências nos lembram que, segundo Radbruch, Goethe, em carta a Reinnar, depois da leitura duma história comparada dos sistemas filosóficos, escreveu:

"Ao ler esta obra, compreendi de novo aquilo que o autor muito claramente exprime, isto é: as diversas maneiras de pensar acham afinal o seu fundamento na diversidade dos homens e por isso será sempre impossível criar neles convicções completamente uniformes. Se chegarmos a saber de que lado estamos, já conseguiremos bastante; poderemos então ficar tranquilos com a nossa consciência e seremos mais tolerantes para com os outros."[2]

Na questão concernente à exigência de prévio exaurimento da via administrativa para que o Ministério Público possa promover a ação penal por crime de

1. Kiyoshi Harada, Crimes tributários – Alcance da Súmula Vinculante 24, *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas* 17/56-57.

2. Gustav Radbruch, *Filosofia do direito*. 5. ed. Trad. L. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 59.

supressão ou redução de tributo sabemos de que lado estamos. Já escrevemos sobre o tema e, divergindo do que então era o entendimento do STF, preconizamos a necessidade de se exigir o prévio exaurimento da via administrativa.[3] E de algum modo contribuímos, ainda que modestamente, para a formação do entendimento hoje consubstanciado na Súmula Vinculante 24.[4]

Estamos, portanto, tranquilos com a nossa consciência. E compreendemos perfeitamente as opiniões divergentes. Tanto que é em razão delas que vamos abordar mais uma vez o assunto, na tentativa de demonstrar que a regra albergada pela Súmula Vinculante 24 consubstancia a melhor solução para a controvérsia, e que um possível defeito de redação não impede que a mesma cumpra a sua finalidade.

2. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24

2.1 Referência a lançamento definitivo

Depois de transcrever a regra da Súmula Vinculante 24, do STF, Kiyoshi Harada formula sua crítica nestes termos:

"Se a intenção dos doutos Ministros do STF era a de impedir a apresentação de denúncia criminal antes do encerramento do processo administrativo tributário em que se discute o crédito tributário, o enunciado da Súmula não cumpre a finalidade visada.

É que, por não existir lançamento provisório do tributo, reputa-se definitivamente constituído o crédito tributário com a notificação do lançamento referido no art. 142.

Notificado do ato do lançamento, o sujeito passivo pode efetuar o pagamento extinguindo o crédito tributário, ou pode apresentar impugnação dando nascimento ao processo administrativo tributário.

O procedimento administrativo do lançamento, normalmente a cargo de um agente fiscal, esgota-se com a notificação do lançamento. O processo administrativo tributário é julgado por outras autoridades administrativas em primeira, segunda e instância especial, conforme lei de regência da matéria de cada ente político que, se for o caso, por meio de decisão administrativa, desconstitui o crédito constituído pelo lançamento, tanto quanto uma decisão judicial.

---

3. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 152-168.

4. Veja-se voto-vista do Min. Sepúlveda Pertence, no HC 77.002-8/RJ.

Essas autoridades administrativas, dentre as quais os representantes dos contribuintes nos órgãos colegiados de julgamento, sequer em tese têm o poder de constituir o crédito tributário que é ato privativo do agente fiscal integrante do quadro próprio.

Logo, as discussões quanto à possibilidade ou não de formulação da denúncia antes do encerramento do processo administrativo fiscal irão continuar, pois notificado o sujeito passivo do ato do lançamento (art. 145 do CTN), constituído estará definitivamente o crédito tributário, possibilitando a apresentação de denúncia ao teor do enunciado da Súmula Vinculante 24. Só não será possível essa denúncia antes do lançamento tributário como sustentado pela digna Procuradoria Geral da República."[5]

Essa crítica de Harada nos lembra que a maior parte das divergências doutrinárias resulta muito mais de questões de linguagem do que de questões relativas propriamente às teses jurídicas. Neste sentido é a lição de Carrió, a nos dizer que:

"La relación que existe entre aquellos desacuerdos y los problemas del lenguaje es muy grande; más de lo que de ordinario advertimos. Hasta se podría decir, sin pecar de exageración, que la mayor parte de las agudas controersias que, sin mayour beneficio, agetan el campo de la teoria jurídica, deben su origen a ciertas percularairades del lenguaje y a nuestra general falta de sensibilidad hacia ellas."[6]

No caso de que se cuida, a crítica formulada pelo eminente jurista repousa simplesmente na expressão *lançamento definitivo*. Na verdade muitos são os que sustentam não existir lançamento provisório. Nem definitivo, portanto. Mesmo assim, parece-nos que a súmula questionada expressa, sim, o entendimento segundo o qual não se admite a propositura da ação penal antes da decisão final, definitiva, da Administração Tributária, a respeito do crédito tributário constituído mediante lançamento que tenha sido impugnado pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Embora se refira a lançamento definitivo, na verdade a regra consubstanciada na Súmula Vinculante 24 diz respeito ao lançamento que não pode mais ser questionado na via administrativa.

---

5. Kiyoshi Harada, Crimes tributários... cit., p. 56-57.

6. Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 91.

2.2 Os precedentes e a interpretação da regra sumulada

Realmente, na interpretação da Súmula de que se cuida, como na interpretação de qualquer enunciado jurisprudencial, temos de examinar os precedentes que levaram a sua formação.

Entre os precedentes mencionados como formadores do entendimento ao final consubstanciado na Súmula Vinculante 24, vamos examinar os acórdãos proferidos no HC 81.611/DF, julgado em 10.12.2003, e no HC 85.463-0/RJ, julgado em 07.06.2005, que são bastante expressivos do sentido da mencionada Súmula.

O acórdão proferido no HC 81.611/DF, do qual foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, porta a seguinte ementa:

"I. Crime material contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1.º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (MC na ADIn 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1.º da Lei 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei 9.249/1995, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo."

Já o acórdão proferido no HC 85.463-0/RJ, rel. Min. Carlos Britto, porta a seguinte ementa:

"*Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Alegação de que não há justa causa para a ação penal enquanto o lançamento do tributo estiver pendente de decisão definitiva no processo administrativo tributário.

O Plenário do STF, no julgamento do HC 86.611, fixou o entendimento de que para o oferecimento da denúncia por crime contra a ordem tributária é imprescindível o exaurimento da via administrativa.

Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia após exaurida a esfera administrativa. Razão pela qual fica suspenso o curso do prazo prescricional."

Assim, considerados os precedentes que ensejaram a sua elaboração, dúvida não pode haver de que a Súmula Vinculante 24 do STF, impede o recebimento de denúncia pelo crime de supressão ou redução de tributo, previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo em que se discuta o lançamento tributário, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo.

Realmente, a referência feita pela mencionada Súmula ao *lançamento definitivo* deve ser entendida como referência à decisão definitiva, à palavra final da Administração Tributária, no processo administrativo em que o lançamento é questionado. Ainda que se considere inadequada a expressão lançamento definitivo, não há como se possa admitir o questionamento quanto ao significado da regra que o STF editou com a Súmula em referência, que veio especialmente para uniformizar o entendimento jurisprudencial a respeito do assunto.

Por outro lado, a regra segundo a qual a denúncia pelo crime de supressão ou redução de tributo só deve ser formulada depois de exaurida a via administrativa, vale dizer, depois da decisão definitiva no processo em que se questiona o lançamento tributário, é importante para a preservação da coerência do sistema jurídico e das garantias constitucionais em matéria de tributação, como a seguir será demonstrado.

3. ADEQUAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24

3.1 Coerência do sistema

A regra consubstanciada na Súmula Vinculante 24 do STF, é de notável importância para manter a coerência do sistema, impedindo decisões conflitantes em torno da questão de saber qual o tributo é efetivamente devido. Impede que o juízo criminal condene alguém como autor de crime de supressão ou redução de tributo, enquanto a autoridade da Administração Tributária, competente para lançar ou para decidir sobre a legalidade do lançamento, considera não existir no caso tributo devido, ou não ter havido redução do tributo devido.

Não se venha dizer que a Súmula em questão confere poder excessivo às autoridades da Administração Tributária, permitindo a estas a palavra final sobre se uma conduta configura, ou não, um crime contra a ordem tributária. A lei estabelece expressamente que qualquer pessoa que tenha conhecimento de fato constitutivo de crime desta natureza pode comunicar tal fato ao Ministério Público.[7] E este, tomando conhecimento do fato, pode e deve provocar a autoridade da Administração Tributária a se manifestar, explicando porque não fez o lançamento correspondente, e não ofereceu ao Ministério Público informações a respeito. Assim, se a autoridade administrativa continua inerte, ou se manifesta em divergência com o entendimento do Ministério Público, poderá este, se entender que a autoridade administrativa está descumprindo o seu dever de fazer o lançamento, pode e deve agir contra ela. Não poderá, porém, agir contra o suposto autor de crime deixando livre de qualquer responsabilidade a autoridade administrativa.

3.2 Preservação das garantias constitucionais

Outra virtude da regra consubstanciada na Súmula Vinculante 24 consiste na preservação de garantias constitucionais do contribuinte, que poderiam ser afetadas com a propositura da ação penal antes de decisão definitiva da autoridade administrativa competente.

Realmente, a mencionada regra garante que a ameaça de pena criminal não vai funcionar como instrumento para compelir alguém a pagar tributo. Neste sentido, o STF já decidiu que:

"Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica abertura ou continuação de inquérito policial, nem de qualquer procedimento do Ministério Público, quando a autoridade administrativa haja declarado extinto o crédito tributário em razão da consumação da decadência."[8]

Realmente, o que se tem visto é a constante utilização de procedimentos criminais como forma de intimidação do contribuinte, para o fim de constrangê-lo a fazer o pagamento de tributo, que pode ser indevido, sem que tenha oportunidade de questionar a legalidade da exigência.

A regra consubstanciada na Súmula Vinculante 24, portanto, empresta maior efetividade a garantias constitucionais do contribuinte, preservando seu direito à obediência ao princípio da legalidade tributária, dando efetividade

7. Art. 16 da Lei 8.137/1990.

8. STF, 2.ª T., HC 84.555/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 14.09.2007.

às garantias de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal,[9] e de que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.[10]

3.3 Direito à extinção da punibilidade

Registre-se, finalmente, que a regra da Súmula Vinculante 24 garante, também, o direito de ver extinta a punibilidade pelo pagamento do tributo que a Administração Tributária, em decisão final definitiva, considere efetivamente devido.

Realmente, fosse possível o procedimento criminal antes da decisão final da Administração Tributária, o contribuinte poderia ser compelido a pagar sem discutir qualquer quantia dele exigida a título de tributo, sob pena de ser constrangido com inquérito policial e até com ação penal por crime contra a ordem tributária.

4. CRIME MATERIAL OU DE RESULTADO

4.1 Supressão ou redução de tributo como crime material

Além de ser adequada, como já nos itens precedentes procuramos demonstrar, é teoricamente correta a regra segundo a qual no crime de supressão ou redução de tributo só pode ser tido como consumado com a decisão definitiva no processo administrativo em que se questiona o lançamento tributário.

Não se trata de condicionar a ação penal à representação formulada pela autoridade administrativa. O equívoco da tese que admite a ação penal por crime de supressão ou redução de tributo antes da decisão definitiva da Administração Tributária decorre da confusão entre a exigência de representação como condição da ação e a exigência de prévio exaurimento da via administrativa como uma questão prejudicial, que diz respeito ao direito material e não ao direito processual.

4.2 O tributo como elemento normativo do tipo

Realmente, a questão de saber se é, ou não, admissível ação penal por crime de supressão ou redução de tributo, é uma questão de direito material. Questão

9. Art. 5.°, LIV, CF/1988.

10. Art. 5.°, LV, CF/1988.

que diz respeito ao tipo penal de que se cuida, que conta com um elemento normativo: o tributo devido. Só se pode entender consumado o crime quando se tiver certeza de que ocorreu a supressão, ou a redução de um tributo devido.

Ocorre que em relação aos crimes em geral não se questiona a presença de elementos normativos. Entretanto, no crime de supressão ou redução de tributo este *elemento normativo* é de fundamental importância, e em nosso sistema jurídico compete privativamente à autoridade administrativa dizer da existência, e dimensionar economicamente a relação tributária. Em outras palavras, compete privativamente à autoridade administrativa lançar o tributo.[11]

Assim, a manifestação definitiva da autoridade da Administração Tributária é indispensável para que se possa ter como configurado o crime de supressão ou redução de tributo, ou fraude com esse fim praticado.

No dizer de Andrade Filho:

"(...) é livre de dúvidas que a consumação dos crimes contra a ordem tributária só poderá ser afirmada depois de esgotadas todas as instâncias administrativas de que dispõe o sujeito passivo para discutir a exação. Isto porque o lançamento tributário, como vimos, pode perfeitamente ser desconstituído, hipótese em que desapareceria o núcleo do tipo penal: a supressão ou redução ilegal do tributo ou contribuição."[12]

4.3 Evolução da jurisprudência

No STF predominou o entendimento segundo o qual a ação penal seria possível independentemente do que ocorresse na esfera administrativa quanto à relação tributária. Sobre o assunto já escrevemos:

"A tese predominante na jurisprudência parece ter origem na lição de Manzini. Ao apreciar o Recurso de HC 50.523/SP, o STF de certa forma acolheu a doutrina italiana, citada no acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que invocou lição de Manzini, para concluir que: a) o juiz penal não está obrigado a aguardar a solução da instância administrativa, para per-

11. Estabelece o Código Tributário Nacional: "Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

12. Edmar Oliveira Andrade Filho, *Direito penal tributário – Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 96.

mitir a movimentação da ação penal, e b) no julgamento do fato denunciado como sonegação fiscal não está vinculado à solução eventualmente dada pela instância administrativa. Isto é, pode o juiz penal condenar quando o contribuinte tenha sido liberado pela administração fiscal como absolvê-lo, na hipótese contrária.[13] É interessante, portanto, o exame do Direito Penal Tributário italiano, a ver-se como foi ali tratada a questão.

Na Itália, a reforma do direito penal tributário, realizada em 1982, teve dois objetivos: um, a abolição da 'prejudicial tributária', considerada causa de retardamento da justiça penal em matéria tributária; o outro, a redefinição do crime, consequente à essa nova realidade processual.

Antes de 1982, a definição do tipo penal era centrada na evasão do imposto, isto é, sobre o evento de dano ao erário, exigindo para sua identificação o acertamento da relação tributária. Com a reforma, foram redefinidos os tipos penais de sorte a que não mais fosse necessária tal acertamento, podendo assim ser o julgamento confiado ao juízo penal, ainda que desprovido este de específica competência em matéria tributária.[14]

Na explicação de Tesauro, o princípio, para o imposto direto, segundo a lei de 1929, estendido ao IVA pelo decreto que o instituiu, era o de que a ação penal não podia ter curso se não tornado definitivo o lançamento do tributo. Entretanto, explica aquele mestre, constatou-se que tal princípio fez praticamente inoperante a eficácia intimidatória da sanção penal porque, dada a prolixidade do processo tributário, a ação penal podia iniciar-se só muito tempo depois do conhecimento do fato ilícito.

O princípio, todavia, tinha sua justificação lógica, porque o crime de evasão só podia ser afirmado depois que fosse determinado o imposto devido, donde resultava lógico que o juízo penal tivesse vez depois que o juízo tributário tivesse resolvido a controvérsia fiscal. Para abolir a prejudicial era condição indispensável a modificação da norma incriminadora, a qual agora, prevalentemente, não considera crime a evasão (omissão, incompleta ou infiel declaração), mas o cometimento de fato propiciador ou instrumental da evasão, ou outro fato cuja afirmação não implica resolver a questão de quantificação.[15]

---

13. STF, *RTJ* 65/62
14. Cf. Giovanni Fiadanca-Enzo Musco, *Diritto penale tributario*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 1-3.
15. Cf. Francesco Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*. 4. ed. Torino: Utet, 1987. vol. 1, p. 288.

Não obstante extremamente complexo, o Direito Penal Tributário italiano tem pontos importantes a serem observados, tais como: a) a relativa ligação entre o juízo penal e o tributário, tanto que, em regra, a sentença irrecorrível de condenação, ou de absolvição tem autoridade de coisa julgada no processo tributário no que concerne aos fatos materiais que foram objeto do juízo penal (art. 12, § 2.°, da Lei 516/1982); b) em consequência, a possibilidade de, com base nos fatos materiais afirmados pelo juízo penal, a Administração Tributária fazer lançamento, se não atingido tal direito pela decadência; c) o reconhecimento doutrinário de que a prevalência do juízo penal é justificada por uma disfarçada desconfiança do legislador em relação aos juízos tributários.[16]

De todo modo, a análise da doutrina italiana demonstra que, ali, a lei anterior definia como crime a evasão, por isto mesmo se considerava indispensável o prévio lançamento do tributo, ou, em outras palavras, a determinação da ocorrência da efetiva supressão, ou redução, de um tributo legalmente devido constituía uma circunstância prejudicial. Tinha-se a prejudicial tributária. E para afastá-la, a reforma penal alterou a definição do crime, que deixou de ser um crime material, de resultado, para tornar-se um crime de mera conduta, ou crime formal."[17]

Ocorre que no Brasil a evolução legislativa deu-se em sentido inverso. Tínhamos um crime formal, ou de mera conduta, na Lei 4.729/1965, e passamos a ter um crime material, ou de resultado, com a Lei 8.137/1990.

Realmente, a Lei 4.729, de 14.07.1965, definiu o crime de sonegação fiscal, cujo tipo descreveu em seu art. 1.°, mediante ações ou omissões todas elas relativas a obrigações tributárias acessórias, sem colocar o resultado como elemento integrativo do tipo, não obstante exigisse para a configuração deste, em qualquer caso, o dolo específico.

Já a Lei 8.137, de 27.12.1990, define o crime contra a ordem tributária de duas formas. A primeira, em seu art. 1.°, dizendo que: "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas", que indica em seus cinco incisos. E a segunda, em seu art. 2.°, dizendo que constituem crime da mesma natureza, condutas relativas a obrigações acessórias (incs. I e V); o não recolhimento de tributo cobrado ou descontado, que muitos denominam apropriação indébita de tributo (inc. II), além de reproduzir, com ligeira alteração, o tipo que estava

16. Cf. Augusto Fantozzi, *Diritto tributario*. Torino: Utet, 1994. p. 490.

17. Hugo de Brito Machado, *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 155-157.

na lei anterior, de exigir, pagar ou receber percentagem sobre incentivo fiscal (inc. III), acrescido de outro, configurado pela conduta de deixar de aplicar ou aplicá-lo indevidamente (inc. IV).

Pode-se afirmar, assim, que a lei atual define a supressão ou redução de tributo como crime material, ou de resultado. Sua configuração exige que se defina a existência de um tributo devido, para que se possa afirmar sua supressão, ou redução, mediante uma ou mais das condutas descritas na lei.

É induvidoso, portanto, que a invocação do Direito italiano não ampara a tese que vinha sendo adotada em alguns julgados, no Brasil. Pelo contrário, a análise do Direito italiano demonstra que, em nosso caso, sendo o crime de supressão ou redução de tributo um crime de resultado, não se pode afastar a questão prejudicial tributária.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária, de Hugo de Brito Machado – *RBCCrim* 15/231;
- Reflexões sobre os crimes tributários, de Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira – *RBCCrim* 86/201; e
- O término do processo administrativo-fiscal como condição da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, de Fabio Machado de Almeida Delmanto – *RBCCrim* 22/63.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 895/605 e *RTrib* 95/319.

54038

1 BUSCA E APREENSÃO E ACESSO REMOTO A DADOS EM SERVIDORES

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Professora de Direito Penal na Faculdade de Direito da USP e na GVLaw. Ex-pesquisadora na Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main) e no Instituto Max-Planck (Freiburg). Advogada.

MARCEL LEONARDI

Pós-doutor pela Berkeley Law (Estados Unidos). Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Digital no GVLaw. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O trabalho examina a possibilidade de se obter acesso remoto a um servidor a partir de mandado judicial de busca e apreensão que não faz referência a tal hipótese específica. A análise é feita a partir do direito processual penal brasileiro, levando em consideração o desenvolvimento do direito americano sobre a questão. Também se estuda se a negativa em fornecer senha de acesso a servidor remoto pode configurar o crime de desobediência.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze if the remote access to servers fits or not into the place and object of a search and seizure writ, one that does not mention that hypothesis precisely. For this purpose it outlines a brief overview about search and seizure in Brazilian Criminal Law, especially highlighting the requirement to specify the place where the search will tale place. Then, it analyses what servers are, technically speaking, in terms of types, functions etc... The result concluded is that a specific writ is required in order to get access to a remote server, since we can not mistake the server, which is located at the place where the search will take place, with another sever located somewhere else and remotely accessed. Then, we present a doctrine study and the American jurisprudence example on the issue, since it has more familiarity with the topic with interesting progress to present. Last, observations are presented in relation to the non-characterization of a disobedience crime for those who refuse to provide remote access to a server in cases where the search and seizure writ does not mention it precisely.

PALAVRAS-CHAVE: Busca e apreensão - Servidores - Acesso remoto - Desobediência - Direito americano.

KEYWORDS: Search and seizure - Servers - Remote access - Disobedience - American Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Sobre a busca no direito processual penal brasileiro - 3. A busca e apreensão de dados em servidor de acesso remoto - 4. A necessidade de ordem judicial específica para o fornecimento de dados de terceiros - 5. Panorama do direito norte-americano sobre a busca e apreensão digital - 6. Observações sobre o crime de desobediência - 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A busca e apreensão de dados armazenados em computadores e servidores deve indicar (como todas as formas de busca e apreensão), da maneira mais precisa possível, o local em que será realizada, bem como o exato objeto da busca.

Assim, caso o mandado judicial faça referência, por exemplo, apenas a evidências eletrônicas armazenadas em computadores, e-mails e pastas de arquivos armazenados em servidores, dispositivos portáteis de armazenamento removíveis e dispositivos impróprios portáteis de armazenamento, a exigência – por autoridade policial competente para o cumprimento da ordem judicial – para a *obtenção de acesso remoto* a servidores localizados, fora do escritório especificamente referido no mandado, leva à ilegalidade do ato nas ações que ultrapassarem seu expresso conteúdo.

O seguinte artigo visa analisar *se o acesso remoto a servidor se insere ou não no local e no objeto de mandado judicial de busca e apreensão que não faz referência expressa a essa hipótese*, bem como algumas relevantes consequências da recusa a fornecer senha de acesso remoto em tais casos. Para empreender tal exame, recorreremos ao desenvolvimento do direito americano sobre o tema.

2. SOBRE A BUSCA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A busca domiciliar é disciplinada pelo Código de Processo Penal, nos art. 240, § 1.º, e ss. Trata-se de uma *restrição ao direito fundamental de inviolabilidade do domicílio* – local de proteção e exercício fundamental da intimidade e da vida privada da pessoa – e, assim, deve ser interpretada a partir do dispositivo constitucional sobre a matéria,[1] ou seja, o art. 5.º, XI, da CF/1988 que dispõe:

1. Nessa linha, Frederico Marques já lecionava que "o Código de Processo Penal, obrigado a atender às restrições oriundas do princípio constitucional da inviolabilidade

"Art. 5.º (...)

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"

Quanto ao conceito de "casa" e "domicílio", a doutrina consolidou, ao longo dos anos, interpretação bastante ampla, destacando que "devem ser considerados domicílio, para fins de busca e apreensão, as casas e os apartamentos propriamente ditos, devidamente habitados, bem como as áreas contíguas, como quintais e garagens. Também será considerada 'casa' o quarto de hotel, de pousada, de pensão ou qualquer outro lugar fechado utilizado como morada de alguém (por exemplo: edifício abandonado que esteja sendo utilizado como moradia de andarilhos). Igualmente serão considerados casa, para fins de busca domiciliar, o consultório médico, o escritório de advocacia ou outro lugar não aberto ao público em que alguém exerce profissão".[2]

A jurisprudência brasileira acompanha esse entendimento: "Certo, o conceito de casa (art. 5.º, XI, CF/1988) estende-se ao escritório da empresa dos recorrentes, onde estes exercem atividade de índole profissional (v.g., Ap 307-3, Ilmar Galvão, *DJ* 13.10.1995)".[3]

Assim sendo, a sede e as filiais de uma empresa são consideradas *domicílio* para fins penais, devendo qualquer busca ali realizada se revestir dos requisitos legais para ter validade.

Por se tratar de restrição a direito fundamental, a busca domiciliar somente pode se realizar nas hipóteses estabelecidas pelo legislador, nos termos da redação constitucional – que traz, destaque-se, rol taxativo.[4] Assim, admite-se a violação domiciliar apenas em caso de flagrante delito; em caso de desastre; para prestar socorro; ou por ordem judicial, durante o dia.

---

do domicílio, traz preceitos reguladores do *modus procedendi* dessa providência investigatória-cautelar, para, assim, não se atentar contra aquela garantia fundamental de todo cidadão". Cf. José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2, p. 374.

2. Cf. Gustavo Henrique Badaró. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. II, p. 272.
3. Cf. STF, RE 230.020-3/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
4. Cf. Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 109.

Nessa linha, conclui-se que o art. 241 do CPP[5] deve ser lido de acordo com a Constituição, ou seja: mesmo a busca realizada pela autoridade policial deve ser precedida de determinação judicial e expedição de mandado de busca.[6]

É tamanha a importância conferida à proteção do domicílio que se considera *ilícita* a prova obtida em busca domiciliar desprovida de mandado judicial – *mesmo em casos nos quais tais elementos seriam fundamentais para uma condenação.*

Nesse sentido, podem-se citar os seguintes julgados:

"Prova penal – Banimento constitucional das provas ilícitas (art. 5.°, LVI, CF/1988) –Ilicitude (originária e por derivação) – Inadmissibildade – Busca e apreensão de materiais e equipamentos realizada, sem mandado judicial, em quarto de hotel ainda ocupado – Impossibilidade – (...) Necessidade, em tal hipótese, de mandado judicial (art. 5.°, XI, CF/1988). *Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida com transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar* – Prova ilícita (...) ilicitude da prova – Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (art. 5.°, LVI, CF/1988), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (art. 1.° da CF/1988), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), *não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'*. Doutrina. Precedentes" (STF, RHC 90376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello).

---

5. "Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado."

6. Nesse sentido, cf. Gustavo Henrique Badaró, op. cit., p. 276, e Cleunice Valentim Bastos Pitombo. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 126.

"Não se pode dar valor à prova decorrente de ato arbitrário, praticado ao arrepio das formalidades legais. Ilegal é a busca domiciliar levada a efeito sem mandado e sem despacho fundamentado que a autorizasse" (TJSP, rel. Dalmo Nogueira, *RT* 447/349)

"Sendo a casa asilo inviolável de seu morador é absolutamente ilegal o procedimento de investigadores sem mandado e sem a presença de autoridade, invadindo o domicílio do cidadão, à noite, em desacordo com as prescrições dos arts. 241 e 245 do CPP a pretexto de ali apreender droga ou entorpecentes. A prova assim produzida em desrespeito à Lei não tem valor algum, sendo nula ou mesmo inexistente" (TACrimSP, Apelação, rel. Geraldo Ferrari, *Jutacrim* 24/504).

O mandado de busca é um instrumento fundamental para a legalidade da medida e deve cumprir, necessariamente, com as seguintes exigências, nos termos do art. 243 do CPP: "I – indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II – mencionar o motivo e os fins da diligência;

III – ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir."

Quanto ao inc. II, fundamental trazer a lição de Gustavo Badaró:

"O inc. II se refere aos motivos, isto é, à razão que levou ao deferimento da medida, em especial o crime que é objeto da investigação e sua relação com o local ou com a pessoa que sofrerão a busca. Trata-se, pois, do motivo da diligência. Por outro lado, os fins da diligência dizem respeito à identificação da pessoa ou coisa a ser buscada, delimitando com precisão o objeto da busca e, com isso, evitando abusos ou devassas desnecessárias e exorbitantes."[7]

Como se vê, o mandado de busca deve trazer, obrigatoriamente, a identificação do *local* onde a busca deve ser cumprida, assim como seu *objeto*, de forma delimitada, clara e precisa.

Quando for necessário interpretar as expressões constantes do mandado judicial de busca, tal interpretação deve ser *restritiva*, não admitindo analogia nem extensões, uma vez que a busca representa *restrição a direito fundamental*.

A jurisprudência brasileira reconhece a ilegalidade de mandados judiciais de busca genéricos, seja em razão de não estabelecerem, com precisão, o *local*

7. Cf. Gustavo Henrique Badaró, op. cit., p. 277.

onde a busca deveria ser realizada, seja em razão de não estabelecerem, com precisão, o *objeto* da busca.

É ilegal, por exemplo, mandado de busca que se refira a todas as casas de uma determinada rua, aldeia ou de uma favela. Confira-se:

"Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal contra a decisão do Juiz Federal da 1.ª Vara de Naviraí – Mandado de Segurança, que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão de armas e munições em *todas as habitações e edificações existentes* na Aldeia Porto Lindo e em áreas ocupadas por membros daquela comunidade no interior das Fazendas Remanso, São Jorge e Paloma.

(...)

A decisão judicial que determinou a busca e apreensão colide com a determinação contida no art. 243, I e II, do CPP, que dispõe que o mandado judicial deve ser específico, indicando de forma precisa as pessoas cujas residências serão alvo da diligência, além da apresentação dos motivos e fins que a autorizam.

(...)

Ante o exposto, da documentação trazida e em sede de liminar a cautela recomenda que a diligência se restrinja às pessoas que efetivamente estejam envolvidas no conflito e causando danos à comunidade. Por esses fundamentos, estando presentes os pressupostos do art. 7.º, II, da Lei 1.533/1951, concedo a liminar para limitar a diligência de busca e apreensão às residências dos 20 indígenas mencionados na inicial" (MS 2006.03.00.022352-9, decisão monocrática, *DJ* 30.06.2006, rel. Des. Federal Vesna Kolmar).

Do mesmo modo, nossos tribunais têm exigido a *especificação* da diligência a ser realizada, isto é, a descrição, no mandado, dos documentos e dos objetos a serem procurados. Nesse sentido, já afirmou o pleno do STF, por unanimidade:

"CPI – Busca e apreensão – Limites. Sem definir-se a competência, em face da diversão de votos quanto aos fundamentos da concessão da segurança, *os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão hão de estar no ato que a determine*, discrepando, a mais não poder, da ordem jurídica em vigor delegar a extensão à autoridade policial" (STF, MS 23.454/DF, rel. Min. Marco Aurélio).

No caso acima citado, o mandado de busca e apreensão deixou ao critério da autoridade policial a escolha dos locais onde seria executado, além de não especificar a finalidade da determinação de apreensão de documentos.

Constata-se, portanto, ser inadmissível a busca que não obedeça aos limites objetivos e subjetivos definidos em nosso sistema jurídico, como destacado pelo pleno do STF.

Assim como o mandado de busca deve seguir os requisitos constitucionais e legais, a *execução* de tal mandado, por óbvio, deve se ater aos limites ali estabelecidos. Por isso, não se admite que o mandado expedido para a busca em um endereço seja cumprido em outro.[8] Da mesma forma, não se deve extrapolar o objeto do mandado, sob pena de ser considerada ilícita a prova assim obtida.

Guilherme de Souza Nucci igualmente pondera que "tratando-se de decorrência natural dos princípios constitucionais que protegem tanto o domicílio, quanto a vida privada e a intimidade do indivíduo, torna-se indispensável que o magistrado expeça mandados de busca e apreensão com objetivo certo e contra pessoa determinada. Não é possível admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos e vasculhados. Trata-se de abuso de autoridade de quem assim concede a ordem e de quem a executa indiscriminadamente".[9]

Na síntese de Cleunice Valentim Bastos Pitombo, "a execução da ordem judicial, portanto, para possuir valia, precisa ser coberta de legalidade, desde o momento de sua expedição até seu esgotamento".[10]

Por derradeiro, a autoridade policial ou o oficial de justiça que execute a busca domiciliar deve apresentar o mandado ao morador, bem como ler seu conteúdo, nos termos do art. 245 do CPP.[11]

3. A BUSCA E APREENSÃO DE DADOS EM SERVIDOR DE ACESSO REMOTO

Cumpre, agora, analisar a possibilidade de se apreenderem dados e informações armazenadas em servidor, cujo acesso é feito por via remota, com base em mandado de busca e apreensão que não mencione especificamente tal possibilidade, limitando-se a ordenar, por hipótese, a apreensão de "evidências eletrônicas armazenadas em computadores, e-mails armazenados em servidores, pastas de arquivos armazenadas em servidores, dispositivos portáteis de

8. Ressalvadas, evidentemente, outras hipóteses autorizadoras da busca, como o flagrante.
9. Cf. Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 545.
10. Cf. Cleunice Valentim Bastos Pitombo, op. cit., p. 209.
11. "Apresentando-se os policiais sem mandado de busca no domicílio do réu, com a intenção de prendê-lo, legítima é a repulsa deste, mesmo violenta. Contra os invasores, estará o morador defendendo, legitimamente, o seu domicílio inviolável" (TJSP, Recurso Constitucional, rel. Odyr Porto, *RT* 442/407).

armazenamento removíveis, dispositivos impróprios portáteis de armazenamento".

Vejamos, então, o significado correto de algumas expressões referidas acima.

O conceito técnico de *computador* é o seguinte: "máquina capaz de receber, armazenar e enviar dados, e de efetuar, sobre estes, sequências previamente programadas de operações aritméticas (como cálculos) e lógicas (como comparações), com o objetivo de resolver problemas".[12] Entretanto, a palavra é muito utilizada para se referir, de modo coloquial, aos *microcomputadores* destinados ao usuário individual, de uso doméstico ou profissional, instalados em empresas ou casas, e foi empregada nessa acepção na ordem judicial de busca e apreensão.

Destaque-se que um computador pode armazenar informações de diversas formas e por meio de equipamentos *não voláteis* (que podem reter dados mesmo quando desligados) e *voláteis* (que não retêm dados quando desligados). O meio mais comum de armazenamento de dados em um computador é a utilização de um ou mais discos rígidos (conhecidos pelas siglas HD ou HDD, de *hard drive* ou *hard disk drive*, antigamente também denominado de *winchester*), dispositivos que permitem armazenar dados de modo não volátil, normalmente instalados dentro do gabinete[13] que aloja as demais peças do computador.

No entanto, um computador também pode armazenar informações de outras formas, tais como em sua memória de acesso aleatório (*random access memory*, conhecida pela sigla RAM), memória de sua placa-mãe (por meio do *basic input/output system*, conhecido pela sigla Bios), ou ainda em dispositivos externos que não fazem parte do equipamento em si.

Nesse contexto, as expressões "dispositivos portáteis de armazenamento removíveis" e "dispositivos impróprios portáteis de armazenamento" englobam quaisquer dispositivos portáteis utilizados para armazenar dados de modo não volátil, tais como disquetes, CDs e DVDs graváveis (CD-R, DVD-R) e regraváveis (CD-RW, DVD-RW), *drives* de memória *flash* (popularmente conhecidos como "*pen drives*"), discos rígidos externos portáteis e outros dispositivos similares.

---

12. Cf. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*, versão eletrônica, verbete "computador". São Paulo: Positivo, 2010.

13. Esse gabinete é também conhecido como "caixa", "torre", "chassi" ou, em inglês, "*case*".

Assim sendo, é correto afirmar que as informações porventura encontradas nos computadores (e nas peças integrantes desses computadores, principalmente discos rígidos) e nos dispositivos portáteis existentes no local da diligência estariam contidas no objeto da medida de busca e apreensão, desde que relacionadas à eventual prática de crime.

A situação é completamente diferente, porém, com relação aos "e-mails armazenados em servidores" e "pastas de arquivos armazenadas em servidores". No jargão informático, *servidor* é definido como o *computador* que provê, para toda uma rede de computadores, dados e serviços, compartilhando-lhe os recursos,[14] ao passo que *cliente* é definido como o computador ou programa que usa serviços de outro em uma rede de computadores.[15]

A doutrina jurídica igualmente destaca que *servidores* são os computadores que fornecem serviços e informações em uma rede, enquanto que *clientes* são os computadores utilizados para acessar tais serviços e informações.[16]

Manuel da Cunha Carvalho, por exemplo, destaca que "*server* é o computador ou qualquer outro objeto numa rede, inclusive programas, cuja função é, em regra, exclusivamente administrar os recursos da própria rede a serem desfrutados pelos usuários-clientes. Assim, por exemplo, um file *server* (servidor de arquivo) é um computador dedicado à armazenagem de arquivos, enquanto um network server é o computador destinado especificamente a governar o tráfego na rede".[17]

Servidor é, assim, um gênero com diversas espécies distintas. Entre os mais conhecidos, destacam-se:

a) *servidor de arquivos*: armazena arquivos de diversos usuários;

b) *servidor web*: responsável pelo armazenamento de páginas de um determinado *site*, requisitadas pelos clientes através de programas navegadores (*browsers*);

c) *servidor de e-mail*: responsável pelo armazenamento, envio e recebimento de mensagens de correio eletrônico;

---

14. Cf. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*, versão eletrônica, verbete "servidor". São Paulo: Positivo, 2010.
15. Idem, verbete "cliente".
16. Cf. Marcel Leonardi. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 9.
17. Cf. Manuel da Cunha Carvalho. O conceito de servidor em informática e suas implicações jurídicas. *RDC* 39/158.

d) *servidor de impressão:* responsável por controlar pedidos de impressão de arquivos dos diversos clientes;

e) *servidor de banco de dados*: possui e manipula informações contidas em um banco de dados;

f) *servidor de fax*: transmite e recebe fax pela Internet, disponibilizando também a capacidade de enviar, receber e distribuir fax em todas as estações da rede;

g) *servidor DNS*: responsável pela conversão de endereços de sites em endereços IP, e vice-versa;

h) *servidor proxy*: armazena temporariamente páginas da internet recém-visitadas, aumentando a velocidade de exibição dessas páginas ao chamá-las novamente;

i) *servidor de imagens*: servidor especializado em armazenar imagens digitais;

j) *servidor FTP*: permite acesso de outros usuários a um disco rígido ou servidor, armazenando arquivos que podem ser acessados pela Internet;

k) *servidor webmail*: servidor para criar e gerenciar contas de e-mail na *world wide web*;

l) *servidor de virtualização*: permite a criação de máquinas virtuais (isoladas no mesmo equipamento), mediante compartilhamento de *hardware*.

Pois bem. Se a ordem judicial mencionava apenas "e-mails armazenados em servidores" e "pastas de arquivos armazenadas em servidores", não há referência à possibilidade de acesso remoto a servidores localizados fora do endereço em que a busca e apreensão foi determinada, nem tampouco, por exemplo, a imposição de fornecimento de senha de acesso à Douta autoridade policial encarregada da execução da ordem.

Ou seja: a ordem de busca e apreensão possibilitava *apenas e tão somente a busca de e-mails e de pastas de arquivos armazenados nos servidores existentes no endereço constante do mandado*, integrantes da *rede local* de computadores daquele escritório.

De essencial relevância, já que consta de muitos mandados, mencionar que a expressão "ou outros meios de prova", não pode autorizar o acesso remoto aos servidores localizados *fora do endereço* em que executada a medida, ante a proibição de busca ou de apreensão genéricas. Como já visto, uma ordem de busca e apreensão é sempre interpretada restritivamente, pois se trata de medida excepcional que restringe um direito fundamental.

Nesse contexto, uma ordem judicial de busca e apreensão *não pode ser interpretada extensivamente, encontrando-se fora do escopo do mandado* os dados armazenados em servidores remotos, fisicamente localizados em endereços diferentes dos constantes na ordem, ainda que esses servidores remotos possam ser acessados à distância, a partir de computadores existentes no local da diligência, mediante o uso de nome de usuário e senha próprios para acesso ao sistema.

Note-se que isso não significa que o agente executor da medida jamais possa ter acesso aos dados existentes no servidor remoto, mas apenas evidencia ser necessária *ordem judicial específica* para essa finalidade.

A busca e apreensão de dados armazenados em servidores remotos pode ser realizada se o mandado judicial respectivo indicar, expressamente, que as informações devem ser buscadas e apreendidas em servidor de acesso remoto e se esse mesmo mandado judicial impuser, também, que o administrador do sistema forneça nome de usuário e senha para a execução dessa ordem.[18]

Essa condição não se presume, nem tampouco pode ser deduzida a partir da simples menção, no mandado, da expressão "servidores", tendo em vista que servidores representam, na ausência de especificação ou ressalvas, *computadores existentes no mesmo endereço em que foi determinada a realização da busca e apreensão.*

Alternativamente, seria também possível que o Poder Judiciário determinasse a busca e apreensão física do próprio servidor remoto, por meio de diligência específica a ser cumprida no endereço em que esse servidor remoto se encontra.

Assim sendo, levando em consideração nossa hipótese, a possibilidade de acesso remoto aos servidores, mediante a entrega de senha à Douta autoridade policial, não se insere nem no *local*, nem no *objeto* do mandado judicial expedido, sendo necessário adotar uma dessas duas soluções para a questão, ou seja, ou *ordem judicial específica para acesso remoto ao servidor, com expressa imposição de disponibilização de senha à autoridade encarregada de sua execução*, ou *busca e apreensão física do servidor remoto no endereço em que ele se encontra.*

E, nos casos em que o acesso remoto ao servidor não constar expressamente do mandado ou não tiver sido determinada sua apreensão física, a prova

18. Note-se, porém, que poderia incidir, nessa hipótese, a proibição de produzir prova contra si mesmo, uma vez que o acesso remoto exige, por parte da empresa suspeita da prática de crime, uma conduta ativa, qual seja entregar nome de usuário e senha e permitir o início dos procedimentos necessários para o acesso remoto.

produzida a partir da busca e apreensão será tida como ilícita no que se referir aos dados do servidor remoto. Por conseguinte, não será admitida no processo penal, conforme vem ensinando a doutrina: "ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material".[19]

Convém, ainda, frisar que é sempre necessária ordem judicial específica para que o fornecimento de dados ou de informações de terceiros seja autorizado.

4. A NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL ESPECÍFICA PARA O FORNECIMENTO DE DADOS DE TERCEIROS

A legislação brasileira assegura a privacidade e a confidencialidade de dados, impondo às empresas que armazenam informações de terceiros o dever de mantê-las em sigilo. Esse dever decorre da Constituição Federal de 1988, que consagra a privacidade como direito fundamental em seu art. 5.º, X, pelo qual "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

A divulgação, sem ordem judicial, de dados ou informações de terceiros, caracterizaria flagrante violação da privacidade desses indivíduos, sujeitando inclusive a empresa a responder por esse ato.

Exige-se sempre, portanto, a concessão de ordem judicial específica para o fornecimento dessas informações. Esse é, inclusive, o entendimento predominante na doutrina:

"(...) *a identificação deverá ser submetida a uma exigência do Poder Judiciário.* Ainda que se tenha conhecimento de que no âmbito das novas tecnologias um mínimo atraso pode prejudicar uma identificação, não se pode permitir a divulgação sem interferência judicial, sob pena de a segurança jurídica restar prejudicada".[20]

---

19. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. *As nulidades no processo penal.* 10 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 166-167.

20. Cf. Victor Drummond. *Internet, privacidade e dados pessoais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 77).

Do mesmo modo, esse entendimento é praticamente unânime na jurisprudência. Cite-se, como exemplo, trecho de acórdão proferido pelo TAMG:

"(...) não pode a ré – como provedora de acesso à Internet – Liberar, via simples notificação extrajudicial, os dados cadastrais de qualquer dos usuários de seus serviços. Em casos tais, *a quebra do sigilo cadastral somente pode ocorrer quando solicitada por autoridade competente e pelo meio adequado, sem o que estaria violado o direito à privacidade e inviolabilidade de dados constitucionalmente protegidos.* Não há que se dizer, pois, em aplicação direta do art. 5.º, IV, da CF/1988 – como pleiteia o recorrente – haja vista que as normas constitucionais devem ser interpretadas conjunta e harmoniosamente. Na espécie, não se protegeu o anonimato, pois que se permitiu o fornecimento dos dados, após autorização da autoridade judicial, provocada pelo meio adequado".[21]

Outro exemplo é esta sentença proferida pela 39.ª Vara Cível de São Paulo, asseverando ser imprescindível a concessão de ordem judicial específica para que um provedor de serviços de Internet forneça dados a respeito de seus usuários:

"São Paulo – Comarca da Capital – 39.ª Vara Cível

Processo 000.05.065351-2

(...) De outra parte, a ré não negou que detinha as informações e tampouco que tinha a obrigação de fornecê-las, aduzindo apenas que não poderia fazê-lo sem autorização judicial e que não seria responsável pelo conteúdo dos e-mails. Neste aspecto, assiste razão à requerida. O art. 5.º, X e XII, da CF/1988 determinam o sigilo de dados e comunicações telefônicas, bem como a inviolabilidade da vida privada e intimidade.

Ora, em sendo assim e *considerando que os dados dos emitentes das mensagens mencionadas na inicial dizem respeito à sua vida privada e intimidade, não poderia a requerida tê-los fornecido sem autorização judicial sobre pena de quebra de seu dever de sigilo.* Observe-se que aquelas garantias constitucionais não são absolutas e podem ser restringidas em prol de outros direitos e garantias igualmente protegidos desde que estes estejam sendo exercidos sob uma perspectiva ética (princípio da convivência das liberdades públicas), o que se deu no presente caso, pois a autora tem direito de saber a origem de mensagens que reputa ofensivas à sua honra.

Esta análise, contudo, compete ao Poder Judiciário e não pode ficar ao alvedrio dos particulares ou dos detentores das informações sigilosas sob pena

21. Cf. TAMG, ApCiv 403.159-8.

de negar-se eficácia às garantias constitucionais que poderiam ser violadas a qualquer momento sob o argumento ou a pretexto da defesa ou tutela de outros direitos igualmente relevantes. Do exposto, correta a recusa a prestar as informações sem expressa autorização judicial. (...)."[22]

O Ministério Público do Estado de São Paulo igualmente reconhece a necessidade de ordem judicial específica nessas hipóteses. Confira-se:

"Autos 050.09.925779-0

Pedido de Arquivamento. Instaurou-se o presente inquérito policial, para apuração do delito de desobediência.

Conforme se logrou apurar, as averiguadas são representantes das empresas (...) e (...), tendo em vista que em janeiro de 2007 o Ministério Público do Rio de Janeiro requisitou informações a ambas.

Contudo, as mesmas não repassaram as referidas informações. (...) a segunda em face do fundamento constitucional previsto no art. 5.º, XII, da CF/1998 (...) quanto à averiguada R.C.C.L., representante da empresa (...), o entendimento que deve prevalecer é o de que a mesma não praticou o crime de desobediência, porquanto sua conduta fora de acordo com o disposto pela Constituição Federal no art. 5.º, XII, *tendo em vista a necessidade de ordem judicial para a quebra do sigilo.*

Assim, pois, o direito de inviolabilidade disposto pelo art. 5.º, XII, da CF/1988, só poderá ser quebrado em face de necessidade de tutela de um bem maior. E, portanto, *diante de ordem judicial*, tal como o disposto pela Carta Magna no mesmo artigo e inciso."

Como exemplo, confira-se a redação de ordem judicial específica, proferida no curso de investigação criminal, determinando a quebra de sigilo de dados cadastrais e de conexão de usuário de provedor de serviços de Internet:

"(...) Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico n. (...)

Segredo de justiça

Senhor Gerente:

Complementando o Ofício (...), presto à Vossa Senhoria os seguintes esclarecimentos acerca do cumprimento da decisão que afastou o sigilo telemático do endereço eletrônico e determino o Imediato cumprimento, disponibilizando à (...):

22. Cf. 39.ª Vara Cível de São Paulo, Processo 000.05.065351-2.

1) o desvio eletrônico de todo o conteúdo de dados telemáticos intercambiados com terceiros via Internet (monitoramento policial da conta) pelo prazo de 15 (quinze) dias, a contar da efetiva implementação;

2) os dados cadastrais do responsável pela conta;

3) os protocolos de internet (IP) e terminais telefônicos utilizados para conexão pelo responsável da conta;

4) todas as pastas/arquivos e conteúdos referentes à conta;

5) todos os logs de acesso à conta ou quaisquer outros logs referentes à conta;

6) caso o usuário possua outras contas nessa empresa, fornecer as informações dos itens 2 a 5;

7) fornecer ao DPF um e-mail espelho para o desvio do conteúdo do endereço eletrônico monitorado;

8) cópia da integralidade das mensagens enviadas e recebidas pela conta nos últimos cento e oitenta dias (anteriores à expedição do alvará judicial).

(...) Esclareço, outrossim, que durante o monitoramento a captura das informações e repasse à autoridade policial devem ser objeto de acordo entre o provedor e o Setor Técnico Científico da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Rio Grande do Sul.

O provedor de Internet deverá fornecer, ainda, aos Agentes da Policia Federal (...) os dados cadastrais do responsável pela conta.

A prestadora deverá confirmar a este Juízo a conta cuja efetivação fora deferida e a data em que implementada a interceptação, para controle judicial do prazo, mantendo os registros de acesso da autoridade durante a investigação (art. 12 da Res. CNJ 59/2008).

Deverá nominar, ainda, as pessoas que tiveram conhecimento da quebra de sigilo, e o responsável pela operacionalização da medida, para individualização de eventual responsabilidade, nos termos dos arts. 8.º e 10, última figura da Lei 9.296/1996, e da Res. CNJ 59/2008.

A implementação da quebra de sigilo ora requerida deverá ser cumprida dentro de 2h p/ SMP e 24h p/ demais serviços, contadas do recebimento. Caso haja impossibilidade técnica, a prestadora deverá comunicar as dificuldades de forma circunstanciada a este Juízo e à autoridade responsável, no prazo de 24h, e o prazo previsto, em horas, para implementação da medida.

Fica expressamente vedada a interceptação de contas não discriminadas neste ofício. O ofício resposta deverá indicar o número do procedimento ou do ofício do plantão judiciário, sob pena de recusa de recebimento pelo cartório

ou secretaria judicial. Esta requisição não terá validade se contiver qualquer rasura ou acréscimo de números.

Atenciosamente, (...), Juiz Federal Substituto."

Como se observa, ainda que uma empresa não tenha interesse em se opor ou em negar o fornecimento de informações a respeito de terceiros, apenas pode fazê-lo mediante ordem judicial específica, sob pena de ser responsabilizada pela indevida violação da privacidade desses terceiros.

Em outras palavras, fornecer os dados exigidos por uma Autoridade Policial, sem ordem judicial específica nesse sentido, representaria violação às normas impositivas da Constituição Federal que asseguram a privacidade e o sigilo de dados, sujeitando a quem fornecê-los responsabilidade decorrente dessa violação.

Para melhor compreensão da questão aqui tratada, praticamente inédita no direito brasileiro, é útil analisar o direito comparado, notadamente a doutrina e a jurisprudência dos Estados Unidos, que se encontram muito mais familiarizadas com os procedimentos de busca e apreensão em meios eletrônicos, chamados naquele país de "*digital searches and seizures*".

5. PANORAMA DO DIREITO NORTE-AMERICANO SOBRE A BUSCA E APREENSÃO DIGITAL

A doutrina norte-americana equipara a cópia eletrônica de dados a uma *apreensão*. A justificativa é que a apreensão tem o poder de "congelar" fatos, ou seja, de manter a cena de um crime e controlar as provas. Sustenta-se, assim, que gerar uma cópia eletrônica de dados "congela" esses dados para uso futuro, assim como a apreensão de coisas físicas aumenta o montante de provas sob controle estatal. Gerar uma cópia eletrônica de dados não é substancialmente diferente de controlar o acesso a uma casa, ou fazer uma prisão, pois nessas hipóteses o Estado mantém o controle sobre uma pessoa, lugar ou coisa que possa ter valor probatório.[23]

Em razão disso, argumenta-se que a cópia de dados deve merecer, no mínimo, a mesma proteção legal prevista para a apreensão física de computadores, exigindo sempre mandado judicial específico para sua obtenção. O motivo é muito simples: normalmente, os *dados* – e não o *hardware* – são o elemento-chave para o processo.[24]

23. Cf. Orin S. Kerr. Fourth Amendment Seizures of Computer Data. *Yale Law Journal* 119/709.

24. Idem, p. 713.

Outra distinção importante apontada pela doutrina norte-americana está no fato de que o ambiente físico geralmente limita a escala e a localização das provas, o que não ocorre no ambiente digital. Dados podem estar em qualquer lugar. Não há limites com relação ao número, tamanho, ou localização de contas, serviços, ou dados vinculados a uma determinada pessoa ou empresa que possam conter as provas buscadas pela autoridade encarregada de uma investigação criminal.[25]

Em razão disso, é preciso enorme cautela na busca e apreensão digital. Se não é possível constatar em que lugar se encontram os dados, pelo fato de estarem disponíveis em servidores remotos ou on-line, ou quando já se conhece de antemão essa condição, ordens judiciais específicas são necessárias, destacando *quais dados* devem ser buscados e *de que maneira* devem ser apreendidos, sob pena de supressão das provas obtidas sem observância desses requisitos.[26]

Tanto é assim que, nos Estados Unidos, as próprias autoridades encarregadas das investigações orientam seus agentes executores a respeito dos requisitos dos mandados judiciais de busca e apreensão de dados e advertem para os cuidados que devem ser empregados para a execução desses mandados, sob pena de tornar ilícitas as provas obtidas sem a observância dessas cautelas.

Confira-se, por exemplo, o manual *intitulado Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, publicado em 2009 pelo Office of Legal Education – Executive Office for United States Attorneys*, documento oficial disponível ao público em geral[27] que expressamente menciona, entre outras advertências, o seguinte:

"Apreendendo *Hardware vs.* Apreendendo Informação

25. Cf. Orin S. Kerr. Applying the Fourth Amendment to the Internet: a general approach. *Stanford Law Review* 62/1005-1050.

26. Cf., entre outros, Daniel J. Solove. Fourth amendment codification and Professor Kerr's misguided call for judicial deference. *Fordham Law Review* 74/747-777; David A. Couillard. Defogging the cloud: applying fourth amendment principles to evolving privacy expectations in cloud computing. *Minnesota Law Review* 93/2205-2239; Deborah Buckner. Internet search and seizure in United States vs. Forrester: new problems in the new age of pen registers. *BYU Journal of Public Law* 22/499-517, Orin S. Kerr. Fourth amendment seizures of computer data. *Yale Law Journal* 119/709 e Applying the fourth amendment to the Internet: a general approach. *Stanford Law Review* 62/1005-1050, e Paul Ohm. The fourth amendment right to delete. *Harvard Law Review forum* 119/10-18.

27. A íntegra do manual está disponível online em http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/ssmanual/ssmanual2009.pdf..

A decisão mais *importante* que agentes devem tomar ao descrever a coisa para um mandado é se a coisa a ser apreendida é o *hardware do computador* ou meramente a *informação que o hardware contém.*

Se o *hardware* do computador é ilegal, prova, fruto ou instrumento do crime, o mandado deve descrever o *hardware em si.*

Se a 'causa provável' refere-se apenas à informação, porém, *o mandado deve descrever a informação a ser apreendida, e então requerer a autoridade para apreender a informação em qualquer forma que possa estar armazenada (seja eletronicamente ou não).*"[28]

Destaca-se também a seguinte advertência:

"Mandados múltiplos em buscas de rede

Os agentes devem obter mandados múltiplos se tiverem razão para crer que uma busca em rede irá coletar dados armazenados em múltiplos lugares.

Quando os agentes puderem saber, antes da busca, que alguns ou todos os dados descritos no mandado estão armazenados em um lugar distinto daquele em que os agentes executarão a busca, o melhor procedimento a ser adotado dependerá de onde os dados armazenados remotamente estão localizados.

Quando os dados estiverem armazenados remotamente em dois ou mais lugares diferentes dentro dos Estados Unidos e seus territórios, os agentes devem obter mandados adicionais para cada lugar em que os dados se encontram. (...) Quando os agentes souberem antes de uma busca que alguns ou todos os dados estão armazenados remotamente fora dos Estados Unidos, o assunto torna-se mais complicado (...)."[29]

---

28. Trad. livre e adaptada. No original: "Seizing Hardware vs. Seizing Information. The most important decision agents must make when describing the property in the warrant is whether the seizable property is the computer hardware or merely the information that the hardware contains. If computer hardware is contraband, evidence, fruits, or instrumentalities of crime, the warrant should describe the hardware itself. If the probable cause relates only to information, however, the warrant should describe the information to be seized, and then request the authority to seize the information in whatever form it may be stored (whether electronic or not)".

29. Trad. livre e adaptada. No original: "Multiple Warrants in Network Searches. Agents should obtain multiple warrants if they have reason to believe that a network search will retrieve data stored in multiple locations. When agents can learn prior to the search that some or all of the data described by the warrant is stored in a different location than where the agents will execute the search, the best course of action depends upon where the remotely stored data is located. When the data is stored remotely in two or more different places within the United States and its territories, agents should

Ressalvas as óbvias diferenças entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, as lições doutrinárias e orientações práticas acima transcritas servem para demonstrar, com clareza, que *a facilidade de acesso remoto a dados armazenados em servidores localizados fora do endereço em que a busca e apreensão é realizada não afasta, nem minimiza, as garantias inerentes ao devido processo legal*, nem tampouco possibilita interpretar uma ordem judicial de busca e apreensão de computadores e servidores locais de modo a franquear o acesso a servidores remotos, mediante fornecimento de senha à autoridade policial.

6. OBSERVAÇÕES SOBRE O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

A desobediência vem descrita no art. 330 do CP, que prevê ser crime "desobedecer a ordem legal de funcionário público". A doutrina e a jurisprudência consolidaram, na interpretação desse tipo penal, seus requisitos de configuração, dos quais se destacam a *legalidade* da ordem, formal e material, e a *possibilidade fática* de cumprimento da ordem.

No que se refere à legalidade da ordem, conforme analisado anteriormente, há fundadas razões jurídicas para questionar a licitude de se obter acesso remoto a servidores localizados *fora* do âmbito da busca judicialmente ordenada.

E, assim, considerando-se ilegal a ordem dada no sentido de se franquear acesso remoto a servidores localizados fora do endereço previsto no mandado, é fácil concluir pela *inexistência de crime de desobediência* na hipótese, já que só é possível desobedecer a uma ordem legal.

Portanto, ainda que se pudesse, em uma interpretação extensiva da ordem judicial, entender-se pela legalidade da exigência de acesso remoto aos servidores localizados fora do escritório, não restam dúvidas de que, no mínimo, entender-se-ia que eventual restrição de acesso se dera com base em *erro*, o que afasta a própria configuração do crime de desobediência, conforme vem reconhecendo a jurisprudência, colacionada por Delmanto et al.[30]

"A dúvida sobre a legitimidade da ordem estende-se à própria existência do delito, pois este só se configura quando a ordem é legal e emana de funcionário competente" (TACrimSP, *Julgados* 71/38).

---

obtain additional warrants for each location where the data resides. (...) When agents learn before a search that some or all of the data is stored remotely outside of the United States, matters become more complicated (...)".

30. Cf. Celso Delmanto et. al. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 659.

"Não se caracteriza a desobediência se existe dúvida sobre a competência do funcionário, como no caso de policial que manda baixar o volume de som em estabelecimento comercial" (TACrimSP, *RJDTACr* 27/78-79).

Vale lembrar que também quando há impossibilidade fática do cumprimento da ordem, nossa jurisprudência reconhece não haver qualquer prática de desobediência. Assim, por exemplo, no caso de *indisponibilidade de link* ou outros problemas técnicos que impeçam o acesso remoto ao servidor, também não há cometimento de crime, pois não pode o direito exigir o impossível. Por isso, o reconhecimento da atipicidade em tais casos é pacífico na jurisprudência.

Como exemplo, podem-se citar decisões do TRF-1.ª Reg.:

"Penal. Processo civil. Crime de desobediência à ordem judicial. Impossibilidade material de cumprimento. Ameaça de prisão. Ilegalidade. Concessão de *habeas corpus*.

1 – Se existe impossibilidade material de cumprimento da ordem judicial, não se configura o crime de desobediência.

2 – Em execução de julgado, a CEF, como executada, não é obrigada a apresentar cálculos de liquidação, mormente se os documentos necessários (extratos de FGTS) não se encontram em seu poder.

3 – Ilegalidade da determinação judicial.

4 – Concessão da ordem de *habeas corpus*" (HC 67750 PA 1999.01.00.067750-8, j. 19.10.1999, rel. Eustaquio Silveira).

"*Habeas corpus* – 'Salvo-conduto' – Crime de desobediência (art. 330 do CP) – Juiz cível: incompetente para determinar a prisão – Inexistência de crime por impossibilidade material de cumprimento da ordem – Precedentes – Ordem concedida" (HC 2001.01.00.048924-1, j. 20.02.2002, rel. Luciano Tolentino Amaral).

Portanto, em casos de determinação de fornecimento de senha para acesso remoto de servidores que se encontram fora do local de cumprimento do mandado, quando não constar do mandado qualquer específica determinação nesse sentido, a recusa a fornecer a senha não configura crime de desobediência,[31] assim como a impossibilidade técnica de cumprimento da ordem.

---

31. Mais uma vez, faz-se a ressalva quanto à possibilidade de se invocar o direito a não autoincriminação nas hipóteses em que o mandado determinar o fornecimento de senha para acesso remoto ao servidor.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, se percebe mais uma vez como a tecnologia, de forma contínua, apresenta desafios aos aplicadores do direito, exigindo soluções e adaptações às novas conformações da realidade. O que não se pode admitir, em tais hipóteses, é o abandono ou a flexibilização de garantias constitucionais do processo penal, que concretizam a aplicação de direitos fundamentais, para a obtenção de prova a qualquer custo.

Tratando-se de busca e apreensão, conforme analisado, os requisitos legais devem ser rigorosamente observados, já que configura hipótese de limitação ao exercício do direito fundamental à intimidade e privacidade. Nessa linha, cabe aos juízes, quando decidirem pela ordem de busca e apreensão, detalhar, de modo específico, o objeto da ordem, incluindo expressamente no mandado, se for o caso, a possibilidade de se obterem dados por meio de acesso remoto a servidor localizado fora do endereço de cumprimento do mandado, com as indicações devidas.

Do contrário, será perfeitamente possível a recusa de franquear acesso remoto aos servidores ou de fornecer senha à autoridade policial, não podendo essa recusa ser caracterizada como crime de desobediência.

Além disso, a prova produzida a partir de eventual acesso remoto a servidor, sem amparo em mandado específico, será ilícita e não poderá ser utilizada no processo penal, tampouco em outros processos ou procedimentos, assim como toda a prova daí derivada.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, de Ricardo Cintra Torres de Carvalho – *RBCCrim* 12/162; e
- A medida cautelar de busca e apreensão, de Damásio E. de Jesus – *RBCCrim* 13/294.

54039

2 Delação premiada no Brasil e na Itália

Uma análise comparativa

Walter Barbosa Bittar

Mestre em Direito pela PUC-PR. Doutorando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor de Direito Penal e Criminologia, da Graduação e da Pós-graduação da PUC-PR. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná.

Área do Direito: Penal; Processual; Internacional

Resumo: O presente opúsculo apresenta um estudo de direito comparado entre o Brasil e a Itália, focado na introdução de figuras premiais ao agente colaborador, traçando um perfil das diferenças e semelhanças históricas, culturais e legais do instituto nestes países, demonstrando como estas refletem as divergências dos modelos ora confrontados, demonstrando o perfil dos efeitos e problemas inerentes a figura do chamado delator premiado e a incompatibilidade entre o modelo brasileiro e o italiano.

Palavras-chave: Delator – Acordo – Colaboração processual – Direito premial – Direito comparado.

Abstract: This article presents a comparative law study between Brazil and Italy, focused on the introducing of figures called employees of the process, establishing a profile of similarities and differences of historical, cultural and legal institution of these countries, showing the profile of effects and problems inherent in the figure of the informer called winning and the incompatibility between the Italian and Brazilian model.

Keywords: Informer – Agreement – Premial law – Comparative law – Cooperation procedure.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. O modelo italiano: 2.1 A máfia italiana; 2.2 A expansão das organizações criminosas na Itália e a necessidade de uma normatividade especial; 2.3 O "momento" sancionatório; 2.4 Terroristas arrependidos e as principais referências

normativas; 2.5 Os colaboradores pelo crime de máfia e as principais referências normativas; 2.6 O "momento" processual; 2.7 O "momento" tutório; 2.8 O "momento" penitenciário; 2.9 As grandes reformas de 2001: 2.9.1 No âmbito do direito premial material; 2.9.2 No âmbito do direito premial processual; 2.9.3 No âmbito do sistema de proteção; 2.9.4 No âmbito do direito premial penitenciário – 3. O modelo brasileiro: 3.1 O contexto da evolução legislativa; 3.2 A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990); 3.3 A Lei 9.034/1995 (utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas); 3.4 Lei 9.080/1995; 3.5 Lei 9.269/1996; 3.6 Lei 9.613/1998 (lavagem de dinheiro); 3.7 Lei 9.807/1999 (proteção a vítimas e testemunhas); 3.8 Lei 10.149/2000 (acordo de leniência); 3.9 Lei 11.343/2006 (drogas) – 4. A incompatibilidade insuperável entre os modelos italiano e brasileiro – 5. Considerações finais: 5.1 Devido processo penal; 5.2 O princípio da legalidade ou obrigatoriedade; 5.3 Indisponibilidade; 5.4 Indeclinabilidade da jurisdição – 6. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A figura do réu colaborador com a justiça, mais conhecido como delator premiado, passou a chamar maior atenção da doutrina, não só em nosso país como em todo o mundo, a partir de julgamentos envolvendo a chamada criminalidade mafiosa, ocorridos principalmente na Itália nas décadas de 70 e 80. Ao final da década de 80, o mesmo fenômeno pôde ser observado na Espanha, agora em procedimentos persecutórios penais oriundos da prática de atividades terroristas, versando sobre a possibilidade da concessão de benefícios, para aqueles acusados que fornecessem informações às autoridades legais, confessando a autoria do fato criminoso, indicando coautores e fornecendo provas desconhecidas pela investigação ou processo.

No Brasil a introdução do polêmico instituto teve como inspiração para o legislador pátrio o modelo italiano (quiçá o único), pois houve, na prática, um verdadeiro pedido de empréstimo à legislação antiterrorista italiana, da regra de premiar o delator que tenha propiciado em razão de suas denúncias, a liberação do sequestrado ou que tenha colaborado, com a autoridade judiciária ou policial, na coleta de provas decisivas para a identificação e captura dos concorrentes.[1]

Etimologicamente delação advém do latim *delatione*, e significa a ação de delatar, denunciar, revelar etc. No entanto, a palavra delação, de modo isola-

1. SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 350-351. Acrescenta ainda Silva Franco que "No Brasil, não foram detectados ainda focos de atividade terroristas de caráter internacional e o legislador infraconstitucional não elaborou ainda a figura típica do terrorismo. No entanto, a delação premiada, importada da Itália, a partir do denominado terrorismo político – que não se confunde com o terrorismo internacional do início do século XXI – alargou o seu raio de incidência para fazer face à criminalidade meramente comum". Idem, p. 351, nota de rodapé n. 17.

do, pode ter dois significados nas ciências penais, restando necessária uma breve distinção de sentidos da palavra. Num primeiro momento, delação, na sua acepção de denunciar, deve ser entendida no sentido de *delatio criminis*, ou seja, seria o conhecimento provocado, por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso. Neste sentido, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já, em sua acepção de revelar, se poderia entender a delação como sendo a conduta do participante que efetua "a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia".[2] É nesse segundo sentido que se encontra a figura dos colaboradores ou, no direito italiano, dos arrependidos (*pentiti*).

Mas, para além de questões meramente semânticas, não se pode ignorar que a realidade legislativa, cultural, histórica e política de Brasil e Itália, quanto à introdução e a forma escolhida para normatizar a delação premiada, possuem profundas diferenças, especialmente porque o legislador pátrio não teve a mínima preocupação quanto à elaboração das normas procedimentais (ao contrário do legislador italiano que, a partir da introdução do beneplácito, foi aprimorando a lei, imprimindo uma política criminal bem definida),[3] limitando-se a inserir normas de direito material esparsas em diversas leis penais, o que importa em um modelo que não espelha a realidade da legislação italiana.

Noutra vertente, o fenômeno criminal na Itália possui diversas particularidades,[4] tanto históricas como culturais em especial quanto à chamada criminalidade mafiosa, realidade que traz reflexos ambíguos quando se deseja – por meio de um espelhamento legislativo – equivaler a figura do criminoso arrependido italiano (*pentiti*)[5] ao delator premiado (também chamado réu colaborador) do Brasil, cujas divergências reais são bastante sensíveis, inclusive quanto às concretas diferenças do arcabouço normativo destes países.

Diante de tal realidade, o presente estudo de direito comparado busca delinear, por meio da análise cronológica da evolução das legislações de ambos

2. MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. *Revista Penal, Universidade de Hueiva* 2/35.

3. RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Itália ed in altri ordenamenti europei. *Il crimine organizzato come fenômeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Itália, Germânia e Spagna.* Milão: Giufrrè, 2004. p. 345 e ss.

4. Nada obstante ter, no Brasil, o legislador constituinte de 1988 atribuído grande relevância aos fenômenos criminais de massa.

5. Tradução literal: arrependidos.

os países quanto ao tema, demonstrando as particularidades de cada um para, a partir dos modelos legislativos estabelecidos, enfrentar os paradoxos dos diferentes modelos adotados e estabelecer os limites comparativos do instituto nos dois países.

Deve ser esclarecido, finalmente, que a presente abordagem a seguir, adota o conceito do direito comparado como método ou técnica de investigação, fazendo referência a comparação, não apenas para cotejar e identificar semelhanças e diferenças entre o modelo italiano e o brasileiro e assim chegar a uma conclusão, pois estes são apenas alguns aspectos a serem considerados, devendo ser observada a preocupação necessária no processo de comparação com as questões sociais e culturais, fundamentais para a distinção das legislações comparadas e objeto do estudo vertente.

2. O MODELO ITALIANO

2.1 A máfia italiana

Uma importante consideração, na tentativa de comparação entre as legislações brasileira e italiana, reside na realidade cultural do país europeu, já assinalada, para que, posteriormente, se possa entender o presente artigo no seu devido contexto histórico e cultural, daí porque, mesmo que superficialmente, insta adentrar na abordagem da alcunhada criminalidade mafiosa, uma particularidade importante para o estudo da legislação da Itália.

Por ser um termo polissêmico, Salvatore Lupo observa que "é difícil caracterizar um assunto, uma tipologia ou uma sucessão de fenômenos homogêneos para concentrar sob o termo máfia; e é igualmente difícil evitar a impressão de que é justamente essa amplitude e indeterminação de campos de aplicação que é responsável pela sua fortuna".[6]

A máfia já foi vista como "espelho da sociedade tradicional, com atenção aos fatores políticos, econômicos ou – com maior frequência – socioculturais; como empresa ou tipo de indústria criminosa; como organização secreta mais ou menos centralizada; como ordenamento jurídico paralelo ao Estado, ou como antiestado".[7] No entanto, a real importância do termo ou fenômeno mafioso advém após 1860, época da unificação italiana, justamente porque esta relação patológica entre política, sociedade e criminalidade exige a ideia de um Estado com todas as suas instituições.

---

6. *História da máfia: origem aos nossos dias*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002. p. 12.
7. Idem, p. 21.

O mecanismo de surgimento da máfia vem descrito por Salvatore Lupo como o acordo entre a força pública e os criminosos para a recuperação dos bens roubados, em outras palavras, "instaura-se assim, entre a companhia, os notáveis e a criminalidade da região, uma dialética perversa que garante aos proprietários a incolumidade dos bens e a tranquilidade sobre as próprias terras, mediante um controle de tipo muito particular exercido pelos capitães de armas sobre a criminalidade; a práxis de transação entre a vítima e o ladrão permite, à primeira, a recuperação parcial do bem, ao segundo, a impunidade e parte do roubo; ao capitão, um 'prêmio' pela obra de mediação desenvolvida, quase uma honesta corretagem ajustada entre vendedor e adquirente de um negócio público".[8]

Mais tarde, esses mesmos criminosos que roubavam, passaram a oferecer "serviço de proteção" para latifundiários, arrendatários e pessoas influentes, econômica ou politicamente. Diego Tajani, deputado napolitano de esquerda, na época, observa o fenômeno sob o aspecto de que lá o delito não passa de uma transação contínua, escreve-se o bilhete de extorsão e se diz: posso queimar a sua colheita, a sua vinha, não queimo, mas você me dará um tanto que corresponda aos seus bens. Sequestra-se e se faz o mesmo: não o mato, mas dê-me um tanto e você ficará incólume. Veem-se chefões da máfia que se colocam no centro de uma propriedade e que dizem: garanto-lhes que aqui não haverá roubos, mas me deem um tanto por cento das suas colheitas.[9]

Assim, como a sociedade evolui, a máfia também vai se adaptando aos novos acontecimentos e "necessidades", procurando sempre a maximização dos lucros e, se possível, a redução dos custos. Com a expansão do comércio mundial e da tecnologia, as organizações mafiosas italianas, que por ora interessam, passam a atuar fora de suas fronteiras, inicialmente, no restante da Europa, mais tarde, nos Estados Unidos, depois na América do Sul, até se tornarem totalmente globalizadas, praticando, principalmente, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. No entanto, essa evolução das organizações criminosas nunca foi pacífica e linear.[10] Verdadeiras guerras entre "famílias" (grupos) aconteceram por conta do poder territorial; e, por parte do Estado, diversas foram as

8. Idem, p. 65.

9. APDC, Discurso, p. 4126. Apud LUPO, Salvatore. Op. cit., p. 102.

10. Para Juarez Cirino dos Santos, ao abordar o conceito de crime organizado, o discurso italiano tem por objeto o estudo original da máfia siciliana. Ainda para esse autor o objeto inicial do discurso italiano não é o chamado crime organizado, mas a atividade da máfia, uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália meridional. Crime organizado. *RBCCrim* 42/215-218.

tentativas de conseguir na justiça, sem êxito na imensa maioria dos casos, a condenação de mafiosos.

2.2 *A expansão das organizações criminosas na Itália e a necessidade de uma normatividade especial*

No fim dos anos 60, em meio a uma guerra mafiosa, a sociedade italiana vê-se frente a uma nova forma de criminalidade, causadora nos cidadãos de uma sensação de desconfiança nas instituições democráticas. A difusão do terrorismo e da extorsão mediante sequestro impuseram ao legislador a progressiva elaboração de normas aptas a combater atividades criminosas organizadas. As estratégias de combate dessa criminalidade concentraram-se em três planos: (a) investigativo: criação de órgãos investigativos especializados e coordenação entre os membros do Ministério Público encarregados das investigações; (b) processual: a utilização de "processo investigativo"; (c) sancionatório: aumento de sanções para delitos cometidos por organizações criminosas. Algumas importantes consequências foram percebidas; no entanto, ficou claro para os operadores do setor que o ataque às organizações só seria eficaz com o rompimento do vínculo associativo através de normas especiais que, por um lado, agravassem as sanções dos autores dos crimes e, por outro, possibilitassem a concessão de atenuante a quem, dissociando-se dos cúmplices, ajudasse as autoridades a evitarem consequências do crime, ou colaborasse na elucidação dos fatos, ou na identificação dos demais agentes.[11]

2.3 *O "momento" sancionatório*

Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a legislação é falha e lacunosa, na Itália, existe um tratamento completo da disciplina dos colaboradores da justiça, que vai desde aspectos do direito material, até do direito penitenciário;[12] esse complexo sistema normativo é, em boa parte, o responsável pelo sucesso italiano na utilização dos *pentiti*, no combate às organizações criminosas.

A normatividade do aspecto sancionatório é baseada num regime *duplo binário*[13] caracterizado, de um lado, pelo endurecimento das penas, seja com o aumento das já existentes, seja com a criação de novos tipos delitivos, e, de

11. D'AMBROSIO, Loris. *Testemoni e collaboratori di giustizia*. Padova: Cedam, 2002. p. 7-8.
12. Para ser mais preciso, de acordo com Loris D'Ambrosio, são quatro os "momentos" ou aspectos da disciplina: sancionatório ou material; processual; penitenciário; e tutório. Idem, p. 28-29.
13. Idem, p. 28.

outro, por benefícios de redução da pena para os colaboradores que cumpram os requisitos exigidos pela lei.

2.4 Terroristas arrependidos e as principais referências normativas

A introdução do chamado *direito premial* no ordenamento jurídico-penal italiano se deu através dos arts. 5 e 6 da Lei 497, de 14.10.1974. O art. 5 tratou de elevar a pena do crime de extorsão mediante sequestro, e o art. 6 estabeleceu uma atenuante para o participante do crime, pessoa essa que ajudasse a vítima a readquirir a liberdade, sem o pagamento do resgate. Nos anos seguintes, outras normas mais articuladas foram criadas para tratar dos delitos de terrorismo.

A primeira delas é o Dec.-lei 625, de 15.12.1979, convertido com modificações na Lei 15, de 06.02.1980, concernente a medidas urgentes para a tutela da ordem democrática e da segurança pública.[14] Tal diploma criou novas figuras delitivas, onde as penas são maiores justamente por apresentarem a finalidade de terrorismo, ou eversão da ordem democrática (art. 1).

Por outro lado, no art. 4, estabeleceu benefícios de delação premiada para estes delitos, ressalvado o disposto no art. 289 *bis* do Código Penal, nas discussões do concorrente que se separando dos outros, esforça-se para evitar que a atividade delituosa seja levada a consequências posteriores, ou ajude concretamente a autoridade policial e a judicial na busca de provas decisivas para a individualização, ou a captura dos concorrentes. A prisão perpétua é substituída pela reclusão de 12 a 20 anos, e as outras penas são diminuídas de um terço à metade.[15]

Verificada a contribuição dos colaboradores que pôde determinar a desordem de setores mais ou menos relevantes da organização, com consequentes remoções, se parcial, do perigo derivante da simples existência de grupos associados que se propõem a mudança violenta pode incidir sobre o conhecimento do fenômeno subversivo, revelando táticas e estratégias, métodos operativos e elaborações ideológicas[16] e, ainda, a observação de alguns resultados positivos produzidos, o legislador optou por introduzir nova norma (Lei 304, de 28.05.1982) basicamente para aumentar o *quantum* das atenuantes estabelecidas pela lei anterior (art. 3) e beneficiar con-

14. Idem, p. 175.

15. Idem, ibidem.

16. BERNARDI. Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo, p. 3. Apud PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e proceso penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 29/1013.

dutas não somente de colaboração ativa, mas, também, de simples dissociação do grupo criminoso (art. 2), ou seja, condutas baseadas na admissão dos fatos cometidos e declaração do afastamento da violência como forma de luta política.[17]

Em 1987, surge a Lei 34, de 18 de fevereiro, dando nova definição à dissociação[18] e ordenando a edição de normas que busquem ao máximo a recuperação de jovens que tenham abandonado a luta política violenta.

2.5 Os colaboradores pelo crime de máfia e as principais referências normativas

É em 1982, com a aprovação da chamada Lei "*Rognoni-La Torre*" que se inseriu o crime de associação mafiosa no art. 416-bis, do Código Penal italiano,[19] dando outra conotação aos rumos da história da máfia. Com a nova Lei em mãos, com os depoimentos de mafiosos, principalmente Tommaso Buscetta,[20] e com a experiência do magistrado Giovanni Falcone, é instaurado, em 1986 o chamado "maxiprocesso", que, pela primeira vez, culminou na condenação da maioria dos réus, entre eles alguns *capimafia* (chefes mafiosos).

Nos debates para a extensão da delação premiada para fatos associados à máfia, "era forte o temor de que tais colaborações terminassem por ser funcional mais à resolução dos conflitos existentes no interior das organizações de tipo mafiosas que às exigências do Estado de romper os vínculos de silêncio e desagregar tais organizações, enfraquecendo, também, a credibilidade ou a força de intimidação".[21] No entanto, o resultado de alguns processos, entre eles o "maxiprocesso" e a repetição de gravíssimos fatos sangrentos começam a fazer com que políticos acreditem que uma normatividade premial possa trazer benefícios, também, na luta contra o fenômeno mafioso.

---

17. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 175.

18. Para aprofundar a matéria veja LAUDI, Maurizio. La dissociazione dalla lotta armata: l'approdo legislativo per una complessa realtà. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 31.

19. MONTANARO, Giovanna. Il contesto storico-sociale. In: MONTANARO, Giovanna; SILVESTRI, Francesco. *Dalla máfia allo stato (I pentiti: analisi e storie)*. 4. ed. Torino: EGA, 2008. p. 70

20. Salvatore Lupo adverte que Buscetta e sócios não são – como se afirma – os primeiros a falar, a romper a férrea muralha da *omertà*, pois os mafiosos falam sempre com a polícia, dirigem esta contra seus adversários por meio de carta anônima, de conversa confidencial... A novidade é que agora eles falam no Tribunal. Op. cit., p. 390-391.

21. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 15.

O primeiro passo de superação dessa forte hostilidade deu-se através da introdução de causas atenuantes para colaboradores relacionados ao delito de tráfico de entorpecentes (DPR 309, de 09.10.1990).[22] A primeira delas encontra-se no parágrafo 7, do art. 73 e diz respeito ao delito de produção e tráfico ilícito de substância entorpecente. A outra, prevista no parágrafo 7 do art. 74, é ligada ao crime de associação para tráfico ilícito de substância entorpecente.

Entretanto, a reviravolta decisiva para a aceitação da extensão dos benefícios, também para os mafiosos, foi ocasionada no ano seguinte, com o assassinato do juiz Rosário Livatino e a pressão, por parte dos magistrados da Sicília, que exigiam uma estratégia mais eficiente no combate a tais grupos criminosos. Foi, então, promulgado o Dec.-lei 8, de 15.01.1991, convertido com modificação na Lei 82, de 15 de março, concernente à disciplina de proteção dos colaboradores e testemunhas nos processos. Pouco tempo depois, por solicitação e contribuição de Falcone, o Dec.-lei 152, de 13.03.1991, convertido, com modificação, na Lei 203, de 12 de julho do mesmo ano, estabeleceu, entre outras providências, uma causa de aumento da pena para quem facilita a associação de tipo mafioso, ou vale-se da condição intimidativa dela (art. 7). Por outro lado, trouxe benefícios substanciais para os mafiosos colaboradores (art. 8).[23]

2.6 O "momento" processual

É verdade que, abstratamente, os *pentiti* podem ser considerados "testemunhas". No entanto, por falar a respeito de fatos nos quais também estão envolvidos, tornam-se "testemunhas suspeitas". Tal fato faz com que o Código de Processo Penal tenha uma disciplina mais rigorosa para estes colaboradores do que a prevista para os testemunhos normais.[24] Nesse sentido, o Código exige que as declarações tenham uma valoração prudente e estabelece que só podem valer como prova, se houver outros elementos que confirmem sua autenticidade (art. 192, parágrafos 3 e 4, do CPP).

Para regulamentar e complementar os citados dispositivos, a corte de cassação[25] estabeleceu para a valoração das declarações um percurso lógico e argumentativo baseado em três fases: (a) em primeiro lugar, deve-se verificar a

22. Para aprofundar a matéria veja RIVA, Carlo Ruga. Op. cit., p. 349 e ss.

23. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 180.

24. Idem, p. 39. Este autor cita como exemplo o fato de que o delator pode ter interesse em reconstruir os fatos da maneira que melhor lhe beneficie.

25. Ver, entre outros, Sez. IV – 23.06.2000, n. 11626. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 45/735 e ss.

credibilidade do declarante através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; (b) posteriormente, analisa-se a *confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração,* auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; (c) por último, valora-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a *confiabilidade extrínseca ou específica da declaração.*[26]

2.7 O "momento" tutório

Nos debates para a extensão das normas de direito premial para o crime de máfia, Giovanni Falcone já deixava clara a necessidade de tratamento penitenciário diferenciado e, também, de um sistema de proteção tanto para o colaborador como para sua família. Como logo se vê acima, a proteção dos colaboradores foi instituída pelo Dec.-lei 8, de 15.01.1991, convertido com modificação na Lei 82, de 15 de março, sofrendo, posteriormente, algumas pequenas modificações. Como principais referências da Lei pode-se citar:[27]

(a) prevê para colaboradores em perigo, sua família e até amigos próximos, medida de tutela ordinária ou, em caso de inadequação, especiais medidas de proteção e assistência;

(b) a troca de documentos e a mudança para lugares protegidos são algumas medidas que podem ser adotadas;

(c) o colaborador protegido fica obrigado a observar as normas de segurança prescritas, a colaborar na execução de programas, e a não emitir declarações a terceiros.

2.8 O "momento" penitenciário

Assim como no direito substancial, a normatividade premial do direito penitenciário (combinação dos arts. 4-*bis* e 58-*ter* da Lei 354/1975, introduzidos pelo Dec.-lei 152/1991 e modificados pela Lei 306/1992)[28] também é baseada num duplo binário de acordo com as seguintes diretrizes: por um lado, para os

26. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 42-43.

27. Para aprofundar a matéria veja FUMO, Maurizio. *Jus et furi dicitur* – la tutela e l'assistenza dei collaboratori di giustizia: segreti, reticenze e furbizie di un legislatore disaccorto (ma non troppo). *L'Indice Penale* 4.

28. Para aprofundar a matéria veja SAMMARCO, Angelo Alessandro. La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria: il procedimento di sorveglianza ex art. 4, 4-bis e 58-ter L. 26 1975, n. 354. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 37.

irredutíveis, drástica restrição da possibilidade de obter benefícios penitenciários diversos da liberação antecipada e, ainda, a proibição de dispor de medidas cautelares diversas da custódia em cárcere; e de outro, para os colaboradores, a facilidade para a obtenção dos benefícios e a possibilidade de obter custódia em locais diferenciados, revogação da custódia, ou sua substituição para uma medida cautelar menos gravosa.

2.9 As grandes reformas de 2001

Visando reformar alguns aspectos críticos e distorções que a práxis demonstrava na aplicação das normas referentes aos colaboradores da justiça e, ainda, para se adequar ao princípio do "justo processo" (art. 111 da Constituição), em 2001, através da Lei 63, de 1 de março e da Lei 45, de 13 de fevereiro, várias reformas foram realizadas em todos os âmbitos da normatividade premial.

2.9.1 No âmbito do direito premial material

Como esclarece Loris D'Ambrosio,[29] a originária disciplina sobre os colaboradores da justiça necessitava de instrumentos ou critérios específicos para uma adequada avaliação da "genuinidade" das declarações acusatórias aos poucos adquiridas. Esses novos instrumentos ou critérios a serem analisados no próximo item, acabaram por criar, mesmo que de maneira implícita e reflexa, novos pressupostos que devem ser observados para a concessão da atenuante.

2.9.2 No âmbito do direito premial processual

Talvez o mais importante instrumento[30] que as modificações trouxeram para garantir a transparência na gestão dos colaboradores chama-se *verbale illustrativo* (art. 16-*quater* do Dec.-lei 8/1991, introduzido pela Lei 45/2001). Tal fenômeno, objeto também de ataques instrumentais ao sistema dos *pentiti* (colaboradores da justiça) é, em certos casos, derivado de uma atitude de desconfiança do colaborador que, descontente com o sistema da proteção própria ou dos familiares, se mostrava relutante em confirmar nos debates, declarações

29. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 118.

30. Entre as outras providências que devem ser tomadas para garantir a veracidade das colaborações destacam-se o acesso a novos benefícios – econômicos, assistenciais e protetórios – para quem se mostra interessado em colaborar com a justiça e ainda a individualização dos bens do *pentiti*.

anteriormente feitas ou a manifestá-las de novo, talvez com implicações de natureza política.

Justamente para impedir esta "progressão acusatória" e fixar os exatos termos e âmbito em que a declaração poderá ser utilizada, o legislador impôs tempo (prazo de finalização de 180 dias, a partir do momento que o sujeito manifesta a vontade de colaborar), forma e modo (resumo verbal e documentação integral mediante registro fonográfico ou audiovisual) de redação para a preparação do chamado *verbale illustrativo*, lembrando que, além desses mandamentos, fica proibida qualquer forma de contato entre quem está prestando as declarações e outros colaboradores. A inobservância das regras acarreta a inutilidade processual do documento. Outra importante questão é a omissão ou falsidade contida no *verbale illustrativo*, que determina ou pode determinar a revogação da medida de proteção, dos benefícios penitenciários e, ainda, a revisão do processo que concedeu ao colaborador a diminuição de pena.[31]

Ainda, na busca de assegurar a transparência na gestão do colaborador, a Lei 45/2001 (através dos arts. 15 e 16 que inseriram o parágrafo 5, do art. 105 e o parágrafo 4-*bis*, do art. 106 do CPP, respectivamente) proibiu que mais de um colaborador da justiça que acuse a mesma pessoa, disponha de um defensor comum. Não há dúvida da limitação do direito de escolha do defensor. No entanto, a restrição é justificada no sentido de que busca impedir acusações manipuladas contra uma mesma pessoa.[32]

Outro ponto alvo das reformas, dessa vez através da Lei 63/2001,[33] diz respeito àqueles casos em que o colaborador se recusa a prestar, ou confirmar em juízo as declarações anteriormente prestadas, violando o princípio do justo processo.

A nova disciplina busca balancear três exigências opostas – assegurar o contraditório na formação da prova; tutelar o direito de defesa do colaborador e impedir a total dispersão dos meios de prova adquiridos durante as investigações preliminares. Para tanto, o legislador atuou em três frentes: (a) restrição do direito ao silêncio do imputado-colaborador; (b) utilização somente indireta da declaração prestada antes do debate; e (c) motivadas exceções ao princípio do contraditório. Quanto ao direito ao silêncio, o colaborador pode não repetir no debate as declarações anteriormente prestadas no que se refere aos

31. Para aprofundar a matéria veja D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 125-139 e Sez. II – 21.11.2002, n. 42851. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 47/1263 e ss.

32. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 122-124.

33. A Lei modificou e introduziu vários aspectos em vários artigos do CPP.

crimes pelos quais também lhe são imputados; em todos os outros casos, fica obrigado a responder todas as perguntas sobre a responsabilidade de outros, fato que o faz assumir a veste e os deveres de testemunha.

Quanto à utilização das declarações, quatro questões devem ser abordadas: a primeira diz respeito aos casos em que o colaborador presta em juízo declarações diversas das que constam no *verbale ilustrativo*, fato que afeta a sua credibilidade como testemunha. A segunda refere-se aos casos em que as precedentes declarações não são confirmadas em juízo, o que leva à sua utilização limitada. A terceira está relacionada à proibição absoluta de utilizar as precedentes declarações quando o colaborador refuta voluntariamente o contraditório. A quarta e última, pelo contrário, consiste na possibilidade de utilizar as precedentes declarações, quando a subtração ao contraditório não ocorre voluntariamente, seja por fatos naturais (morte do colaborador) ou do homem (ameaça, violência, suborno).[34]

2.9.3 No âmbito do sistema de proteção

Não é objetivo deste trabalho elucidar o exato funcionamento do sistema de proteção italiano. O que é necessário demonstrar são apenas alguns pontos, antes considerados falhos, que foram modificados pela Lei 45/2001. O primeiro diz respeito à dificuldade de os órgãos responsáveis verificarem os requisitos de admissão, manutenção ou exclusão de colaboradores devido ao crescente aumento de pedidos de proteção. Para tanto foi inserido o princípio da gradualidade dos modelos de proteção (arts. 9 e 13 do Dec.-lei 8/1991).

A reforma busca, também, uma seleção mais qualitativa dos colaboradores e, para tanto, estabelece que as especiais medidas de proteção ficam limitadas àqueles que tenham prestado informações de notável importância (art. 9, parágrafo 3, do Dec.-lei 8/1991). A própria lei estabelece que informações com "caráter de novidade ou de completude ou por outros elementos" podem cumprir o referido requisito.[35]

Outra importante novidade, pois há tempos pedida pela doutrina, foi a distinção (e independência) entre o momento tutório (medidas de proteção concedidas pela Administração) e os momentos premiais (atenuantes da pena e benefícios penitenciários concedidos pelo juiz). Mas o perigo consiste no fato de que somente o colaborador preso submetido ao programa de proteção pode gozar antecipadamente dos benefícios penitenciários (se condenado) e de um

34. Para aprofundar a matéria veja, D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 46-54.

35. Idem, p. 180.

tratamento cautelar de favor (se ainda acusado ou condenado com a sentença não definitiva).[36]

2.9.4 No âmbito do direito premial penitenciário

Antes das modificações que inseriram o *verbale illustrativo* no centro do novo sistema premial, fortes eram as críticas a respeito do (ab)uso de certos institutos penitenciários por parte do Estado: (a) utilização de regime de rigor diferenciado, que exercitava pressão sobre o detido, guiando suas declarações; (b) concessão antecipada de benefícios penitenciários, e revogação da custódia cautelar no cárcere, o que afetava diretamente a veracidade das declarações; (c) a fruição antecipada de benefícios penitenciários por quem não fazia jus, criava problemas no gerenciamento do sistema de proteção, já que existia uma conexão entre os dois momentos.[37]

O tema de regimes de rigor diferenciado está ligado ao instituto das entrevistas investigativas (art. 18-*bis* da Lei 354/1975) que possibilita a aplicação de regime penitenciário de rigor aos detidos para, sob pressão e a fim de obter benefícios, colaborarem. A nova disciplina buscou impedir seu uso distorcido ao agir em dois pontos:

a) as entrevistas investigativas são vetadas, se o detido manifesta a vontade de colaborar e está prestando declarações;

b) no caso de detido já submetido às entrevistas investigativas e que se dispõe a colaborar, torna-se obrigatória à inserção desse dado no *verbale ilustrativo*.[38]

A necessidade de evitar a imediata supressão do cárcere levou o legislador a prever que os colaboradores só teriam acesso a benefícios penitenciários, depois de cumprido um determinado período da pena. A mesma lógica vale para a custódia cautelar da liberdade, que não pode mais ser revogada ou substituída por outra medida menos grave, somente por causa da colaboração. Agora, a revogação ou modificação pode ser concedida, quando o juiz verifica que não subsiste atual ligação entre o colaborador e a criminalidade mafiosa ou terrorista e este se sujeita a medidas especiais de proteção (art. 16-*octies* do Dec.-lei 8/1991).

---

36. Idem, p. 159.
37. Idem, p. 142. Afirma ainda o autor que a distinção do momento tutório do momento premial representa um dos critérios inspiratórios da nova disciplina sobre colaboradores da justiça.
38. Idem, p. 151-152.

Em linhas gerais, estas são as principais referências que devem ser destacadas da legislação italiana quanto ao tema em apreço.

3. O MODELO BRASILEIRO

Conforme já ressaltado inicialmente, deve ser advertido também que a introdução do instituto da delação premiada no Brasil não guarda muita afinidade com a legislação italiana, quer pelos motivos já anotados anteriormente quer, precipuamente, pelas formas distintas adotadas para a introdução da delação premiada no ordenamento jurídico, em especial quanto a uma realidade legislativa e político criminal diversa, bem como quanto aos problemas enfrentados em face de ações terroristas ou outros fenômenos ligados a organizações criminosas[39] (máfia, por exemplo), cuja relação com a expansão do chamado direito premial (como uma nova estratégia de controle social) possui indiscutível nexo, mas não encontra espelho em nossa cultura ou mesmo com o fenômeno criminal em nosso país.[40]

3.1 O contexto da evolução legislativa

A questão da análise das diversas legislações que preveem a delação premiada no Brasil, em especial sua cronologia, permitem demonstrar não só o cenário local para a introdução do beneplácito em nosso ordenamento jurídico, e a motivação (pretensa) político criminal em sua gênese, aliado ao momento histórico do país, pois este panorama é decisivo para, como já salientado, demonstrar que não há compatibilidade entre o modelo italiano e o brasileiro, posto que há diferenças insuperáveis.

---

39. Em 20.12.1996 o Conselho da União Europeia votou uma resolução, que visava a uma estreita colaboração dos Estados membros na luta contra a criminalidade organizada e, com particular atenção ao enfraquecimento das associações criminosas pelo emprego da figura do colaborador. MEHRENS, Stephens. La disciplina tedesca sui collaboratori di giustizia per i reati commessi in forma organizzata (art. 5.1 sui collaboratori di giustizia). In: MILITELLO, Vicenzo et al. *Il crimine organizzato como fenômeno transnazionale*. Freiburg: Giuffrè, 2000. p. 344.

40. Registre-se, por oportuno, que não se desconhece o problema global inerente ao fenômeno do terrorismo, cujas fronteiras não alcançam limites. Entretanto, até a presente data, não há registro no Brasil de atentados semelhantes aos já sofridos por outros países (o que não isenta nosso país de passar por semelhante situação). De outro modo, os problemas enfrentados quanto às organizações criminosas em nosso país são de outra monta, não sendo possível uma equiparação comparativa pura e simplesmente com o que ocorre na Itália.

A história legislativa penal no Brasil permite a conclusão de que a previsão legal da delação premiada remonta às Ordenações Filipinas (11.01.1603, que é o início da vigência até 16.12.1830, com a sanção do Código Criminal do Império), onde já havia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação de conspiração ou conjuração e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de exculpação.[41]

Porém, por se tratar de um trabalho comparativo, certo é que, para o tema em apreço, o enfoque quanto à introdução da delação premiada no ordenamento jurídico penal brasileiro tem como marco inicial a promulgação da Lei 8.072/1990, de acordo com a previsão pela Constituição Federal, de 1988, da criação da Lei dos Crimes Hediondos. Essa opção tem como base o fato de ter o instituto estreita relação com a criminalidade contemporânea, em especial, com o que se pretende classificar como a prática de crimes em larga escala (o que motivou o legislador italiano).[42]

3.2 A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990)

Atendendo a previsão constitucional, de acordo com o inc. XLIII do art. 5.º da CF/1988[43] que reconhecia a categoria dos crimes hediondos, cujo componente político criminal de seu suporte constitucional fora o Movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*),[44] foram rotulados oito delitos como delitos hediondos por força da Lei 8.072/1990, sendo que sete estavam incluídos no

41. PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. 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. 643.

42. O crime em larga escala não é um fenômeno recente e alguns autores chegam a afirmar que a categoria do crime organizado, conceito ainda polêmico, mas que se deseja criar, é um fenômeno do século XX, e que pouco vale a tentativa de descobrir precedentes históricos. BITTAR, Walter Barbosa. A política oficial de combate à lavagem de dinheiro no Brasil. In: *A criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 229-230.

43. "A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

44. SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 81. Por outro lado, uma simples leitura das razões que acompanhavam o PL 3.734/1989, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, deixa isso bem evidente.

Código Penal e um (o genocídio), em lei extravagante.[45] Parece cristalino que as figuras criminosas não foram reunidas aleatoriamente, havendo, entre elas, "uma indisfarçável simetria. A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos, de acordo com a aferição do legislador constituinte, representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados de tutela penal. Mas, além disso, era detectável nas condutas incriminadas uma flagrante equivalência sob o ângulo da danosidade social".[46]

Um dos fatores alegados para a adoção dos discursos de Lei e Ordem alegado seria técnico, no sentido de que alguns juristas consideravam que as últimas reformas penais tornariam o tratamento dado à criminalidade extremamente brando, exigindo medidas repressivas mais contundentes. O outro era social, devido ao sentimento de insegurança geral ocasionado pelos meios de comunicação sensacionalistas e a dramatização da violência para fins políticos. Ao lado disso deve-se reconhecer o aumento da criminalidade violenta nas décadas de 70 e 80 do século passado.[47]

Assustador é observar que desde a promulgação da Constituição Federal, em outubro de 1988, até meados de maio de 1990 pouco ou quase nada foi discutido no Congresso Nacional sobre a matéria. Todavia, em pouco mais de dois meses restou aprovada pelo legislativo uma lei de tamanha importância.[48] Mesmo com alguns projetos de lei já tramitando na Câmara Federal, essa

45. Idem, p. 106.

46. Idem, p. 81.

47. De acordo com Alberto Silva Franco alguns dos fenômenos são: "a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a segmentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (sequestro de pessoas abandonadas e de alto extrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc.); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda, como à extrema direita, do espectro ideológico; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo à mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc.) que atormenta o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, onipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o da criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência e para seu uso político". Op. cit., p. 84-85.

48. No dia 17.05.1990 o PL 50/1990 foi apresentado ao Senado Federal e pelo Senador Odacir Soares. Com três emendas do relator ao projeto, sua redação final foi aprova-

rapidez,[49] na aprovação da Lei dos Crimes Hediondos, deve ser entendida à luz dos aspectos sociais vividos naquele momento. A forte pressão da mídia, devido a notícias de extorsões mediante sequestro de pessoas consideradas importantes no cenário nacional, exigia uma resposta do setor público. E como sempre veio da forma mais fácil, pela promulgação de uma lei penal.

Foi nesse contexto que a Lei 8.072/1990 introduziu em nosso ordenamento jurídico pátrio a premiação ao participante delator que emprestasse sua colaboração. Introduziu no art. 159 do CP, um parágrafo (§ 4.º), no qual estabelecia uma causa de redução de pena em favor do coautor ou partícipe de extorsão mediante sequestro, praticada em quadrilha ou bando que, fornecesse à autoridade dados que ajudassem – de qualquer forma[50] – na liberdade das vítimas de sequestro.

---

da no Senado no dia 20.06.1990. Nesta mesma data foi encaminhado à Câmara dos Deputados onde já tramitavam alguns projetos de lei sobre o mesmo tema, sendo o principal deles o PL 3.734/1989 já mencionado. Feito o substitutivo e aprovado na Câmara dos Deputados fora enviado novamente ao Senado para que no dia 10 de julho fosse para votação no plenário, quando foi aprovado e enviado à sanção presidencial. No dia 25 de julho torna-se a Lei 8.072/1990. MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6-8.

49. Alguns congressistas mostraram-se preocupados em aprovar um projeto sem o menor debate. Eis as palavras de alguns deles: "Sr. presidente, parece-me que seria melhor se tivéssemos possibilidades de ler o substitutivo. Estamos votando uma proposição da qual tomo conhecimento através de uma leitura dinâmica. Estou sendo consciente. Pelo menos gostaria de tomar conhecimento da matéria. (...) quero que me deem, pelo menos, uma avulso, para que possa saber o que vamos votar". Deputado Érico Pegoraro (PFL) (...) "(...) eu gostaria apenas, em nome do PSDB e principalmente em meu nome, de declarar que mais uma vez, infelizmente, estaremos votando aqui, neste instante, matéria de maior importância sem termos tido oportunidade de um exame completo de seus efeitos (...) Agora, posteriormente, com mais tempo, quando retornarmos aos trabalhos normais, em agosto, entendo que o Senado deveria reexaminar essa matéria, para ver se deveríamos fazer ou não alguma modificação dessa legislação." Senador Jutahy Magalhães (PSDB). FIGUEIREDO, Isabel; PAULA, Liana de; KNIPPEL, Edson Luz. A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal. *Revista Ultima Ratio* 1/5-6.

50. Neste sentido são as seguintes decisões: "Extorsão mediante sequestro. Causa especial de diminuição da pena. Delação. A regra do § 4.º do art. 159 do CP, acrescentada pela Lei 8.072/1990, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a libertação do sequestrado" (STF, HC 69.328-8, *DJU* 05.06.1992, p. 8.430 e *JSTF* 168/322); "A delação premiada prevista no art. 159, § 4.º, do CP é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente

Demonstrando que a ideia de restrição ao uso do beneplácito não era a vontade do legislador desde o início, o que restou devidamente constatado pelas leis posteriores, que permitiram sob diversas formas, a introdução da delação premiada em outras áreas do direito penal comum,[51] os requisitos para a concessão da delação foram ampliados, por força da promulgação da Lei 9.269/1996, que deu nova redação ao dispositivo legal (art. 159, § 4.°, do CP),[52] que permitiu o reconhecimento do instituto "em face do mero concurso de pessoas, no caso em que um dos concorrentes – seja coautor ou partícipe – denunciasse a ocorrência típica e, desse modo, facilitasse a libertação do ofendido. Com o diploma legal já mencionado, não seria necessário, para a concessão do prêmio, que o tipo do art. 288 do CP fosse chamado à colação sendo suficiente o mero concurso de agentes, ou seja, que pelo menos duas pessoas tenham empreendido a ação delitiva e uma delas tenha comunicado o fato criminoso à autoridade, permitindo que o sequestrado ganhasse a liberdade".[53]

Embora desprovido dos elementos necessários para a determinação de seu alcance e âmbito de aplicação, restou a cargo da doutrina e da jurisprudência a interpretação dos requisitos necessários para a obtenção do novo beneplácito eis que, por ser norma que beneficiou de forma significativa o agente (possibilidade de redução de até dois terços da pena), teve acolhida logo com a sua promulgação. Isso porque, conforme a lição de Cezar Roberto Bitencourt "toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal".[54]

---

foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima" (*RT* 819/553); "Na extorsão mediante sequestro, a teor do § 4.° do art. 159 do CP, merece ser premiada, com a atenuação da pena, a delação feita pelo agente cuja colaboração eficaz garante, de certa forma, o êxito da ação final do estouro do cativeiro, com um mínimo de vítimas" (*RJTACrim* 66/85).

51. SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 352.

52. "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

53. SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 354. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3, p. 124.

54. Op. cit., p. 163.

Mas não era apenas o art. 7.º da Lei 8.072/1990 que inaugurava no ordenamento jurídico pátrio a causa de diminuição de pena pela delação. Assim sendo, a redação do parágrafo único do art. 8.º[55] do mesmo diploma repressivo estabelecia dois pressupostos básicos para a caracterização da delação, nos casos em que o caso concreto não se amolde à hipótese do § 4.º do art. 159 do CP, nos casos em que exista uma denúncia que possibilite o desmantelamento do bando ou quadrilha.

Importa destacar que, nessa primeira norma introduzida no país, prevendo a delação premiada, o legislador fez a opção por um rol taxativo das hipóteses contempladas com a possibilidade de diminuição da reprimenda o que, posteriormente, conforme se analisará, foi excessivamente ampliado com a previsão da delação premiada em outras leis. Mas certo é que, à época, restou bastante clara a característica de excepcionalidade da concessão do beneplácito.

De qualquer forma a aplicação do benefício, além de restar limitada aos casos mencionados na lei (crimes hediondos, tortura ou terrorismo), dependeria ainda do grau de conhecimento do delator sobre as atividades da quadrilha, pois, caso um participante de quadrilha ou bando que cometesse algum crime hediondo não tivesse informações que pudessem levar ao desmantelamento, obviamente não poderia ser alcançado pelo benefício legal da redução da pena, o que, atualmente, resta sufragado, pois leis posteriores ampliaram as possibilidades de concessão dos prêmios legais pela delação.

Deve ser destacado que, embora o legislador – em consequência da promulgação de leis posteriores e que também tratavam do beneplácito – não tenha sido explícito, quanto à revogação das hipóteses de delação premiada previstas nas Leis 8.072/1990 (parágrafo único do art. 8.º) e 9.269/1996 (§ 4.º do art. 159 do CP), a amplitude concedida ao instituto por força da Lei 9.807/1999, segundo Alberto Silva Franco, teria revogado a Lei 9.269/1996, ao não estruturar novos tipos incriminadores sobre determinada matéria de proibição ou reformular tipos preexistentes, tendo apenas o duplo objetivo de estabelecer normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, aliadas ao fato de que o texto dos arts. 13 e 14 desta lei ter criado as hipóteses de perdão judicial e de causa redutora de pena, com ampla abrangência e sem nenhuma vincu-

55. "Art. 8.º Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

lação a determinados tipos legais, também não houve manifestação explícita sobre a hipótese de não contemplar a Lei 9.807/1999, a exclusão de sua incidência o § 4.º do art. 159 do CP e o parágrafo único do art. 8.º da Lei 8.072/1990 e, finalmente, por se tratar (no caso da Lei 9.807/1999) de norma penal mais benéfica, devendo retroagir, conforme determinação do art. 5.º, XL, da CF/1988.[56]

A previsão legal da delação premiada – nos moldes da Lei 8.072/1990 – teve pouca ou nenhuma relevância, pois em que pese a inegável introdução do benefício na legislação brasileira, mesmo com a inexistência de previsão legal sobre os requisitos para sua concessão, o que não impedia a sua aplicação, a questão é que nenhuma proteção foi oferecida ao delator[57] o que, obviamente, causava temor àquele que desejasse delatar seus comparsas, minimizando a possibilidade de sua aplicação ao caso concreto.

Por fim, deve ser sublinhado que a inexistência de normas procedimentais, aliadas ao fato de que a introdução do beneplácito se deu no próprio Código Penal, como causa de diminuição de pena, deixa claro que no Brasil a norma é de direito material, até porque, até hoje, conforme se verá com a análise das legislações posteriores, inexiste qualquer preocupação com as questões processuais inerentes a formalidade da aplicação dos benefícios, ao contrário da Itália onde há inúmeras normas processuais.

3.3 A Lei 9.034/1995 (utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas)

Cinco anos após sua introdução no Brasil a delação premiada volta a aparecer (promulgação: 03.05.1995), agora em uma legislação com pretensões bem claras, em que pese a má técnica de sua redação. Conceituada, talvez de forma irônica, como a lei brasileira de "combate" ao crime organizado[58] essa legislação, dentre outras críticas que vem sofrendo, foi omissa ao não ter explicitado o conceito autônomo de criminalidade organizada ou mesmo de organização criminosa, muito embora seja necessário destacar que contém inúmeras referências às *organizações criminosas*, o que terminou por produ-

56. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 354.

57. Neste sentido: Gomes, Luiz Flávio; Cervini, Raul. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 132.

58. Utilizou-se da expressão combate com aspas (e daí a ideia de uma possível ironia), baseado em capítulo da obra de GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. Op. cit., p. 67.

zir reflexos na jurisprudência pátria,[59] passando a utilizar genericamente, inclusive o termo "crime organizado", com o intuito de demonstrar a gravidade do fato em julgamento, mesmo ante a falta de expressa definição legal a respeito. Mas a inexistência de uma definição legal deixou ao intérprete esta tarefa.[60]

De qualquer forma essa lei pretendeu dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, deixando prescrito em seu art. 1.º que "esta Lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo".

Não obstante todas essas considerações é possível afirmar que o legislador buscou criar uma lei voltada para uma nova modalidade delitiva: a organização criminosa. Importa ainda destacar que a Lei 9.034/1995 foi elaborada como uma tentativa de enfrentar o chamado crime organizado, ou o que se pretendeu compreender como criminalidade sofisticada, mas não a quadrilha ou bando, que normalmente é compreendida como um conceito de criminalidade massificada, em especial seus meios de investigação e probatórios, que foram elaborados com base nessa perspectiva, pois a lei é clara ao adotar a terminologia *organizações criminosas*, o que serve para fazer a distinção com a previsão do tipo do art. 288 do CP.

Mas fato é que o legislador criou um problema enorme para a interpretação e aplicação do texto legal, em especial quanto à inexistência de um conceito seguro, mesmo doutrinário, tanto de crime organizado, como de organização criminosa, conquanto inúmeros esforços estejam sendo empreendidos neste sentido em todo o mundo.[61]

Mesmo com tamanha dificuldade, e a consequente insegurança jurídica sobre o que é de fato uma organização criminosa, aliado a inexistência de tipo correspondente na lei penal, o legislador pátrio, por meio do art. 6.º da lei em

59. Por exemplo: STJ, HC 1996/0008316-9, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* 17.06.1996, p. 21.498; TRF-4.ª Reg., HC 3984/PR, 8.ª T., rel. Helcio Pinheiro de Castro, *DJU* 18.06.2003, p. 759.

60. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. Op. cit., p. 67.

61. Em particular no seio das Nações Unidas, o Conselho da Europa e a União Europeia que cunharam conceitos político-criminais de organização criminosa. Para aprofundar: PAZ, Isabel Sánchez Garcia de. *La criminalidad organizada*. Madrid: Dykinson/ Ministério del Interior, 2005. p. 31-35.

comento acrescentou nova possibilidade de delação premiada na hipótese de crimes praticados em organização criminosa, permitindo significativa redução de pena.[62]

Uma particularidade desta norma é a de não obrigar o delator, para obter o beneplácito, a identificar os demais participantes apontando, individualizando ou de outra forma possível identificando as pessoas que de qualquer forma participaram do(s) crime(s), pois a lei é expressa quanto à exigência do esclarecimento sobre autoria, o que implica em restrição ao real objetivo do dispositivo, pois, embora o art. 29 do CP não faça distinção expressa entre partícipe e coautor, a doutrina e a jurisprudência pátria são tranquilas no reconhecimento da diferença conceitual.

Outrossim, é evidente que a não revelação de todos os agentes envolvidos na prática criminosa influenciará o julgador, no momento de mensurar a diminuição da pena, mas não será um obstáculo para o reconhecimento da aplicação do beneplácito da delação premiada.

Em seu âmbito de aplicação importa destacar quais são os agentes que poderão pleitear a redução da pena nos termos da presente legislação. Nesse sentido, a aplicação do benefício restou bastante ampla, bastando que qualquer agente que, de alguma forma, tenha contribuído com uma organização criminosa possa ser agraciado com a delação, desde que preencha os pressupostos e requisitos já mencionados para tanto.[63]

3.4 Lei 9.080/1995

Em 19.07.1995, ou seja, apenas 61 dias após a aprovação da Lei 9.034/1995, e deixando claro que o caráter de excepcionalidade da delação premiada deixava de existir, bem antes da promulgação da Lei 9.807/1999, pois a banalização de sua previsão já começava a ficar bastante clara, foi promulgada a Lei 9.080/1995, cujo conteúdo, limitava-se tão somente a ampliar a possibilidade de concessão do beneplácito, por meio do acréscimo de um parágrafo ao art. 25 da Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional, mais conhecida com Lei do Colarinho Branco) e outro parágrafo ao art. 16 da Lei

62. "Art. 6.º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria."

63. Veja que a lei fala "crimes praticados em organização criminosa", quando o mais correto seria *crimes praticados por organização criminosa.*

8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).[64]

Buscando limitar as hipóteses de delação premiada aos artigos previstos nas respectivas leis, mas, na verdade, dilatando o âmbito de aplicação – e diminuindo os requisitos exigidos para a delação – o legislador valeu-se de normas com redação idêntica, agora deixando claro o alcance não só quanto ao crime de quadrilha (apesar de que a Lei 9.034/1995, deixasse dúvidas quanto às hipóteses de aplicação do beneplácito ao crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do CP, com a promulgação da lei em comento tal dúvida não tinha mais razão para existir), mas também quanto às hipóteses de coautoria e participação,[65] fazendo referência expressa à espontaneidade da confissão, deixando claro que o instituto se banalizava de vez na legislação brasileira.

Se, nas leis anteriores, o legislador deixava claro que a utilização do beneplácito só teria cabimento quando pertinente a prática de crimes graves, ao optar por introduzir mais normas sobre delação premiada na legislação, sem fazer qualquer distinção quanto à gravidade do delito, a opção político-criminal de banalização e ampliação de concessões aos investigados e acusados em geral, restou pacificada no ordenamento jurídico pátrio.

O que permite asseverar que este foi o momento em que a banalização do instituto da delação premiada, definitivamente, restou concretizada reside no fato de que a possibilidade de sua concessão, não mais era restrita apenas aos crimes de maior gravidade. Ela passou a alcançar a partir da promulgação da Lei 9.080/1995, também os crimes de menor potencial ofensivo, conclusão a que se chega, ao observar a expressa previsão de algumas penas cominadas na Lei 8.137/1990 (especificamente os arts. 2.°, 5.°, 6.° e 7.°) cujas penas previstas

64. "Art. 1.° Ao art. 25 da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo: 'Art. 25. (...) § 2.° Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)'. Art. 2.° Ao art. 16 da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único: 'Art. 16. (...) Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)'."

65. É interessante a referência específica ao partícipe. O art. 29 do CP não faz esta distinção (entre autor e partícipe), reforçando o entendimento de João Mestieri de que o legislador pátrio adotou, não a teoria monística ou unitária, mas sim "uma teoria unitária temperada". *Teoria elementar do direito criminal*. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990. p. 253.

são de detenção[66] e multa, e a pena máxima é de dois anos. Importa resgatar que a introdução da delação premiada alcançou todos os crimes previstos na Lei 8.137/1990 e 7.492/1986, não fazendo – nenhuma – restrição à pena máxima ou mínima cominada, sendo norma que, de qualquer forma, beneficia o agente e tem sua aplicação imediata.[67]

Diante desse quadro, evidenciava-se – de forma ainda mais contundente – a banalização da delação premiada no Brasil, não só em face das penas cominadas nas normas incriminadoras descritas na Lei 8.137/1990, bem como por restarem inseridas em uma modalidade criminosa (crimes fiscais) em que as funções preventivas geral e especial da pena foram, absolutamente, minimizadas, em face da política despenalizadora que envolve essa modalidade delitiva no Brasil.

3.5 Lei 9.269/1996

Atendendo aos clamores da época de sua promulgação, na esteira do clima psicológico e de pavor criados pelos meios de comunicação, aliado aos interesses de estratos sociais privilegiados, já atendidos anteriormente pela Lei 8.072/1990, o tipo de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do CP, recebeu alterações em sua redação original, introduzidas pelas Leis 9.269/1996 e 10.741/2003, que culminaram em sensível incremento sofrido pelo mínimo punitivo que lhe era atribuído, por ocasião do Código de 1940, elevando a pena privativa de liberdade, relativa ao tipo básico, de seis para oito anos, e ainda teve um acréscimo, em ritmo crescente, de quatro anos em relação a cada um dos dois primeiros parágrafos e de oito anos, no tocante ao terceiro parágrafo do art. 159 do CP.[68]

Também, seguindo o caminho já inaugurado pelo legislador, na elaboração da Lei 8.072/1990, a Lei 9.269/1996 procurou atenuar a responsabilidade

66. Nas hipóteses dos arts. 2.°, 5.°, 6.° e 7.°, da Lei 8.137/1990 são de detenção e/ou multa, respectivamente: art. 2.° de seis meses a dois anos e multa; no art. 5.° dois a cinco anos, ou multa; no art. 6.° um a quatro anos ou multa; no art. 7.° dois a cinco anos ou multa.

67. Veja-se, por todos, a lição de René Ariel Dotti: "O advento de uma lei nova poderá beneficiar o agente não apenas quando descriminaliza o fato anteriormente punível, mas quando institui uma regra de Direito Penal que: a) altera a composição do tipo de ilícito; b) modifica a natureza, a qualidade, a quantidade ou a forma de execução da pena; c) estabelece uma condição de punibilidade ou processabilidade; d) de qualquer outro modo é mais favorável". *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 266.

68. SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 348.

criminal do criminoso que, por meio da delação premiada, colaborar com a autoridade, fornecendo dados que facilitem a libertação do sequestrado.

O já significativo avanço quanto às hipóteses de concessão do beneplácito, sobre os crimes apenados apenas com detenção é reafirmado e ampliado na legislação pátria, alijando do debate a necessidade para a sua concessão, das hipóteses do art. 288 do CP, ou mesmo, dos polêmicos conceitos de organização criminosa e crime organizado, bastando, agora, o mero concurso de agentes, sendo suficiente que, pelo menos, duas pessoas estejam envolvidas no ilícito penal e que qualquer uma das duas tenha comunicado o fato à autoridade, fazendo com que o sequestrado obtenha a liberdade, decorrente da informação do delator.

Na verdade, a Lei em comento apenas ampliou as possibilidade da delação, ante a nova redação do § 4.º do art. 159 do CP, que trata da extorsão mediante sequestro, o que já foi objeto de análise, sendo as presentes considerações feitas apenas no intuito de demonstrar o conceito da evolução legislativa.

3.6 Lei 9.613/1998 (lavagem de dinheiro)

Seguindo a tendência da banalização quanto à delação premiada, mais uma vez o legislador optou pela previsão explícita quanto à possibilidade da concessão do beneplácito, outra vez em lei extravagante e, mais uma vez, sem dotar, minimamente, a legislação de normas procedimentais.

Contudo, desta feita, a ampliação dos benefícios para o delator foi bastante generosa. Com a promulgação da lei em comento, passou a ser possível ao magistrado não somente a simples redução de um a dois terços da pena aplicada, pois foram acrescentadas novas possibilidades de prêmios a serem oferecidos ao delator: o cumprimento da pena inicialmente em regime aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos e, até mesmo, a isenção total da responsabilidade criminal.

O § 5.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998, assim dispõe sobre a matéria: "A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime".

Quanto às novidades introduzidas por essa norma, insta destacar a posição de Luiz Flávio Gomes,[69] entendendo que, a rigor, não houve a previsão apenas

69. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 343-344.

da delação premiada, mas, também, da intitulada "confissão premiada". Isto porque Flávio Gomes entende que quando o sujeito admite sua responsabilidade e incrimina outras pessoas realmente se está diante de uma situação de delação premiada. Por outro lado, se os esclarecimentos versam, apenas sobre a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, seria uma hipótese de mera confissão, e somente, *a posteriori*, premiada.

Sem embargo, em ambos os casos elencados, a hipótese seria de delação premiada. A questão é que o legislador, quanto à concessão do beneplácito, deixou a opção ao delator, ao se valer da conjunção alternativa *ou* ("esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e sua autoria *ou* à localização dos bens, direitos ou valores"). Por outro lado, é requisito intrínseco da própria delação premiada, a confissão, esta que, isoladamente, é apenas uma atenuante genérica prevista no art. 65 do CP. Daí porque sublinhar que, tanto no caso da apuração das infrações penais e de sua autoria, quanto na localização dos bens, direitos ou valores, o requisito da confissão é indispensável e aliado aos demais requisitos legais exigidos pelo § 5.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 (colaboração espontânea). Portanto, não se trata de uma "confissão premiada", mas de verdadeira delação premiada.

Outros aspectos interessantes da nova previsão legal da delação devem ser destacados, em especial, quanto à melhor redação dessa norma, que foi clara ao estabelecer a possibilidade da concessão do prêmio ao autor, coautor ou partícipe, cuja distinção facilita a tarefa do intérprete, em especial, pelo respeito à técnica jurídica empregada.

Quanto aos requisitos para a concessão do favor legal, como houve ampliação do rol dos benefícios, importa observar quais seriam os requisitos imprescindíveis para a contemplação do delator.

Primeiramente, cumpre verificar a exigência de colaboração espontânea ("colaborar espontaneamente com as autoridades"). Quanto à colaboração, a questão não comporta maiores problemas. Eis que essa significa ajudar, de qualquer forma, a autoridade que esteja à frente do procedimento persecutório penal, ou de qualquer forma esteja participando deste (o delegado, o promotor ou o juiz), podendo ocorrer em qualquer fase da persecução (investigação ou processo penal).[70] Já, quanto à exigência de espontaneidade, outros fatores devem ser observados.

Sobre esse ponto importa questionar: devem a confissão e a colaboração ser espontâneas ou simplesmente voluntárias? O problema surge do fato de que o

70. Idem, p. 344.

legislador utilizou até a Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) os termos espontânea/espontaneamente, e a partir da Lei 9.807/1999 (de proteção a vítimas e testemunhas) o termo voluntariamente. De um lado tem-se a premissa de que a lei não contém palavras inúteis e de outro sabe-se da falta de rigor técnico dos legisladores pátrios.

Porém, para dirimir essa questão importa verificar que, no ato espontâneo, a ideia, a iniciativa de praticá-lo emana do próprio agente. Já, no ato voluntário, não se exige que a ideia de praticá-lo seja do próprio agente. Não parece que o objetivo do Estado com este instituto seja verificar a motivação do colaborador (até porque a decisão de colaborar pode advir de aconselhamentos do advogado e não da espontaneidade do delator), mas, sim, suas informações. O que se exige é que a colaboração não seja fruto de qualquer forma de ameaça e, portanto, voluntária.

As informações devem levar à comprovação da materialidade do(s) crime(s) *e* do(s) outro(s) participante(s) envolvido(s). Note-se que, com a utilização da conjunção aditiva *e*, para que esse requisito seja cumprido ambos os propósitos devem ser atingidos. A quantidade de crimes e de participantes delatados depende do conhecimento do colaborador.

Como requisito alternativo, os esclarecimentos também podem ser dirigidos para a localização dos produtos, objetos do crime de lavagem. Novamente, a questão do conhecimento do colaborador deve ser levado em conta, pois ele não pode omitir informações de que tenha conhecimento. Podem até serem localizados parcialmente os produtos do(s) crime(s), desde que essa parcialidade seja a totalidade do conhecimento do colaborador.

A colaboração deve ser efetiva, o que não se confunde com eficaz. Como bem observa David Teixeira de Azevedo, o "auxílio efetivo é aquele caracterizado pela participação ativa do acusado na realização das diligências, na demonstração de um especial empenho pessoal no exitoso desdobramento das investigações".[71] O colaborador deve fornecer todas as informações necessárias para o cumprimento do(s) requisito(s). Preenchidos os mesmos, a concessão do beneplácito é medida que se impõe, não sendo mera faculdade do magistrado.

A lei contempla três possíveis benefícios para o colaborador. Não há critério legal e jurisprudencial seguro que indique qual deles deve ser concedido em cada caso. Buscando estabelecer esses critérios da forma mais justa possível na concessão dos benefícios, a referência pode ser estabelecida pelo art. 13 da

71. A colaboração premiada num direito ético. *Bol. IBCCrim* 83/7-9.

Lei 9.807/1999 (subjetivos – réu primário e personalidade favorável à obtenção do prêmio e objetivos – natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso). Não se trata de criar novos requisitos. Pelo fato de o instituto possibilitar a concessão do perdão judicial, da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e, ainda, da possibilidade do cumprimento da pena em regime aberto, a concessão de tais prêmios legais implica no reconhecimento de que o agente faça por merecer tamanha magnitude conferida pelos beneplácitos previstos na lei.

Tendo o colaborador prestado informações acerca dos dois requisitos, sendo primário e com personalidade favorável à obtenção do prêmio, assim como também o sejam a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, o prêmio a ser concedido pelo juiz deve ser o perdão judicial.

Já, quando o delator colabora visando, apenas, um dos requisitos, sendo primário e com personalidade favorável à obtenção do prêmio, assim como também o sejam a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, o prêmio a ser concedido deve ser a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direito.

3.7 Lei 9.807/1999 (proteção a vítimas e testemunhas)

Quase uma década após a introdução da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 8.072/1990, e após a promulgação de diversos diplomas legais prevendo hipóteses ajustáveis ao instituto da delação premiada, quando não existiu a mínima preocupação quanto ao resguardo da integridade física e psíquica daqueles agentes que, de uma forma ou de outra, fossem agraciados com os benefícios do instituto, o legislador demonstrando – aparentemente[72] – preocupação com a efetividade das medidas de combate à crescente criminalidade, promulgou, em 13.07.1999, a Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas (Lei 9.807/1999), estabelecendo normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção, instituindo o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispondo, ainda, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente colaborado com o procedimento persecutório penal.

Mas, além de finalmente – pelo menos na legislação – existir uma resposta para as críticas exaradas pela doutrina, quanto à ineficácia total da possibili-

72. O termo aparente é utilizado, pois não houve preocupação, além da promulgação de uma lei, com a criação de uma estrutura eficiente para a estruturação de um programa realmente confiável quanto à proteção de vítimas e testemunhas no país.

dade da delação premiada, sem a contrapartida de um programa de proteção ao delator, seus familiares e outros que porventura se coloquem em situação de risco, decorrente das informações prestadas para as autoridades, a lei em comento permitiu o alastramento da concessão do beneplácito para todo o direito pátrio, possibilitando o cabimento em toda e qualquer modalidade de crime.

O argumento de que a amplitude do instituto por todo o direito brasileiro tem como base o fato de que a Lei 9.807/1999, de acordo com as ilações de Alberto Silva Franco:

"Não estruturou novos tipos incriminadores sobre determinada matéria de proibição ou reformulou tipos preexistentes, tendo apenas o duplo objetivo de estabelecer 'normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas' e de dispor 'sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal'.

Em segundo lugar, porque o texto dos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999 criou as hipóteses de perdão judicial e de causa redutora de pena, com ampla abrangência e sem nenhuma vinculação a determinados tipos legais."[73]

Silva Franco chega, ainda, a afirmar que a amplitude atribuída pela Lei 9.807/1999 revogou a Lei 9.269/1996, ao comentar especificamente sobre o § 4.º do art. 159 do CP e o parágrafo único do art. 8.º da Lei 8.072/1990, asseverando que "só poderiam ser excluídos da revogação tácita, se a própria Lei 9.807/1999 tivesse explicitamente excepcionado essas hipóteses. Por último, porque em se tratando de norma penal mais favorável, deve retroagir, respeitado o princípio do inc. XL do art. 5.º da CF/1988 para beneficiar o réu".[74]

Com a extensão do beneplácito para todo o ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer preocupação com a origem do instituto, o direito premial tomou por completo a legislação penal ordinária e extraordinária, permitindo que a delação premiada ganhasse mais de uma natureza jurídica: causa extintiva de punibilidade (por meio do perdão judicial), causa de liberação de pena e causa de diminuição de pena, desde que presentes os requisitos exigíveis.

Mas, mesmo antes desses aspectos jurídicos ora comentados, nenhuma novidade quanto às questões processuais inerentes a aplicação do benefício foi conhecida.

---

73. Op. cit., p. 354.

74. Idem, ibidem.

Entretanto, deve ser recordado que no Brasil[75] o serviço de atendimento às vítimas e testemunhas ameaçadas é anterior à promulgação da lei em comento e teve como marco inicial o ano de 1996, com sua inclusão no Programa Nacional de Direitos Humanos, com o objetivo de apoiar a criação de programas estaduais de proteção.

O primeiro estado a implementar o serviço foi Pernambuco, sendo que após dois anos de experiência foi estabelecida uma parceria oficial com o Ministério da Justiça visando apoiar tal iniciativa, surgindo, assim, o primeiro Provita (Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas, baseado na ideia de reinserção social de pessoas em situação de riscos, em novos espaços comunitários, de forma sigilosa e contando com a efetiva participação da sociedade civil na construção de uma rede solidária de proteção). Os resultados obtidos fazem com que a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos adote o Provita como modelo a ser seguido em outras unidades da federação. Com a expansão dos convênios, surge a necessidade de normatizar as ações dos vários programas, abrindo caminho para a promulgação da Lei 9.807/1999, que instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas. Restam, além disso, alguns Estados para implementar e integrar o sistema, mas esforços neste sentido não faltam.

De qualquer forma, mesmo ante aos problemas estruturais aqui comentados, os arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999[76-77] inauguraram um novo ciclo para a delação premiada no Brasil, pois os requisitos e ampliação dos benefícios passaram a alcançar todas as normas penais do país, o que possui uma face positiva, que é justamente a unificação dos pressupostos e requisitos a serem observados na concessão do beneplácito pelo magistrado. Contudo, ainda, nenhuma conotação procedimental havia sido adotada em termos legislativos.

---

75. BARROS, Antônio Milton de. *A lei de proteção a vítimas e testemunhas*. Franca: Lemos & Cruz, 2003. p. 129-130.

76. "Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso."

77. "O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços)."

3.8 Lei 10.149/2000 (acordo de leniência)

Diferentemente das opções legislativas anteriores, mas na esteira da política premial adotada na legislação penal, desta feita, o legislador, alterando a Lei 8.884, de 11.06.1994, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, introduziu, com a promulgação da Lei 10.149, de 21.12.2000, por seus arts. 35-B e 35-C, a possibilidade de celebração de "acordo de leniência", entre a União e as pessoas físicas e jurídicas, autores de infração à ordem econômica.[78]

A novidade é que, ao invés da criação de um benefício legal por meio de uma legislação criminal, como fez nas vezes anteriores, o legislador introduziu, ao lado de uma série de benefícios pertinentes as sanções meramente administrativas, duas benesses legais de ordem processual penal e penal, para aqueles que colaborassem na identificação dos demais coautores e obtivessem informações e documentos que comprovem o ilícito administrativo, respectivamente: suspensão do prazo prescricional (com impedimento de oferecimento de denúncia) e extinção da punibilidade.[79]

Outra surpresa é que o legislador, nesta Lei, ainda que não tenha determinado as regras específicas para a celebração de acordo, esmerou-se na tentativa de especificar os limites, sanções, deveres, obrigações, requisitos e graduações pertinentes aos benefícios legais, ao contrário da previsão em leis anteriores, onde só houve preocupação com a previsão do beneplácito, introduzido por força de norma material penal, conforme já analisado nos itens anteriores.

Mas é induvidoso que restou introduzido, novamente, em nosso ordenamento jurídico, outra causa extintiva de punibilidade (norma material e benéfica), no caso o parágrafo único do art. 35-C da Lei 10.149/2000, quando o

78. "Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais coautores da infração; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação."

79. "Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo."

agente cumprir o acordo de leniência, celebrado com a União, nas hipóteses dos crimes previstos nos arts. 4.°, 5.° e 6.°, da Lei 8.137/1990.

Porém, o acordo e suas normas procedimentais não dizem respeito ao processo penal, estando limitadas aos procedimentos administrativos objeto da Lei.

3.9 Lei 11.343/2006 (drogas)

Neste item, finalizando a incursão cronológica sobre as legislações que recepcionaram ainda que sob denominações diversas, hipóteses ajustadas à delação premiada (a Lei 6.368/1976 e a Lei 10.409/2002 foram revogadas pelo art. 75 da Lei 11.343/2006[80] e, por isso, não serão objeto de análise), mesmo ante a amplitude atribuída por força da Lei 9.807/1999, quanto aos requisitos e pressupostos da delação, por se tratar de um tema dos mais importantes para o direito penal, faz-se mister recordar a opção pela repressão criminal no Brasil e a política adotada quanto à questão da droga no país e seu contexto no tema da delação premiada.

Se já não bastasse a normal dificuldade de realizar reconstruções históricas dos sistemas legislativos, o caso das drogas apresenta ainda o fato de que seu processo de criminalização é "(...) produto eminentemente moralizador, incorporado à ideia de punição de opções pessoais e de proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais (...)"[81] que geram descontinuidade dos discursos proibicionistas.

Em que pese não seja objeto do presente estudo, os resquícios da política criminalizadora são ressaltados no que tange à delação premiada, fazendo com que não seja surpresa que o legislador, ignorando a Lei 9.807/1999, bem como a maior benevolência da legislação anterior, ao novamente eleger – expressamente – por meio da delação premiada (art. 41)[82] a possibilidade de concessão

80. "Revogam-se a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002."

81. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

82. A delação premiada prevista na antiga Lei de Tóxicos (art. 32, §§ 2.° e 3.°, da Lei 10.409/2002) apresentava benefícios maiores e requisitos menores do que a atual legislação. "§ 2.° O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça. § 3.° Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos

de prêmios ao delator, buscasse limitar as hipóteses dos benefícios elencados na legislação criminal do país (ao contrário de toda a legislação criminal ordinária e extravagante do país), ao não prever expressamente a possibilidade da extinção da punibilidade, optando pela elaboração de norma mais gravosa.

Mas, aqui, (art. 41 da Lei 11.343/2006) a intenção do legislador sucumbe aos princípios inerentes às hipóteses do conflito intertemporal em face das normas penais, e a imperativa necessidade (art. 5.°, XL, CF/1988)[83] de aplicação da mais favorável. Nesse ponto, como está em plena vigência a Lei 9.807/1999, com norma mais ampla quanto aos beneplácitos (possibilidade de extinção da punibilidade), eis que a Lei 11.343/2006 é mais gravosa ao prever, apenas, a possibilidade de diminuição da pena de um terço a dois terços, em especial quanto ao fato de que a Lei 9.807/1999 não estruturou novos tipos incriminadores, não reformulou tipos preexistentes e possui o duplo objetivo de estabelecer "normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas". Finalmente, porque, não foi expressamente revogada (mesmo em parte) pela Lei 11.343/2006, é que se afirma a existência de restrição legal para a aplicação do art. 41 em comento.

Desse modo, quer por afrontar a norma inscrita no art. 5.°, XL, da CF/1988, quer porque não se coaduna com os princípios fundamentais para a aplicação da lei penal, deve ser observado que, nas hipóteses em que o réu atenda aos requisitos e pressupostos da delação premiada, não poderá o magistrado ignorar os beneplácitos mais favoráveis e disciplinados nos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999, aplicável – também – à Lei 11.343/2006 e a qualquer outro diploma repressivo legal brasileiro.

4. A INCOMPATIBILIDADE INSUPERÁVEL ENTRE OS MODELOS ITALIANO E BRASILEIRO

Se é de fato possível afirmar que a legislação italiana foi a inspiração do legislador brasileiro, não se pode deixar de reconhecer que a timidez e inércia posteriores à inspiração inicial terminaram por proporcionar dois modelos de legislação premial – no caso da delação – cujos reflexos inerentes a eficácia e legalidade nos dois ordenamentos jurídicos são distintos.

---

demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão."

83. "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu."

Ao contrário do legislador brasileiro, que apenas se preocupou com o alastramento da delação por todo o ordenamento jurídico, com a introdução de normas de direito material admitindo a concessão de prêmios ao delator em diversas legislações esparsas, sem preocupações quanto à eficácia, legalidade e evolução, na Itália, como demonstrado, é nítida a existência de uma, senão completa, competente organização normativa, com adequação as necessidades e a realidade do país na busca de usufruir de um instrumento (eticamente questionável), cujos objetivos claros são o enfrentamento de uma forma de criminalidade cuja resposta estatal não se mostrou eficiente, adotando uma ética utilitarista, porém determinada a respeitar as regras processuais (processo justo).

Uma importante observação nesse sentido deve ser feita, posto que na Itália o estopim para a introdução do beneplácito deu-se em uma conjuntura onde, no fim dos anos 60 a chamada guerra mafiosa causava desconfiança nas instituições democráticas, com a difusão do terrorismo e da extorsão mediante sequestro, pressionando o legislador a promover o rompimento do vínculo associativo da criminalidade de tipo mafioso, possibilitando a dissociação de cúmplices que pudessem auxiliar o enfrentamento do problema.[84] Já no Brasil o quadro era bastante diverso, pois a realidade do fenômeno (em ambos os aspectos: social e cultural) criminal era outra.

Mas é inegável que o próprio tratamento dado aos delatores na Itália, nominados como "arrependidos" (*pentiti*) demonstra uma esperança de que o Estado permita ao delinquente uma nova chance, uma espécie de resgate social, com um verdadeiro sentido de prevenção especial, fundamental para o combate de uma instituição arraigada no consciente italiano como é a máfia. Embora com base em uma ética utilitarista, o que é condenável de qualquer forma, há uma divergência imensa entre a proposta italiana e a brasileira neste ponto, pois esta não demonstrou a mínima preocupação com o resgate do delinquente das garras das organizações criminosas (ou adotou a delação como um instrumento de enfrentamento desta modalidade delitiva), tanto mais quando não restringiu a delação apenas para crimes graves, pelo contrário, ampliou-a para todo e qualquer delito.

É certo, porém, que o arrependimento, ante as inúmeras particularidades existentes para a proposição e validação das medidas premiais (além do multifacetado consciente humano), não pode ser validamente aferido nas hipóteses de delação, contudo, no Brasil, não existe qualquer liame específico, ao contrá-

84. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 7-8.

rio da Itália, entre o arrependimento,[85] a recuperação de criminosos arrependidos e a concessão do beneplácito.

Na Itália a repercussão da concessão de medidas premiais, em especial no caso do mafioso Tommaso Buscetta, com a criação de tipos específicos para a criminalidade de tipo mafioso, com a instauração do chamado "maxiprocesso",[86] que culminou na condenação da maioria dos réus, dentre eles mafiosos, fez com que os políticos italianos acreditassem que a normatividade premial pudesse trazer benefícios, cujo foco, embora não o único, tinha por objeto a luta contra o fenômeno mafioso.

A experiência italiana resultou em uma legislação não só voltada para a previsão pura e simples do beneplácito para o delator (como é no Brasil), mas com regulamentações importantes, por força de normas claras e voltadas a busca da eficácia da delação, impondo limites para a sua valoração, bem como buscando respaldar a sua utilização e validade processual.

Para tanto, deve ser recordado que a Itália possui disciplina rigorosa para os chamados *pentiti*, considerados testemunhas suspeitas, inclusive fazendo distinção dos demais testemunhos, exigindo valoração prudente, somente sendo considerada prova válida com outros elementos que confirmem sua autenticidade.[87] No Brasil tal previsão inexiste, sendo obscura a valoração do depoimento do delator para o processo.[88]

Outro destaque importante é que, na Itália, a legislação é clara quanto ao formato e limites da concessão dos benefícios penitenciários o que, para fins de aplicação no Brasil é válido apenas quanto às medidas favoráveis, ante a manifesta proibição de analogia em prejuízo do agente, pois na Itália fica clara a distinção das concessões para os colaboradores e os não colaboradores (irredutíveis).

Note-se que os critérios e instrumentos de que dispõem os juizes italianos, para o desenvolvimento da instrução criminal (conforme explicação anterior, item 2.9), em especial quanto ao conteúdo e abrangência das informações e

85. As atenuantes e causas de diminuição de pena previstas no Código Penal não possuem qualquer relação específica com a questão das organizações criminosas.

86. LUPO, Salvatore. Op. cit., p. 390-391.

87. D'AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 39.

88. Um ponto de identificação (embora indiferente) pode ser citado quanto à preocupação com a proteção do colaborador e sua família, pois tanto no Brasil como na Itália a normatização foi posterior a introdução do benefício para os colaboradores.

declarações do delator, no âmbito da normatividade dos beneplácitos são significativos. O fato é que os pressupostos da delação na Itália são contundentes.

O próprio *verbale illustrativo* é a tradução maior da preocupação do legislador italiano, com as regras que devem ser respeitadas pelo delator e pelo juiz para a concessão do prêmio legal, o que, também, não existe na legislação pátria.

A questão é que as informações fornecidas pelo delator sempre gerarão dúvidas sobre a sua eficácia e podem, ainda, permitir um aumento das acusações que recaem sobre o agente, que, obviamente, necessita de alguma segurança de que será beneficiado em caso de colaboração, o que permite, em tese, resguardar uma certa transparência quanto à negociação do beneplácito.

Por último, estas mudanças legislativas premiais na Itália, provocaram uma modificação no sistema processual, que não encontra espelho ante o arcabouço normativo brasileiro, pois o conceito de devido processo legal, ante a falta de regras quanto à delação, não comporta a transportação das normas italianas, sem violar a Constituição pátria.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já analisado, quanto ao instituto da delação premiada, ao contrário da legislação italiana, no Brasil não existiram transformações legislativas que alterassem o modelo processual, adotado após a Constituição de 1988 e de outras reformas pontuais posteriores. Esta realidade implica em uma série de restrições na concessão do benefício da delação, pois em nosso país, "o acusador oficial não poderá, presentes os requisitos legais, deixar de acusar, arquivar o expediente investigatório, eleger o acusado ou o fato criminal. Sua atuação está baseada na observância do princípio da legalidade".[89]

Sendo assim, se na Itália, existe toda uma discricionariedade regrada para a atuação das autoridades legais, no Brasil há uma série de obstáculos, em face da inexistência de regulamentação, que impedem qualquer negociação entre as partes envolvidas (excetuadas as formas devidamente legalizadas como, por exemplo, a suspensão condicional do processo e a transação, ambas previstas na Lei 9.099/1995), obstáculos que não podem ser superados, sob pena de nulidade, e que implicam em inúmeras restrições para a concessão do beneplácito.

89. GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 305.

Passa-se, desse modo, para uma análise pontual das barreiras legais que impedem a transposição do modelo italiano.

5.1 Devido processo penal

No Brasil, devido à previsão do art. 5.°, LIV, CF/1988, resta devidamente inserido o devido processo penal, "que examina as mesmas garantias do devido processo legal em face do processo penal".[90]

Desse modo, para sua efetivação, o procedimento persecutório penal, para materializar o princípio em tela, deve observar – rigorosamente – todas as formalidades prescritas, para atingir perfeitamente a finalidade resolutória de conflito de interesses socialmente relevantes: o punitivo e o de liberdade.[91]

De acordo com a lição de Rogério Lauria Tucci, "como enfatiza, a respeito, Couture, inadmissível afigura-se a privação da liberdade sem a garantia consubstanciada num 'processo desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo'" (também regularmente desenrolado, o complemento é do próprio Tucci).

Mencionada garantia, outrossim, e como antes acenado, é delineada, até mesmo determinada, por preceituações constitucionais direcionadas ao processo penal, e que, à evidência, "não podem ser desconhecidas, direta ou indiretamente, das leis processuais que o disciplinam".[92]

Superafetada, inclusive, no texto do inc. LIV do art. 5.° da vigente CF/1988 – ao estabelecer que ninguém poderá ser "privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" – impõe a assecuração, ao ser humano envolvido numa *persecutio criminis*, de livre acesso ao juiz natural, com o direito de participar, em igualdade de condições com os agentes estatais da persecução penal, e em inafastável contraditoriedade, de todo o *iter procedimental*, orientado por mecanismos de controle e exatidão de desfecho do processo, num prazo razoável.[93]

O princípio em tela permite a limitação da política criminal adotada, ao contrário do que se verifica na Itália, no que tange a permitir a entabulação

90. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 46.

91. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 92.

92. Idem, ibidem.

93. Idem, ibidem.

de negociações entre o delator e o Ministério Público (o próprio Estado), em qualquer modalidade delitiva, pois não há restrição quanto aos tipos que permitem a concessão dos benefícios da delação, até porque os contornos do instituto devem atender aos princípios constitucionais garantistas, funcionando como limitadores, contra posturas utilitaristas ou meramente pragmáticas que, se adotadas, maculam o processo no Brasil.

5.2 O princípio da legalidade ou obrigatoriedade

Embora não existam limites para o reconhecimento e aplicação da delação premiada, no ordenamento jurídico brasileiro, sua incidência é muito mais evidente na ação penal de iniciativa pública incondicionada.

Nessa seara, deve ser verificado que a ação penal está regida pelo princípio da obrigatoriedade, devendo o Ministério Público oferecer a denúncia, sempre que estiverem presentes as condições da ação,[94] pois a legitimidade constitucional para o exercício da ação penal de iniciativa pública é tranquila, devendo o promotor, quando não restar presentes tais condições postular o arquivamento do inquérito policial ao juiz, que possui a competência para decidir sobre o arquivamento ou não.

Contudo, conforme chama a atenção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho a obrigatoriedade não está consagrada expressamente na legislação processual penal do Brasil,[95] mas, sim, é extraída da leitura do art. 24 do CPP e do seu caráter imperativo. Sua antítese é encontrada nos princípios de oportunidade e conveniência, que não são adotados no Brasil na ação penal de iniciativa pública.

---

94. Embora exista discussão sobre quais seriam as condições da ação, em especial no processo penal, a doutrina brasileira, em sua maioria, ironicamente, costuma partir da tese de Enrico Tullio Liebman, de que as condições da ação seriam três: o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade da parte. A ironia advém do fato de que o próprio Liebman na 3.ª edição de seu *Manuale*, deixou de incluir a possibilidade jurídica entre as condições da ação e, no mesmo ano (1973), vinha a lume o novo Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de Liebman, ou seja, no mesmo ano em que o pai da ideia adotava nova posição, o Brasil consagrava a posição anterior, bem como da grande dificuldade em transpor elementos do processo civil para o processo penal.

95. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial, p. 51. Apud LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1, p. 365.

Portanto, resta claro que em nosso sistema, "estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia".[96]

Conforme assevera Nereu Jose Giacomolli "na instrumentalização do direito penal material, não se admite atuação fora dos ditames legais, devido ao interesse público que domina o processo penal. É a adoção do princípio da legalidade na esfera processual, que segue sendo, segundo James Goldschmidt, o garante na aplicação do *ius puniendi*. Acrescento que segue justificando-se na garantia dos direitos fundamentais da cidadania".[97]

5.3 Indisponibilidade

Outro, dos inúmeros problemas suscitados pela recepção da delação premiada em nosso ordenamento jurídico, é sobre a possibilidade, por parte do Ministério Público, da desistência ou disponibilidade da ação penal pública, em face do art. 42 do CPP.[98]

Com a promulgação da Lei 9.099/1995 houve uma amenização do princípio da indisponibilidade, criando uma disponibilidade ou discricionariedade regrada, que até então não existia na lei processual penal pátria.

Como a disciplina da delação premiada é lacônica, é possível buscar, ainda que não identificando de forma exata, nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, uma forma de analogia com a delação, um referencial comparativo mínimo, não se podendo deixar de destacar que a diferença entre o sistema brasileiro e outros países que adotam tais institutos, é que no Brasil o autor da transação ou da suspensão condicional do processo não confessa o fato nem reconhece a sua responsabilidade penal.

Isso porque muito se discute sobre uma possível discricionariedade do Ministério Público, a exemplo do que ocorre no *plea bargaining* norte-americano sobre os fatos, sobre a qualificação jurídica, sobre as consequências penais etc., conforme é possível ocorrer nos Estados Unidos[99] nas hipóteses concretas de oferta de um acordo de delação premiada.

---

96. Idem, ibidem.

97. Op. cit., p. 47.

98. "O Ministério Público não poderá desistir da ação penal."

99. ENTRALGO, Jesus Fernandez. Los princípios procesales y procedimentales de La Ley Organica 7/1988. In: AA. VV. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 34 e ss.

Mas fato é que, se no sistema italiano o acordo pode ser realizado extraprocessualmente, no nosso tudo tem que ser celebrado na presença do juiz (art. 89, § 1.º, da Lei 9.099/1995). "O Ministério Público, destarte, não se transformou no *dominus* exclusivo da condução da política criminal no Brasil".[100]

Deve ser observado que, assim como a suspensão condicional do processo e a transação penal, previstas na Lei 9.099/1995, a delação é necessariamente bilateral, dependendo de aceitação do acusado e seu defensor, devendo contar com a anuência do magistrado, a quem cabe homologar a delação.

Porém, há outra questão a ser enfrentada, que é decorrência lógica das regras da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal que é a indivisibilidade da ação penal, impondo abrangência a todos os que aparentemente, em tese, tenham praticado um ilícito penal.

A jurisprudência brasileira tem entendido que somente a ação penal de iniciativa privada é indivisível, o que termina por permitir, no caso concreto, em especial quanto à concessão extraprocessual da delação, que o Ministério Público "burle" as regras anteriores, quando termina por escolher quem deve denunciar num procedimento persecutório penal.

Como não há sanção nas hipóteses em que o promotor deixa de denunciar um agente, em detrimento ou benefício de outro, na prática pode ocorrer a celebração de acordos extraprocessuais (e, portanto, "burla") entre o Ministério Público e o criminoso, que poderá receber como "prêmio", não ser incluído no polo passivo da relação processual, tornando-se uma obscura testemunha, valendo aqui recordar a advertência de Calamandrei[101] de que o processo pode ser transformado em um autêntico "jogo" entre as partes, neste caso completamente desequilibrado e, pior, sem a possibilidade de controle, por parte daquele que julga.

5.4 *Indeclinabilidade da jurisdição*

Mesmo com a existência de uma legislação insuficiente, que não define claramente os limites e legitimidade do instituto, tampouco o procedimento a ser seguido, é cada vez mais comum em todo o país, tanto no âmbito da Justiça Estadual como na Justiça Federal, a celebração de acordos, propostos em audiência, por vezes pelo próprio magistrado; em outras formaliza-

100. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 255.

101. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale* 5/22 e ss.

do por escrito, após longas tratativas entre as partes, adotando a forma de um contrato[102] (o que na Itália seria o equivalente ao conteúdo do *verbale ilustrativo*).

A questão é que o caráter proeminente de norma substantiva da delação, cuja previsão no Código Penal e na legislação criminal extraordinária no Brasil, implica no reconhecimento de que há previsão em lei federal, por força do exercício legal do Poder Legislativo de ditar a legislação penal, pois é uma instituição que condiciona o funcionamento da atividade repressiva. Além disso, a norma penal se diferencia da processual, esta simplesmente um caminho para o funcionamento da potestade repressiva.

Entretanto, mesmo a necessidade de aplicação da norma que de qualquer forma beneficie o agente (como é o caso da delação), deve respeitar a legislação vigente, pois não se pode olvidar que, das tratativas de delação premiada, exsurgem adversidades evidentes para os demais réus de um mesmo processo, cujo prejuízo só pode ser legitimado se respeitar as regras processuais vigentes.

Desse modo, importa questionar sobre o fato de se admitir a experiência italiana no Brasil, trazendo a chamada justiça negociada, sob o argumento de que não se pode obstar a aplicação de uma norma penal mais favorável ao réu, pela inexistência de regras procedimentais que possam materializá-la.

A influência da *plea bargaining*, também foi notada na Itália, com a Lei 689, de 24.11.1981 e ampliada no Código de Processo Penal de 1988, que recepcionou uma instituição absolutamente nova em seu sistema processual, e foi elaborada, sob algumas sugestões típicas do modelo americano.[103]

No Brasil já pode ser sentida a mesma influência que, por ora, resta consignada no PLS 150, que tramita desde 2006, que dispõe sobre a repressão a organizações criminosas, os meios de obtenção de prova e dá outras providências, buscando definir uma forma de procedimento criminal, com regras específicas para o que delimitou como "colaboração premiada".

Embora o projeto de Lei supramencionado busque estabelecer regras para o oferecimento e concessão do beneplácito, certo é que no sistema da *plea bargaining* (influência notada na Itália), tudo é possível, e a negociação prati-

---

102. DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? *Bol. IBCCrim* 204/16.

103. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 38.

camente não encontra barreiras,[104] o que difere dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Então, como superar o verdadeiro imbróglio criado pelo legislador, ao promulgar norma de cunho evidentemente mais benéfico ao agente, se ao Ministério Público, ante aos princípios constitucionais, é vedado à realização de acordos nos procedimentos persecutórios penais?

Realmente tais atividades extrapolam a função do Ministério Público no Brasil e, para superar esse ponto, deve ser observado primeiro que a iniciativa para um acordo de colaboração deve ser exclusivo da defesa, não cabendo ao órgão acusador escolher com quem negocia, quem acusa ou quem deixa de acusar, ficando a cargo do juiz a homologação na fase da sentença, após o encerramento da instrução criminal, valorando a contribuição prestada, aplicando o benefício de acordo com os pressupostos e requisitos da delação ao caso concreto.

6. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Davi Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. *Boletim IBCCrim*. fasc. 83. São Paulo: IBCCrim, out. 1999.

BARROS, Antônio Milton de. *A lei de proteção a vítimas e testemunhas*. Franca: Lemos & Cruz, 2003.

BERNARDI. Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo. In: PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e proceso penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. vol. 29. p. 1013. Milão, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.

BITTAR, Walter Barbosa. A política oficial de combate à lavagem de dinheiro no Brasil. *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di diritto processuale*. vol. 5. Parte I. Padova, 1950.

104. DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo de. *Justicia criminal consensuada (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 39.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

D'AMBROSIO, Loris. *Testemoni e Collaboratori di Giustizia*. Padova: Cedam, 2002.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? *Boletim do IBCCrim*. vol. 204. São Paulo, nov. 2009.

DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo de. *Justicia criminal consensuada (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENTRALGO, Jesus Fernandez. Los princípios procesales y procedimentales de La Ley Organica 7/1988. In: AA.VV. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Tecnos, 1990.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

FIGUEIREDO, Isabel; PAULA, Liana de; KNIPPEL, Edson Luz. A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal. *Revista Ultima Ratio*. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FUMO, Maurizio. *Jus et furi dicitur* – La tutela e l'assistenza dei collaboratori di giustizia: segreti, reticenze e furbizie di un legislatore disaccorto (ma non troppo). *L'Indice Penale*. vol. 4. fasc. 2. Padova, maio-ago. 2001.

GIACOMOLLI, Nereu Jose. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

LAUDI, Maurizio. La dissociazione dalla lotta armata: l'approdo legislativo per una complessa realtà. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. vol. 31. Milão, 1988.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1.

LUPO, Salvatore. *História da máfia: origem aos nossos dias*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002.

MEHRENS, Stephens. La disciplina tedesca sui collaboratori di giustizia per i reati commessi in forma organizzata (art. 5.1 sui collaboratori di giustizia). In: MILITELLO, Vicenzo et al. *Il crimine organizzato como fenômeno transnazionale*. Freiburg: Giuffrè, 2000.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal*. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MONTANARO, Giovanna; SILVESTRI, Francesco. *Dalla máfia allo stato (I pentiti: analisi e storie)*. 4. ed. Torino: EGA, 2008.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. *Revista Penal, Universidade de Hueiva*. vol. 2. Salamanca: Universidade de Castilla-La Mancha, 1998.

PAZ, Isabel Sánchez Garcia de. *La criminalidad organizada*. Madrid: Dykinson/Ministério Del Interior, 2005.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. 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.

PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e proceso penale. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*. vol. 29. Milão, 1986.

RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Itália ed in altri ordenamenti europei. *Il crimine organizzato come fenômeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Itália, Germânia e Spagna*. Milão: Giufrrè, 2004.

SAMMARCO, Angelo Alessandro. La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria: il procedimento di sorveglianza ex art. 4, 4-*bis* e 58-ter L. 26 1975, n. 354. *Revista Italiana di diritto e procedura penale*. vol. 37. Milão, 1994.

SANTOS, Jurez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 42. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O crime organizado no sistema italiano, de Ada Pellegrini Grinover – *RBCCrim* 12/76;
- Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval, de Adel El Tasse – *RCP* 5/269;
- Relação penal premial, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 5/289; e
- Valor probatório da colaboração processual (delação premiada), de Frederico Valdez Pereira – *RBCCrim* 77/175.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 885/549 e *RT* 898/513.

Veja também Legislação

- Delação premiada no crime de tráfico: art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006; e
- Proteção aos réus colaboradores: art. 14 da Lei 9.807/1999.

54040

1 Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial

Cultura organizacional e relações institucionais

Bruno Amaral Machado

Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor associado do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub. Professor do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Universidade de San Carlos da Guatemala. Professor da FESMPDFT (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios). Pesquisador colaborador do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Promotor de Justiça do MPDFT.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Nos últimos anos, há um crescente interesse pelas instituições que integram o sistema de justiça. Entre as funções desempenhadas pelo Ministério Público (MP), o controle externo da atividade policial é tema de interesse não apenas acadêmico, mas institucional. Certamente, o desempenho das atividades conferidas ao Ministério Público é indissociável dos significados e imagens das distintas funções para os atores que integram o campo jurídico. O objetivo do artigo é apresentar pesquisa exploratória realizada no Distrito Federal (DF) sobre as representações sociais de profissionais da área jurídica em relação ao desempenho

Abstract: There has been a growing interest in institutions of the justice system. Among functions of the public prosecution office, the police oversight is not only of academic interest, but also institutional. In this article, we consider this hypothesis: the activities listed in law books are linked to the meanings and images of these several functions for the actors of the legal field. The objective of this article is to present an exploratory research about the social representations of different professionals in the legal field in the federal district concerning the performance of the public prosecution office, as

do MP no âmbito criminal, bem como apresentar estudo de caso do Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP) do *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* (MPDFT).

PALAVRAS-CHAVE: Controle externo – Representações – Ministério Público – Polícia.

well as a study case of the Prosecution Office of Police External Control in Brasilia.

KEYWORDS: External control – Representations – Public prosecution office – Police.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Campo jurídico e cultura organizacional: as relações entre a Polícia e o Ministério Público (além do controle externo) – 3. Representações sociais sobre a atuação do MP na área criminal e o controle externo da atividade policial: notas parciais de uma pesquisa exploratória: 3.1 Investigação criminal pelo Ministério Público: 3.1.1 A eficiência das investigações criminais realizadas pelos próprios órgãos internos da polícia, envolvendo desvios cometidos por seus policiais, pode ser influenciada pelo corporativismo?; 3.1.2 No caso de investigação de crimes cometidos por policiais, a intervenção do Ministério Público pode alcançar resultados mais satisfatórios em relação à investigação realizada pelos próprios órgãos internos da polícia?; 3.1.3 No caso de investigação de crimes cometidos por altas autoridades do Poder Executivo, a intervenção do Ministério Público, por não estar sujeito a pressões externas de outros poderes estatais, pode alcançar resultados mais satisfatórios que a investigação policial?; 3.1.4 As investigações envolvendo o crime organizado, que possui infiltração no próprio Estado, poderiam ter maior êxito se fossem conduzidas por membros do Ministério Público?; 3.1.5 A investigação criminal deve ser atribuição exclusiva da Polícia?; 3.1.6 A investigação criminal deve ser atribuição exclusiva da Polícia?; 3.1.7 O Ministério Público possui capacidade (conhecimento e habilidade) para investigar crimes?; 3.1.8 Sem prejuízo da investigação policial, o Ministério Público deve ter poder para investigar diretamente crimes para promover a ação penal pública?; 3.2 Ministério Público e Polícia: 3.2.1 É importante a existência de órgão externo à Polícia que fiscalize suas atividades?; 3.2.2 O controle externo da atividade policial realizado pelo MP acarreta intervenção indevida no trabalho da polícia?; 3.2.3 Você acha que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) tem exercido de forma eficiente o controle externo da atividade policial sobre a Polícia Civil do Distrito Federal?; 3.2.4 Você acha que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) tem exercido de forma eficiente o controle externo da atividade policial sobre a Polícia Militar do Distrito Federal?; 3.2.5 Há necessidade hoje de uma maior integração entre Polícias Civil e Militar do Distrito Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT)?; 3.2.6 Deve haver a subordinação funcional direta da Polícia ao Ministério Público?; 3.2.7 Você acredita que uma postura ativa do Ministério Público na fase das investigações, indicando linhas de investigação e fornecendo instruções específicas para a condução da investigação nos inquéritos policiais, acarreta maior probabilidade de sucesso na ação penal por ele ajuizada? – 4. Redefinindo o controle externo da atividade policial: o caso do Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO[1]

Nos últimos anos, há um crescente interesse pela atuação das instituições que integram o sistema de justiça. Exemplo disso são as pesquisas realizadas no Brasil desde meados da década de 1990.[2] O Ministério Público (MP) é certamente uma das instituições que despertou interesse dos pesquisadores, seja em razão da peculiaridade de seu desenho institucional, seja em virtude da notoriedade explorada pelos meios de comunicação (ARANTES, 2002: 13-18; CAVALCANTI, 1999: 15-19; BONELLI, 2002: 139-145 MACHADO, 2007a: 22; MACHADO, 2007b: 10; SADEK, 2000: 11; SANCHES FILHO, 2000: 185-188; SILVA, 2001: 21-24).

Certamente, há uma diversidade de modelos institucionais. Os exemplos e experiências concretas demonstram que o modelo idealizado constitucionalmente constitui apenas o ponto de partida. O desempenho das funções relaciona-se a distintas variáveis. Fatores organizacionais jogam um papel relevante, na medida em que a distribuição das tarefas entre os integrantes da organização passa pela estruturação burocrática (burocracia no sentido weberiano) das diversas funções institucionais (MACHADO, 2007a: 27-45; MACHADO, 2007b: 15-25).

A análise da evolução do Ministério Público brasileiro revela uma notável complexidade organizacional, com a criação de Centros de Apoio (realidade estadual) e promotorias especializadas em distintas áreas de atuação, especialmente voltadas à defesa de interesses difusos e coletivos. Nesse sentido, as dinâmicas internas que promovem uma redistribuição interna das funções institucionais pressupõem tomadas de decisão sobre os temas relevantes, a alocação de recursos escassos, humanos e materiais. Por outro lado, áreas deixam de ser consideradas prioritárias; ou integrantes de áreas que nunca estive-

1. Este artigo reproduz parcialmente nossa apresentação no Seminário "O Controle Externo da Atividade Policial", organizado pela Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, de 24 a 26.05.2010. Agradeço os comentários de Ana L. Rivera, Antonio H. G. Suxberger e Rogério Schietti.

2. Entre estas, detaco algumas sobre o MP: *surveys* realizado com promotores de justiça e procuradores da República (SADEK, 1997; SADEK; CASTILHO, 1998); pesquisa sobre a atuação dos promotores de justiça na atividade de controle externo da atividade policial na Bahia (SANCHEZ FILHO, 2000); pesquisa qualitativa com promotores de justiça de São Paulo (SILVA, 2001); as relações entre MP e política no Brasil (ARANTES, 2002); pesquisa sobre a construção institucional do MP pela definição organizacional de frentes de atuação (MACHADO, 2007a); pesquisa comparativa sobre o MP brasileiro e o MP espanhol (MACHADO, 2007b); *pesquisa sobre a atuação do MP em políticas criminais sob uma perspectiva crítica (emancipatória) do direito social à segurança pública (SUXBERGER, 2010).*

ram na pauta das prioridades institucionais ressentem da ausência de recursos para o desempenho das atividades (MACHADO, 2007a: 205-220; SANCHES FILHO, 2000: 185-208).

O propósito do presente artigo é abordar uma função específica do Ministério Público brasileiro: o controle externo da atividade policial. A escolha deve-se ao inegável interesse pelo desempenho desta função, evidenciado pela definição de prioridades do Conselho Nacional do Ministério Público.[3] Muito se discute sobre os limites da atuação do Ministério Público, os conflitos com a Polícia e a eficácia ou ineficácia do desempenho desta função. Algumas perguntas pertinentes ao leitor interessado no tema: O Ministério Público tem desempenhado de forma eficiente esta função? Mas, o que se constitui o controle externo da atividade policial? Obviamente, todas essas questões mereceriam uma análise detida. O nosso objetivo, porém, é mais modesto.

Partimos da seguinte hipótese: o desempenho das atividades conferidas pela Constituição e leis infraconstitucionais ao Ministério Público é indissociável dos significados e imagens das distintas funções para os atores que integram o campo jurídico. Assim, devemos considerar a existência de diferentes procedimentos interpretativos na construção social da realidade (BERGER; LUCKMANN, 1999: 51-52; BRUNER, 1990: 96; SCHÜTZ, 1993: 112-115). Definimos as representações como imagens e símbolos construídos socialmente a partir das interações entre os atores que integram as referidas organizações do sistema de justiça, condicionadas pelas experiências compartilhadas e expectativas em relação ao desempenho das atividades, pela cultura profissional e pautas organizacionais.[4]

O nosso objetivo é apresentar pesquisa exploratória realizada no Distrito Federal sobre as representações sociais de profissionais da área jurídica em relação ao desempenho do MP no âmbito criminal e, especialmente, no exercício da atividade de controle externo da atividade policial, bem como apresentar estudo de caso do Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP) do *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* (apresentamos a metodologia

3. Conferir Nota Técnica do Conselho Nacional do Ministério Público sobre o controle externo das polícias (Controle Externo. Disponível em: [www.cnmp.gov.br/noticias_cnmp/2010/controle-externo-das-policias-cnmp-expede-nota-tecnica-e-recomendacao/]. Acesso em: 20.06.2010.

4. Certamente, é vasta a literatura sobre o tema. Uma definição mais ampla das representações: imagens, símbolos e expressões decorrentes das interações que ocorrem entre o indivíduo e a sociedade, com capacidade criadora de uma dada realidade, dirigindo práticas sociais para uma correspondente realidade (JOVCHELOVITCH, 2004).

e técnicas de pesquisa no item 4). Por isso, será relevante abordar a construção interna (cultura organizacional) do conceito de controle externo, razão pela qual o debate legal e jurídico-doutrinário não será o foco da argumentação.[5]

2. CAMPO JURÍDICO E CULTURA ORGANIZACIONAL: AS RELAÇÕES ENTRE A POLÍCIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO (ALÉM DO CONTROLE EXTERNO)

As representações, práticas e relações estabelecidas entre os atores que integram as organizações do sistema de justiça são condicionadas pelos *habitus* jurídicos em sua dupla dimensão: estruturantes e estruturados pela lógica do campo jurídico. A divisão de "competências" jurídicas confere poder à comunidade dos juristas para distinguir o que corresponde ou não ao direito. A racionalidade do direito impõe determinadas práticas a serem adotadas e os cânones jurídicos são reservas de autoridade e devem ser seguidos na operação que traslada os conflitos sociais ao espaço que busca a neutralidade na interpretação do direito. A estrutura do discurso jurídico favorece a autonomia do texto legal e torna possível uma forma particular de conhecimento especializado, com regras e lógica próprias (BOURDIEU, 2001: 211). A conformação institucional das organizações que integram o sistema de justiça e a profissionalização das carreiras jurídicas geram disputas na distribuição do "poder de nomear" o direito. A evolução institucional do MP, da magistratura e da Polícia no Brasil pós-Constituição de 1988 fornece algumas pistas para análise (BONELLI, 1998: 185-214; SADEK, 2003).[6]

O MP foi definido pela Constituição Federal de 1988 como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988). O MP tornou-se, assim, independente dos poderes do Estado. As garantias de autonomia, institucional e funcional, coincidem com as conferidas ao Judiciário: poder para apresentar proposta orçamentária e para apresentar proposta legislativa que disponha

5. A teoria da organizações propicia ferramentas para contrapor a organização-resposta à organização-construção. Para isso, é relevante a análise que considera a cultura organizacional e pautas que orientam a ação coletiva no interior das organizações (CROIZIER, 1992; BERGER; LUCKMANN, 1999; MACHADO, 2007a: 27-34; MACHADO, 2007b: 15-18).

6. A conformação do campo jurídico penal gera espaço de disputas, no qual uma cultura de direitos humanos permite uma releitura emancipatória sobre o papel das instituições, especialmente o desempenhado pelo MP (SUXBERGER, 2010: 14-88).

sobre a criação e a extinção de cargos a serem providos por meio de concursos públicos. Na engenharia institucional brasileira a Polícia foi mantida vinculada ao Executivo, não dispondo das prerrogativas que foram conferidas ao Judiciário e ao MP.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu entre as atribuições do MP brasileiro a legitimidade para defesa de direitos difusos e coletivos, consolidando inovações legislativas da década de 1980 (MACHADO, 2007a: 122-124). Entre as atribuições previstas no art. 129 da CF/1988, o exercício da ação penal pública é a única atividade privativa do MP, revogando-se as disposições que previam o chamado procedimento penal de ofício.[7]

Os integrantes do MP integram o campo jurídico e concorrem por um capital específico (capital jurídico). A cultura profissional decorre, em grande parte, do fato de os membros do MP compartilharem determinados valores e visões sobre o mundo e o papel a ser exercido pela organização (BONELLI, 1998, p. 185-214).

O monopólio da ação penal, quando atribuído ao MP, outorga-lhe o poder de definir as condutas que devem ser objeto de julgamento por suposta violação do ordenamento jurídico-penal. A maior ou menor capacidade para conduzir investigações pré-processuais atribui aos membros do MP o poder de selecionar os fatos que devem ser levados ao conhecimento do Judiciário (DI FEDERICO, 1998: 71-89; MOUHANNA, 2004: 502 e ss.; VOGLIOTTI, 2004: 454 e ss.). O fato de que em alguns modelos instituídos cabe ao MP a última palavra sobre o arquivamento de determinado procedimento de investigação propicia à organização elevado capital jurídico no campo jurídico penal (BOURDIEU, 2001). A atribuição de funções diversas, como a defesa dos interesses difusos e coletivos (modelo brasileiro), permitiu, inclusive, fortalecimento da instituição na divisão de competências jurídicas (ARANTES, 2002: 19-76; SADEK, 2000: 11-37).

O fato de a Polícia estar (ou não estar) funcionalmente subordinada ao MP não é irrelevante. Estudos sociológicos apontam a capacidade seletiva da Polícia (discricionária) na definição jurídico-penal de práticas sociais (PORTO; COSTA, 2009: 60-66). Quanto mais discricionariedade houver na atuação dos policiais, menos poder de decisão haverá para outros atores que integram o campo jurídico. A dependência de elementos probatórios previamente produzidos pela Polícia significa, na prática, menor amplitude de decisão na posterior definição jurídica dos casos.

---

7. Ver análise histórica sobre os antecedentes do controle externo da atividade policial no Brasil. (CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA, 2010: 30-34.

Na estrutura do campo jurídico, o Judiciário ocupa posição central, já que historicamente lhe foi conferido o poder de "dizer o direito" (poder de nomeação no campo jurídico). O MP surge historicamente como instituição representante dos interesses do rei, como "fiscal" dos interesses monárquicos e, em alguns países, como na Espanha, a vinculação histórica aos interesses reais reflete-se na manutenção da denominação *fiscal*, para designar os integrantes da carreira. A evolução política propiciou a rearticulação das funções a serem desempenhadas pelas diversas burocracias estatais, inclusive as que integram o assim chamado campo jurídico. A transição ao "Estado Social e Democrático de Direito", modelo constitucional instituído em parte dos países ocidentais ao longo da segunda metade do século XX, propiciou novas interpretações sobre as funções desempenhadas pelo MP e Judiciário (FLORES PRADA, 1999; MACHADO, 2007a). A clara definição do papel a ser desempenhado pelas duas carreiras não se concretizou em alguns países e o Judiciário acumula funções que parte da comunidade dos processualistas (campo processual-penal) identifica como próprias do MP (MACHADO, 2007b: 350-351).

As relações profissionais constituem outro aspecto a ser considerado e complementam o enfoque organizacional. As relações entre os atores que integram o sistema de justiça ensejam um mundo próprio, com dinâmica específica, relativamente autônoma em relação ao mercado e à política (BOURDIEU, 2001: 211). Tal dinâmica se estabelece, por um lado, pelas tensões internas a determinada profissão (intraprofissional) e reflete a competição entre os integrantes de determinado grupo. Por outro lado, é influenciada pelas disputas entre profissionais que competem no campo jurídico (interprofissional) (BONELLI, 2002: 16-21).

A compreensão sobre o significado do controle externo da atividade policial para os membros do Ministério Público está associada ao significado da prática em um contexto e campo específicos. Na divisão de competências jurídicas coube historicamente à Polícia o papel de instituição responsável pela investigação dos delitos. O inquérito policial assume, assim, em analogia entre os campos jurídico-penal e econômico, um significado próximo ao que representa o monopólio da exploração de uma determinada atividade produtiva para o campo econômico (BOURDIEU, 2001: 165-223; BONELLI, 2002: 236-237).

A análise de experiências vivenciadas em outros países pode ser interessante para a compreensão das peculiaridades de cada caso. O caso italiano é especialmente interessante pela mudança radical operada pela Constituição italiana do pós-guerra. O MP italiano desvincula-se do Executivo, aproximando-se do Judiciário a partir da criação de mecanismos legais que conferiram autonomia à instituição. Como decorrência do processo de insulamento do

Poder Executivo, houve uma mudança nas relações entre o MP e a Polícia, órgão que na engenharia institucional italiana deve prestar contas tanto ao governo quanto à magistratura (DÍEZ-PICAZO, 2000: 128-130; GUARNIERI, 1997: 183-185). Se durante o regime fascista o peso maior era do Executivo, configurando a Polícia o principal *gatekeeper* do sistema de justiça criminal, com a Constituição republicana do pós-guerra e a reforma do Código de Processo Penal, o MP ganhou uma posição proeminente na direção da Polícia[8] (VOGLIOTTI, 2004: 454).

Por outro lado, o novo regime constitucional não imprimiu uma mudança imediata nas práticas e hábitos dos atores jurídicos. Uma mudança importante, na visão de Vogliotti, foi a evolução cultural da magistratura. Em outras palavras, houve um processo de redefinição e *ressignificação* das práticas jurídicas entre os membros da magistratura requerente. Assim, no decorrer da década de 1970 os inputs do sistema de justiça criminal passaram também a ser definidos e geridos pela Magistratura. E o ápice ocorreu com a chamada "Operação Mãos Limpas" (VOGLIOTTI, 2004: 454-455). Porém, desde 2001, com a vitória da coligação de direita, a magistratura passou a sofrer ataques. Acentuou-se a mediatização do tema segurança pública, potencializando as demandas por maior poder de controle pela polícia do território e da população. No plano legislativo, há projetos legislativos que diminuem a autonomia do MP, em prol de uma Polícia mais ativa durante as investigações (VOGLIOTTI, 2004: 456-457). Por certo, a interação entre Polícia e MP não se dissocia das interferências diretas do governo, materializadas nos esforços de alteração da engenharia institucional italiana, conferindo maior poder à Polícia, com vínculos diretos com o Executivo. Na pesquisa realizada por Vogliotti, destaca-se, contudo, que na divisão diária de atividades no campo jurídico-penal, há razoável sinergia e ausência de tensões mais importantes entre Ministério Público e Polícia, o que se traduz na distribuição das tarefas de investigação. À Polícia é conferida razoável autonomia para os casos mais graves. Já os fatos mais complexos são dirigidos diretamente pelo Ministério Público (VOGLIOTTI, 2004: 489 e 499-501).

Contrapondo-se ao modelo italiano, o MP francês historicamente esteve vinculado ao Executivo. Os membros do MP francês são agentes do Poder Executivo perante os tribunais, manifestando a subordinação hierárquica na dependência de cada um dos promotores de justiça em relação ao Ministro da Justiça. Internamente, cada membro do MP se subordina ao superior hierárquico respectivo, regra atenuada tanto pelo livre uso da palavra em audiência

8. Na Itália não existe uma Polícia Judiciária sob a dependência exclusiva da Magistratura. As funções de Polícia Judiciária são exercidas pelos mesmos quadros com competência administrativa e securitária (VOGLIOTTI, 2004: 476 e ss.).

quanto pela impossibilidade de substituição do promotor que exerça a ação penal em um caso específico. A dependência hierárquica do MP complementa-se pelo princípio da oportunidade da persecução penal, o que enseja grande margem de discricionariedade e críticas por ofensas ao princípio da igualdade perante a lei, imparcialidade e independência da acusação pública. (DÍEZ-PICAZO, 2000: 113-120; RASSAT, 1967: 13).

Em pesquisa realizada sobre a interação entre o MP e a Polícia na França, evidenciou-se que, embora a interação seja muitas vezes retratada como conflituosa, o cotidiano é marcado pelas relações de confiança entre promotores de justiça e policiais. Na prática, as organizações conferem grande margem de autonomia aos agentes que desempenham o trabalho de campo (MOUHANNA, 2004: 502 e ss.). Se é certo, avalia Mouhanna, que legalmente o MP é responsável pelo controle da atividade policial, na prática, porém, uma visão crítica deve considerar a submissão da Magistratura e do MP ao aparato policial. Na distribuição de funções, a insuficiência de estrutura material e humana faz com que o MP raramente assuma a direção das investigações, o que pode estar associado também à falta de habilidades específicas ou vontade de desempenhar a função. Assim, de forma semelhante ao que foi constatado no caso italiano, não há uma relação conflituosa generalizada; ao contrário, nota-se uma relação cooperativa (MOUHANNA, 2004: 512-518).

Algumas das pesquisas centradas sobre as relações entre profissionais que competem no campo jurídico no Brasil revelam que as interações entre membros do MP e Delegados de Polícia no Brasil estão marcadas por disputas e críticas recíprocas (SANCHEZ FILHO, 2000: 194-205; SILVA, 2001: 102-103). Os policiais, incapazes de alterar a relação de dominação, sentem-se estigmatizados pela formação acadêmica, aparentemente de qualidade inferior.

No *survey* realizado com os Delegados de Polícia (Polícia Civil) em 2002, 94% dos entrevistados rejeitaram a interferência do MP na atividade policial e 84,6% posicionaram-se contrários à criação de grupos de investigação dentro do próprio MP (SADEK, 2003: 24). No espaço aberto para que os Delegados pudessem acrescentar comentários à pesquisa, o MP foi a instituição mais criticada. Os Delegados ressentem-se tanto da intervenção "indevida" na investigação e no inquérito policial, quanto das maiores garantias e do poder conferidos a promotores e procuradores (CAVALCANTI, 2003: 149-152). Enfraquecidos com a engenharia institucional consolidada após a Constituição Federal de 1988, pesquisas realizadas com Delegados de Polícia revelam que esses profissionais apontam a perda de força e a imagem negativa da categoria, desprestigiada perante a sociedade (BONELLI, 2002: 289). A prerrogativa de presidir o inquérito policial, fundamento da autoridade do delegado de polícia, constitui-se, também, em importante ponto de tensão com o MP.

Em pesquisa realizada sobre as relações interorganizacionais entre o MP e organizações que integram o sistema de justiça, tivemos a oportunidade de aprofundar e discutir questões abordadas em pesquisas anteriores (MACHADO, 2007a: 207-214).[9] Na pesquisa realizada com os membros do MP Federal de Brasília em 2004, a grande maioria dos procuradores da República entrevistados representam de forma negativa a proximidade da Polícia com o Executivo. Uma vez mais, a tensão interprofissional aparenta estar associada à interdependência entre sistema político e sistema jurídico. A imagem da Polícia como órgão que sofre interferência direta do governo é compartilhada pelos próprios delegados de polícia. No *survey*, realizado em 2002, com Delegados de Polícia do Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, a interferência política na cúpula da instituição foi apontada por 72,6% dos entrevistados como obstáculo muito importante ao bom desempenho da Polícia Civil (SADEK, 2003: 20). No discurso dos participantes da pesquisa, o controle externo da atividade policial também surge como fator de tensão entre as carreiras. Embora recorrente na fala dos entrevistados a necessidade de insistir na tese de que o MP pode e deve investigar, os participantes apresentaram uma visão complexa da interação com a Polícia Federal. Na construção de estratégias de interação, as relações pessoais seriam decisivas. A ausência de suficiente estrutura para a Polícia desempenhar suas funções aparece também nos relatos dos participantes da pesquisa, retratada em imagens como "O governo sucateou a Polícia", ou "a quem interessa uma Polícia bem aparelhada?". Por outro lado, nos relatos aparecem também as parcerias bem sucedidas e imagens como: "Apesar de tudo a Polícia tem uma estrutura (para investigação) que nós não temos". Em alguns dos casos, a interação com a Polícia permitiu aprofundar investigações de difícil elucidação. "Aproximar a Polícia do MP é uma alternativa", afirmam alguns dos entrevistados. Segundo essa lógica, seria possível exercer controle mais eficaz da atividade policial, trazendo-a para trabalhar próxima do Ministério Público, superando os ciúmes suscitados pelo controle externo.

3. REPRESENTAÇÕES SOCIAIS SOBRE A ATUAÇÃO DO MP NA ÁREA CRIMINAL E O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL: NOTAS PARCIAIS DE UMA PESQUISA EXPLORATÓRIA

Entre 2006 e 2007, realizamos com o apoio da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal (FESMPDFT) pesquisa exploratória

9. Sobre a metodologia da pesquisa com procuradores da República em Brasília, conferir: MACHADO (2007a: 45-50); MACHADO (2007b: 25-30).

(coordenada por Antonio H. G. Suxberger, Bruno Amaral Machado e Thiago Pierobom) sobre as representações de profissionais da área jurídica quanto ao desempenho do Ministério Público em diversas áreas de atuação no Distrito Federal.[10] Na primeira fase (quantitativa) foram enviados questionários aos seguintes profissionais:

Atuação do profissional	Número de questionários encaminhados	Número de questionários respondidos	Percentual de resposta
Desembargador	35	8	22,9%
Delegado de Polícia	106	19	17,9%
Defensor Público	131	22	16,8%
Juiz	230	23	10,0%
Oficial da PM	200	169	84,5%
Total	1.052	243	23,1%

Na fase qualitativa, optamos pela realização de entrevistas semiestruturadas, que contou com a participação dos seguintes profissionais da área jurídica: 9 membros do Poder Judiciário, 7 Defensores Públicos, 10 Delegados de Polícia e 4 oficiais da Polícia Militar.[11] Para os fins deste artigo, selecionamos unicamente as repostas relacionadas à investigação criminal pelo MP, ao relacionamento entre MP e Polícia e o controle externo da atividade policial. Da fase qualitativa, utilizamos as entrevistas semiestruturadas que permitem contrastar a resposta aos questionários e, assim, confrontar determinadas imagens sugeridas na pesquisa quantitativa.[12]

10. Ver descrição sobre a amostra, metodologia e relatório da pesquisa quantitativa elaborada pelo estatístico René Mallet Raup (2009). Não consideramos nesta análise sexo, tempo de carreira e formação acadêmica, pois não houve discrepância significativa em relação às questões analisadas neste artigo.
11. Conferir descrição detalhada da pesquisa (coordenadores, estudantes) e dificuldades enfrentadas para a aplicação dos questionários e entrevistas semiestruturadas em uma das monografias elaboradas a partir da pesquisa (reproduz entrevistas transcritas neste item) (RIBEIRO, 2008: 1-18).
12. No item 3, as tabelas e dados da pesquisa quantitativa foram extraídos diretamente do relatório estatístico elaborado por René Mallet Raup (RAUPP, 2008). Por outro lado, as entrevistas semiestruturadas citadas diretamente assim como a síntese da pesquisa qualitativa (percepções dos sujeitos da pesquisa) (item 3) encontram-se na monografia final elaborada por Juliana L. Ribeiro (RIBEIRO, 2008).

3.1 Investigação criminal pelo Ministério Público

3.1.1 A eficiência das investigações criminais realizadas pelos próprios órgãos internos da polícia, envolvendo desvios cometidos por seus policiais, pode ser influenciada pelo corporativismo?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	20 (90,9%)	2 (9,1%)	–	–	22
Delegado de Polícia	7 (36,8%)	1 (57,9%)	–	1 (5,3%)	19
Desembargador	7 (87,5%)	1 (12,5%)	–	–	8
Juiz de Direito	20 (87,0%)	1 (4,3%)	2 (8,7%)	–	23
Oficial da PM	130 (76,9%)	33 (19,5%)	6 (3,6%)	–	169
TOTAL	184 (76,4%)	48 (19,9%)	8 (3,3%)	1 (0,4%)	241

3.1.2 No caso de investigação de crimes cometidos por policiais, a intervenção do Ministério Público pode alcançar resultados mais satisfatórios em relação à investigação realizada pelos próprios órgãos internos da polícia?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	17 (77,3%)	5 (22,7%)	–	–	22
Delegado de Polícia	3 (15,8%)	15 (78,9%)	–	1 (5,3%)	19
Desembargador	8	–	–	–	8
Juiz de Direito	20 (87,0%)	–	3 (13,0%)	–	23
Oficial da PM	114 (67,4%)	48 (28,4%)	6 (3,6%)	1 (0,6%)	169
TOTAL	162 (67,3%)	68 (28,2%)	9 (3,7%)	2 (0,8%)	241

Em relação aos itens 3.1.1 e 3.1.2, cotejamos as respostas dos Delegados de Polícia, os quais, em sua maioria (57,9%), mencionam que o corporativismo não interfere na eficiência das investigações, com a visão dos demais profissionais da área jurídica. De fato, 57,9% dos delegados entrevistados entendem que a Polícia tem condições de investigar todas as infrações penais. Além disso, 78,9% dos Delegados entendem que, no caso de investigação de crimes cometidos por policiais, a intervenção do Ministério Público não pode alcançar resultados mais satisfatórios em relação à investigação realizada pelos próprios órgãos internos da Polícia. Esta visão contrasta com os demais profissionais da área jurídica que participaram da pesquisa.

No campo policial no DF, a pesquisa sugere divergência entre os servidores públicos que integram as Polícias Civil e Militar. A maioria dos oficiais da Polícia Militar (76,9%) entende que as investigações criminais de desvios praticados por seus agentes, dirigidas, quando apuradas internamente, podem ser influenciadas pelo corporativismo. Assim, a intervenção do MP pode alcançar resultados mais satisfatórios (67,4%).

Entre os juízes que responderam ao questionário, predomina a visão de que o envolvimento do MP nas investigações envolvendo crimes cometidos por policiais melhoraria a qualidade da investigação em relação à investigação interna (Corregedorias) (87%). Entre os Defensores Públicos que participaram da fase quantitativa, 90,9% aponta o corporativismo da Polícia, como fator que influencia nas investigações criminais de integrantes da própria Polícia. Além disso, 77,3% dos Defensores Públicos entende que a participação direta do Ministério Público nas investigações de crimes cometidos por policiais, altas autoridades do Poder Executivo e crime organizado com infiltração no próprio Estado podem acarretar resultados mais satisfatórios para o esclarecimento dos fatos.

3.1.3 No caso de investigação de crimes cometidos por altas autoridades do Poder Executivo, a intervenção do Ministério Público, por não estar sujeito a pressões externas de outros poderes estatais, pode alcançar resultados mais satisfatórios que a investigação policial?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	17 (77,3%)	5 (22,7%)	-	-	22
Delegado de Polícia	5 (26,3%)	11 (57,9%)	1 (5,3%)	2 (10,5%)	19

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Desembargador	6 (75,0%)	1 (12,5%)	1 (12,5%)	-	8
Juiz de Direito	13 (56,5%)	7 (30,4%)	3 (13,1%)	-	23
Oficial da PM	144 (85,2%)	17 (10,1%)	8 (4,7%)	-	169
TOTAL	185 (76,8%)	41 (17,0%)	13 (5,4%)	2 (0,8%)	241

3.1.4 As investigações envolvendo o crime organizado, que possui infiltração no próprio Estado, poderiam ter maior êxito se fossem conduzidas por membros do Ministério Público?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	15 (68,2%)	6 (27,3%)	1 (4,5%)	-	22
Delegado de Polícia	1 (5,3%)	17 (89,4%)	-	1 (5,3%)	19
Desembargador	4 (50,0%)	3 (37,5%)	1 (12,5%)	-	8
Juiz de Direito	13 (56,5%)	8 (34,8%)	2 (8,7%)	-	23
Oficial da PM	109 (64,4%)	42 (24,9%)	15 (8,9%)	3 (1,8%)	169
TOTAL	142 (58,9%)	76 (31,5%)	19 (7,9%)	4 (1,7%)	241

3.1.5 A investigação criminal deve ser atribuição exclusiva da Polícia?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	4 (18,2%)	17 (77,3%)	1 (4,5%)	-	22
Delegado de Polícia	16 (84,2%)	2 (10,5%)	-	1 (5,3%)	19

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Desembargador	4 (50,0%)	4 (50,0%)	-	-	8
Juiz de Direito	4 (17,4%)	19 (82,6%)	-	-	23
Oficial da PM	53 (31,4%)	106 (62,7%)	8 (4,7%)	2 (1,2%)	169
TOTAL	81 (33,6%)	148 (61,4%)	9 (3,7%)	3 (1,3%)	241

Uma das questões recorrentes na fala dos membros do Ministério Público na pesquisa que realizamos refere-se à ausência de independência da Polícia para investigar os membros do governo ou os delitos com ramificações no Estado (crime organizado e corrupção política) (MACHADO, 2007a: 207-214 e 294-296). Em outras palavras, a imagem da Polícia (no discurso dos participantes da pesquisa) surge associada à vinculação direta com o Executivo. Neste sentido, a pesquisa realizada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT) buscou, na fase quantitativa, identificar as percepções sociais de profissionais da área jurídica sobre tais representações identificadas nas entrevistas com os membros do MP.

Entre os Delegados de Polícia, predomina a visão de que a participação direta do MP não necessariamente alcançaria resultados mais satisfatórios. Os Delegados de Polícia discordam, ainda, que a condução do inquérito policial em casos de crime organizado, com ramificações no Estado tivesse maior possibilidade de êxito se conduzidos pelo MP.

A matéria não é unânime entre os demais profissionais que participaram da pesquisa. A percepção sobre a possibilidade do MP investigar diretamente provoca, inclusive, uma dificuldade de compreensão dos limites desta atividade, conforme sintetiza um dos desembargadores entrevistados:

"O Ministério Público deve evitar o envolvimento emocional com a prova em um primeiro momento. Às vezes pode comprometer a colheita da prova que irá comprometer a sua própria atuação. Em alguns casos restritos eu até acho difícil um delegado investigar outro delegado, um delegado investigar o seu chefe, um delegado investigar um governador. Há uma certa dificuldade de atuação. Eu acho que nesses casos deve agir o MP, mas com muita cautela. Não querer ser investigador policial, porque o investigador tem ter uma visão diferente até mesmo para garantir a ampla defesa e o contraditório" (Desembargador 2).

3.1.6 A investigação criminal deve ser atribuição exclusiva da Polícia?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	4 (18,2%)	17 (77,3%)	1 (4,5%)	-	22
Delegado de Polícia	16 (84,2%)	2 (10,5%)	-	1 (5,3%)	19
Desembargador	4 (50,0%)	4 (50,0%)	-	-	8
Juiz de Direito	4 (17,4%)	19 (82,6%)	-	-	23
Oficial da PM	53 (31,4%)	106 (62,7%)	8 (4,7%)	2 (1,2%)	169
TOTAL	81 (33,6%)	148 (61,4%)	9 (3,7%)	3 (1,3%)	241

3.1.7 O Ministério Público possui capacidade (conhecimento e habilidade) para investigar crimes?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	14 (63,6%)	6 (27,3%)	2 (9,1%)	-	22
Delegado de Polícia	2 (10,5%)	14 (73,7%)	1 (5,3%)	2 (10,5%)	19
Desembargador	3 (37,5%)	5 (62,5%)	-	-	8
Juiz de Direito	8 (34,8%)	10 (43,5%)	5 (21,7%)	-	23
Oficial da PM	68 (40,3%)	56 (33,1%)	45 (26,6%)	-	169
TOTAL	95 (39,4%)	91 (37,8%)	53 (22,0%)	2 (0,8%)	241

3.1.8 Sem prejuízo da investigação policial, o Ministério Público deve ter poder para investigar diretamente crimes para promover a ação penal pública?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	12 (54,6%)	9 (40,9%)	1 (4,5%)	-	22
Delegado de Polícia	-	17 (89,4%)	1 (5,3%)	1 (5,3%)	19
Desembargador	3 (37,5%)	5 (62,5%)	-	-	8
Juiz de Direito	15 (65,3%)	7 (30,4%)	1 (4,3%)	-	23
Oficial da PM	113 (66,9%)	44 (26,0%)	12 (7,1%)	-	169
TOTAL	143 (59,4%)	82 (34,0%)	15 (6,2%)	1 (0,4%)	241

Em relação aos itens 3.1.6, 3.1.7 e 3.1.8, as respostas dos Delegados de Polícia sugerem desconfiança sobre a investigação realizada pelo MP, seja pela exclusividade da função pela Polícia, seja pela falta de capacitação técnica dos membros do MP para investigar. Entre os Delegados entrevistados, 84,2% entendem que a investigação criminal deve ser atribuição exclusiva da Polícia. Além disso, 73,7% assinalam a falta de capacidade de o Ministério Público conduzir investigações; ainda, 89,4% dos Delegados de Polícia entendem que o MP não deve ter poderes investigatórios na área criminal. Mais uma vez, a pesquisa sugere divergências entre os servidores que integram o campo policial. A maioria dos oficiais da Polícia Militar concorda que a investigação não deve ser atribuição exclusiva da Polícia (62,7%). Porém, nota-se pouca segurança se o MP de fato estaria preparado para investigar (40,3% dos entrevistados acreditam que o MP estaria capacitado). A maioria dos oficiais entende que o MP deve ter poderes para investigar diretamente (66,9%).

Entre os juízes que participaram da fase quantitativa da pesquisa, 65,3% entende que o MP deve ter poderes para investigar diretamente, e a investigação não deve ser exclusiva da Polícia (82,6%). Entre os desembargadores que participaram da fase quantitativa da pesquisa, 50% entende que a investigação criminal deve ser atribuição exclusiva da Polícia. Também merece análise o fato

de que a maioria dos Desembargadores nega a possibilidade de o MP investigar diretamente, apontando também a ausência de capacidade investigadora.

3.2 Ministério Público e Polícia

3.2.1 É importante a existência de órgão externo à Polícia que fiscalize suas atividades?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	22	-	-	-	22
Delegado de Polícia	16 (84,2%)	2 (10,5%)	1 (5,3%)	-	19
Desembargador	8	-	-	-	8
Juiz de Direito	22 (95,7%)	1 (4,3%)	-	-	23
Oficial da PM	154 (91,1%)	9 (5,3%)	6 (3,6%)	-	169
TOTAL	222 (92,1%)	12 (5,0%)	7 (2,9%)	-	241

3.2.2 O controle externo da atividade policial realizado pelo MP acarreta intervenção indevida no trabalho da polícia?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	-	21 (95,5%)	-	1 (4,5%)	22
Delegado de Polícia	10 (52,6%)	7 (36,8%)	1 (5,3%)	1 (5,3%)	19
Desembargador	-	7 (87,5%)	1 (12,5%)	-	8
Juiz de Direito	3 (13,0%)	8 (78,3%)	2 (8,7%)	-	23
Oficial da PM	36 (21,3%)	106 (62,7%)	22 (13,0%)	5 (3,0%)	169
TOTAL	49 (20,3%)	159 (66,0%)	26 (10,8%)	7 (2,9%)	241

3.2.3 Você acha que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) tem exercido de forma eficiente o controle externo da atividade policial sobre a Polícia Civil do Distrito Federal?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	5 (22,7%)	11 (50,0%)	6 (27,3%)	–	22
Delegado de Polícia	4 (21,0%)	11 (58,0%)	4 (21,0%)	–	19
Desembargador	2 (25,0%)	1 (12,5%)	5 (62,5%)	–	8
Juiz de Direito	2 (8,7%)	11 (47,8%)	10 (43,5%)	–	23
Oficial da PM	22 (13,0%)	82 (48,5%)	64 (37,9%)	1 (0,6%)	169
TOTAL	35 (14,5%)	116 (48,2%)	89 (36,9%)	1 (0,4%)	241

3.2.4 Você acha que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) tem exercido de forma eficiente o controle externo da atividade policial sobre a Polícia Militar do Distrito Federal?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	5 (22,7%)	9 (40,9%)	8 (36,4%)	–	22
Delegado de Polícia	2 (10,5%)	9 (47,4%)	8 (42,1%)	–	19
Desembargador	1 (12,5%)	1 (12,5%)	6 (75,0%)	–	8
Juiz de Direito	2 (8,7%)	11 (47,8%)	10 (43,5%)	–	23
Oficial da PM	88 (52,1%)	59 (34,9%)	22 (13,0%)	–	169
TOTAL	98 (40,7%)	89 (36,9%)	54 (22,4%)	–	241

Em relação aos itens 3.2.1 a 3.2.4, a pesquisa sugere que, embora predomine a visão de que é fundamental a existência de órgão externo de controle da atividade policial, para os Delegados de Polícia que participaram da pesquisa, o controle externo realizado pelo MP acarreta intervenção indevida no trabalho da Polícia. Quanto à avaliação do desempenho da função do MP no controle externo da atividade policial, predomina a imagem de que o MP não tem desempenhado de forma eficiente esta função (entre os que possuem opinião definida). Para os Delegados de Polícia que participaram da pesquisa, 84,2% entende que é importante a existência de um órgão externo à Polícia que fiscalize suas atividades. Contudo, da forma como é exercido pelo MP, acarretaria intervenção indevida no trabalho da Polícia (52,6%); entre os Delegados, predomina, ainda, a visão de que o MP não desempenha de forma eficiente o controle externo das atividades da Polícia Civil (58%), avaliação um pouco melhor em relação ao controle da Polícia Militar (47,4%).

Os oficiais da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) também concordam que é importante a existência de órgão externo de controle da atividade policial (91,1%). Porém, o que sugere outra divergência com os Delegados de Polícia, a maioria dos oficiais (62,7%) acredita que o controle externo da atividade Policial realizado pelo Ministério Público não implica intervenção indevida no trabalho da Polícia.

Ainda avaliando a pesquisa quantitativa, 100% dos Desembargadores entrevistados creem necessária a existência de órgão externo à Polícia que fiscalize suas atividades, o que não se constituiria em intervenção indevida no trabalho da Polícia. Porém, o desempenho da função pelo MP está distante da ideal. Entre os Desembargadores, 62,5% apontam a eficácia do controle externo das atividades da Polícia Civil pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), avaliação um pouco melhor em relação ao controle externo da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF).

As representações colhidas na fase qualitativa permitem aprofundar um pouco mais as imagens sobre o desempenho do MP nesta área de atuação. A avaliação negativa quanto ao desempenho desta função é explicitada por um dos desembargadores entrevistados:

"Não há efetivamente este controle. O controle que o Ministério Público faz sobre a atividade policial é se ela está cumprindo a sua função institucional, instaurando inquéritos. Eu penso que o Ministério Público deveria estar muito mais preocupado se a Polícia não estaria exorbitando o seu poder em detrimento do cidadão. Eu gostaria de ver o Ministério Público atuando mais nessa área de direitos humanos, e quem atua nessa área é a OAB" (Desembargador 3).

Entre os magistrados entrevistados, a visão recorrente é a de que o MP deve exercer o controle externo da atividade policial. Contudo, há especial referência à necessidade de diferenciar o controle da "ingerência indevida". Um dos magistrados entrevistados, contudo, sugere as razões que desaconselham o controle externo da atividade policial pelo MP:

"É legítimo, pois estabelecido pela própria Constituição, e adequado, tendo em vista que a Polícia realiza diligências investigatórias para fornecer subsídios à propositura da ação penal, cujo titular é o Ministério Público. Mas não me parece que o Ministério Público tem realizado esse controle a contento, talvez porque ainda não há uma disciplina clara sobre quais seriam as funções ou os poderes do Ministério Público por ocasião do controle externo da atividade policial" (juiz 4).

"Como me coloquei contra o controle externo do MP e do Judiciário, também me coloco contra o controle externo das autoridades policiais, pois a ingerência ministerial, ainda que finalística, na atuação da Polícia acaba por desrespeitar a separação de funções entre as diversas instituições. A Polícia deve ter um órgão interno, uma Corregedoria, para exercer um controle finalístico da sua atividade. Temo que esse tipo de controle represente uma guerra de vaidades, uma interferência desnecessária de uma instituição em outra" (juiz 1).

Entre os Delegados de Polícia entrevistados, a crítica se dirige não exatamente à possibilidade do exercício do controle externo pelo MP, previsto constitucionalmente, mas à forma como é exercido. O receio quanto ao exercício desta função pelo MP está no que é representado como "confusão" entre o "controle externo" e o "controle interno" e nas "ingerências administrativas".

"O Ministério Público não se preocupa com o controle externo da Polícia como instituição, principalmente, com a existência de agentes do crime organizado infiltrados dentro da Polícia, ingerência política dentro da Polícia (...). Com isso o Ministério Público não mexe, porque ele tem medo. (...) Na verdade, ao exercer o controle externo, o Ministério Público confunde suas atribuições com as da Corregedoria de Polícia" (Delegado 10).

Confirmando pesquisas já realizadas com os delegados de Polícia (CAVALCANTI, 2003: 141-164) e as percepções colhidas na fase quantitativa, os Delegados entrevistados criticam a possibilidade de o MP realizar investigações diretamente. As razões são variadas: desde constitucionais (o Poder Constituinte Originário não teria conferido tal poder ao MP, conforme sintetizado por um dos entrevistados – Delegado 4); ausência de estrutura e capacidade do MP para exercer tal função (Delegado 6); desconhecimento pelos promotores da

estrutura da Polícia e distanciamento dos promotores de justiça das Delegacias de Polícia (Delegados 1 e 3, respectivamente).

3.2.5 Há necessidade hoje de uma maior integração entre Polícias Civil e Militar do Distrito Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT)?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	19 (86,4%)	1 (4,5%)	2 (9,1%)	-	22
Delegado de Polícia	18 (94,7%)	1 (5,3%)	-	-	19
Desembargador	5 (62,5%)	-	3 (37,5%)	-	8
Juiz de Direito	22 (95,7%)	-	1 (4,3%)	-	23
Oficial da PM	164 (97,0%)	3 (1,8%)	2 (1,2%)	-	169
TOTAL	228 (94,6%)	5 (2,1%)	8 (3,3%)	-	241

3.2.6 Deve haver a subordinação funcional direta da Polícia ao Ministério Público?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	2 (9,1%)	20 (90,9%)	-	-	22
Delegado de Polícia	-	19	-	-	19
Desembargador	1 (12,5%)	5 (62,5%)	2 (25,0%)	-	8
Juiz de Direito	3 (13,0%)	18 (78,3%)	2 (8,7%)	-	23
Oficial da PM	28 (16,6%)	126 (74,5%)	15 (8,9%)	-	169
TOTAL	34 (14,1%)	188 (78,0%)	19 (7,9%)	-	241

3.2.7 Você acredita que uma postura ativa do Ministério Público na fase das investigações, indicando linhas de investigação e fornecendo instruções específicas para a condução da investigação nos inquéritos policiais, acarreta maior probabilidade de sucesso na ação penal por ele ajuizada?

Atuação do profissional	SIM	NÃO	SO	SR	TOTAL
Defensor Público	13 (59,1%)	7 (31,9%)	1 (4,5%)	1 (4,5%)	22
Delegado de Polícia	3 (15,8%)	15 (78,9%)	1 (5,3%)	–	19
Desembargador	6 (75,0%)	2 (25,0%)	–	–	8
Juiz de Direito	15 (65,3%)	6 (26,0%)	2 (8,7%)	–	23
Oficial da PM	96 (56,8%)	47 (27,8%)	25 (14,8%)	1 (0,6%)	169
TOTAL	133 (55,2%)	77 (32,0%)	29 (12,0%)	2 (0,8%)	241

A pesquisa quantitativa sugere quase unanimidade entre os profissionais entrevistados de que é necessária mais integração entre o MP e a Polícia. Também predomina a visão de que não deve haver subordinação da Polícia ao MP. Sinaliza-se, ainda, que, com exceção dos Delegados de Polícia, os demais profissionais selecionados para a pesquisa acreditam na maior probabilidade de sucesso na ação penal, quando o MP assume uma postura ativa durante a investigação.

Entre os Delegados de Polícia entrevistados, há total discordância em relação à integração da Polícia à estrutura do MP. Na fala dos Delegados de Polícia há especial referência "à missão institucional de cada um". A integração é aceita e deveria ser incentivada. A subordinação ou vinculação funcional, contudo, é rechaçada. A imagem predominante na fala dos Delegados é a de duas instituições igualmente relevantes, com atribuições específicas e definidas.

No campo judicial não há a aparente unanimidade sugerida na fala dos Delegados de Polícia que participaram da pesquisa. Na divisão das competências jurídicas, chama à atenção a fala de um dos Desembargadores entrevistados, que aproxima as funções da Polícia e do MP:

"Da mesma forma que o Ministério Público pode investigar, eu penso que o Delegado de Polícia pode oferecer denúncia em alguns casos. Eu acho que o Ministério Público não deveria ter a exclusividade da ação penal. Antigamente, antes da reforma, nos acidentes de veículo, nós tínhamos o processo judicialiforme. Ele dava tão certo! A própria Portaria do Delegado já instaurava a ação penal, havia uma celeridade em tudo aquilo. Naquela época em que o Delegado de Polícia tinha a atribuição para a propositura da ação penal, ele se esmerava muito mais na colheita da prova. É a mesma coisa que justifica o Ministério Público investigar, como ele vai denunciar, ele vai se esmerar na busca da prova (...). Eu acho que não tem inconveniente nenhum os dois estarem na mesma instituição. A instituição poderia chamar "a instituição da persecução penal" (Desembargador 1).

Um dos Desembargadores entrevistados ressalta as deficiências do controle externo exercido pelo MP, sugerindo a subordinação da Polícia judiciária ao Ministério Público, pois este é o destinatário de sua atividade (Desembargador 3). Porém, reconhece que "o controle causa desencontro das atividades" e que "seria melhor uma regulamentação específica sobre o que se entende por controle", pois "a Polícia acha que o Ministério Público excede e o Ministério Público acha que a Polícia não quer se submeter à norma constitucional". No discurso dos Desembargadores participantes da pesquisa qualitativa, aparece de forma clara a ausência de definição exata dos limites e contornos exatos do controle a ser exercido, fonte, muitas vezes, das disputas institucionais. Um dos entrevistados, inclusive, não vê o caminho da subordinação da Polícia ao MP ou incorporação da Polícia ao quadro do MP como caminho a ser trilhado:

"No fundo, todos nós somos ferro e fogo da mesma instituição, o Estado. É o Estado que paga a magistratura, o Ministério Público e os Delegados. Todos nós somos servidores públicos. O nosso objetivo é servir ao público. (...) Então não me parece que juntar Ministério Público e Delegado dentro da mesma instituição possa trazer qualquer benefício ao sistema que já temos" (Desembargador 2).

Esta última visão diverge totalmente da retratada por um dos juízes entrevistados, o qual, inclusive, propõe a extinção da carreira de Delegado de Polícia e sua incorporação ao MP, o que traria mais eficiência ao sistema de justiça criminal (Juiz 5). Esta proposta não é acolhida, porém, pelos demais juízes e Desembargadores entrevistados. Em síntese, na imagem construída sobre a divisão de competências jurídicas, não deveria haver vinculação ou subordinação da Polícia ao MP.

4. REDEFININDO O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL: O CASO DO NÚCLEO DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL (NCAP) DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (MPDFT)

Pesquisas realizadas com membros do Ministério Público brasileiro (federal e estadual) constituem-se em importante referencial para análise do tema. No *survey* realizado com membros dos Ministérios Públicos estaduais, duas questões merecem atenção. Por um lado, a falta de recursos materiais da polícia (91%) e o mau desempenho desta instituição (88%) são apontados pelos promotores e procuradores de justiça como os fatores mais importantes para o bom funcionamento da administração da justiça no Brasil (SADEK, 1997: 49). As percepções sociais sugerem visão crítica sobre a eficiência da atividade policial. Por outro lado, ao relacionar as áreas prioritárias nos últimos dois anos, o controle externo aparece apenas em 6.º lugar. Na ordem das prioridades, aparece atrás das seguintes áreas: crime, administração pública, serviços de relevância pública e patrimônio público (SADEK, 1997: 59).

As representações sociais colhidas na pesquisa quantitativa com membros dos Ministérios Públicos estaduais não diferem substancialmente daquelas que aparecem no *survey* realizado com membros do Ministério Público Federal. Entre os obstáculos ao bom funcionamento da administração de justiça no Brasil, a falta de recursos materiais da polícia e o mau desempenho da polícia são apontados como os fatores mais importantes (93% e 85%, respectivamente) (SADEK; CASTILHO, 1998: 12). De acordo com o *survey* realizado com o MP Federal, entre os obstáculos a uma adequada prestação jurisdicional, a Polícia aparece como grande vilã. Do total de entrevistados, 71,5% consideram muito importante a demora na apuração pela Polícia e 64,5% apontam o despreparo técnico de policiais (SADEK; CASTILHO, 1998: 23).

Em síntese, há visão igualmente crítica sobre o desempenho da Polícia. Porém, ao relacionar as áreas prioritárias nos últimos dois anos, o controle externo aparece apenas em 7.º lugar. Na linha de prioridades, surge atrás das seguintes áreas: crime, fiscal da lei, patrimônio público, controle da administração pública, meio ambiente e serviços de relevância pública e patrimônio público (SADEK; CASTILHO, 1998: 29).

De fato, transcorreram vários anos da realização das pesquisas referidas e seria importante a realização de novos *surveys*, especialmente em razão do crescimento das instituições e renovação dos quadros. Isto é certo. Porém, em pesquisa recente, realizada pela Conamp com membros do Ministério Público brasileiro, o controle externo da atividade policial aparece como a função mais

criticada pelos próprios membros, somando o maior número de avaliações como ruim ou péssimo (26%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2006: 102).

As pesquisas quantitativas sugerem visão crítica sobre a atuação do MP. Por outro lado, a Polícia aparece como instituição bastante criticada. Nesse sentido, a necessidade de implementar o controle externo da atividade policial surge a partir de experiências vivenciadas e, muitas vezes, relaciona-se à construção de prioridades na agenda do MP brasileiro. Embora escassas as pesquisas sobre a atuação do MP na área de controle externo da atividade policial, os estudos já realizados permitem aprofundar o conhecimento sobre as dinâmicas internas e cultura institucional a partir de experiências concretas.

Já tivemos oportunidade de abordar o processo de expansão do MP do Distrito Federal por meio da criação de promotorias de justiça especializadas em diversos âmbitos de atuação (MACHADO, 2007a: 291-299). A área de controle externo da atividade policial também mereceu atenção de administrações anteriores do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Nesta pesquisa selecionamos o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP) do MPDFT para conhecer as representações dos membros do MP sobre o desempenho da atividade de controle externo da atividade policial. Para isso, optamos pela realização de entrevistas semiestruturadas com os promotores que integraram o NCAP desde a sua criação. O critério para definição do número de participantes da pesquisa foi a saturação. Decidimos não entrevistar os promotores de justiça criminais lotados nas distintas promotorias de justiça nas circunscrições territoriais do Distrito Federal, o que pode ser objeto de futura pesquisa, embora grande parte dos promotores que integraram o NCAP esteja ou já tenha estado lotados em promotorias de justiça criminais. Assim, entre maio e julho de 2010 entrevistamos 10 promotores de justiça que integraram o NCAP. O guia de entrevista constituiu-se apenas no ponto de partida, já que as "conversas" tangenciaram inúmeros aspectos não imaginados inicialmente, o que foi extremamente rico para análise final.[13] Analisamos também a literatura organizacional, consubstanciada em estatísticas, portarias e ações propostas.

No Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o Núcleo de Controle da Atividade Policial foi criado por meio da Portaria 799, de 21.11.1996, do Procurador-geral de Justiça. Nas considerações iniciais do documento, além da referência aos fundamentos constitucionais e legais para o controle

13. Em agosto de 2010, com a posse da Procuradora-geral de Justiça do MPDFT Eunice Amorim Carvalhido, foram designados novos integrantes para o NCAP, os quais não foram entrevistados nesta pesquisa.

externo, o texto menciona especialmente que cabe à Polícia investigar todas as infrações penais; porém, afirma-se ser "inegável que tem havido *discrição* na fase policial" (itálico no original), seja na forma direta, mediante a omissão do registro das ocorrências, seja na forma indireta, quando arquivados diretamente na Polícia, ou não investigados devidamente. A justificativa para a criação do Núcleo segue na imagem assim definida: "Para impedir tais acontecimentos, a atividade policial investigadora deve ser controlada, na forma da lei, pelo Ministério Público. Sem esse controle o Ministério Público torna-se cúmplice das arbitrariedades" (MPDFT, 1996: 2). O Núcleo seria integrado por um procurador de justiça e até três promotores de justiça, com atribuições em todo o Distrito Federal, estabelecendo-se vínculo direto com a chefia de gabinete do Procurador Geral de Justiça. A iniciativa tinha como objetivo suprir o que é retratado pelos promotores que participaram no processo de criação do Núcleo como esforço pela implementação de formas efetivas de controle da atividade policial. O documento previa expressamente a possibilidade de investigação direta por meio do Procedimento Administrativo Investigatório Supletivo. A avaliação era a de que a forma idealizada de controle, a ser exercido pelas promotorias de justiça criminais, não teria cumprido a função constitucional. Fazia-se necessária a concentração das funções em um Núcleo, subordinado diretamente à Procuradoria-geral de Justiça.

Nos relatos dos participantes da pesquisa aparecem as dificuldades na interação com a Polícia, o que sugere análises diversas. Relata-se a insuficiência de controles internos efetivos e a deficiência do controle externo da atividade policial exercido pelas instituições que deveriam desempenhar a função. Se tal relato aparece especialmente na fala dos primeiros integrantes do NCAP, um caso específico foi o estopim para a criação do NCAP. Em 1996, a partir de informações sobre irregularidades em Delegacia situada na Ceilândia, um grupo de promotores de justiça foi designado especialmente para o controle externo. Naquela oportunidade, policiais impediram a realização da atividade de controle. Alguns dos entrevistados relembram o contexto em que foi criado o NCAP, conforme explica um dos participantes da pesquisa:

"A criação do Núcleo se deveu às inúmeras denúncias de abuso de autoridade, tortura, extorsão e outros crimes que chegavam ao conhecimento do Ministério Público e cuja apuração, no âmbito policial, era falha e quase sempre não resultava em nada, haja vista o corporativismo das instituições policiais. Mas um caso foi o estopim, aconteceu na Ceilândia, não houve um enfrentamento, mas os promotores designados para uma inspeção foram impedidos de entrar em uma Delegacia. O argumento era de que o controle era 'da porta para a rua'" (Promotor de Justiça 4).

O modelo idealizado nunca chegou a contar com o Procurador de Justiça, tal qual pensado inicialmente. A vinculação à Procuradoria-geral de Justiça gera discussão e debate entre os promotores que já integraram o NCAP. A discussão não interessa unicamente aos membros do MP. Se o modelo brasileiro é elogiado pelo insulamento em relação ao Executivo e pela ausência de hierarquia, critica-se a dificuldade em se estabelecer uma política institucional, já que cada Promotoria de Justiça acabaria, no seu formato original, atuando como ilha, não vinculada à diretrizes institucionais (ARANTES, 2002: 13-18). O modelo vinculado à Procuradoria-geral permitiria a construção de formas de atuação a longo prazo. A solução encontrada também não é unânime entre os entrevistados. Parte dos entrevistados/participantes identificam a solução encontrada como alternativa para a construção de uma política de relacionamento institucional. Outros são céticos e identificam no modelo uma ofensa ao princípio do promotor natural, com riscos, inclusive, para as prerrogativas institucionais:

"Naquele momento, havia a necessidade de tornar efetiva a ordem constitucional de controle externo da atividade policial. Havia, porém, mais discordâncias que concordâncias com a criação do órgão, tanto no ambiente interno do MPDFT, quanto no externo. Neste caso, a resistência oferecida pela polícia era muito grande, por questão político-corporativa. Internamente, havia colegas que se opuseram. Contudo, aprendi que as resistências internas tinham a ver com a falta de conhecimento, por uns, e a falta de interesse em assumir novas responsabilidades, por outros. O órgão foi criado, então, como forma de ser uma primeira estrutura atuante nessa matéria. Penso que nenhuma promotoria deve ter vinculação a nenhum órgão mandante, mas somente àquele que for o seu titular. Desse modo, o Núcleo foi criado e assim permanece até os dias atuais, certamente porque, se transformado em Promotoria, haverá perda de ingerência. O Núcleo deve ser Promotoria, com membros titulares" (Promotor de Justiça 5).

"(...) A estrutura tem suas vantagens e desvantagens. Uma vantagem: não personaliza. Porque, você sabe, se quem está no NCAP trabalha muito, surgem os problemas com a Polícia. Se não, surgem os problemas internos... Na verdade esta estrutura, da forma como está, é única no país. (...) E olha, tivemos oportunidade de debater muito com os colegas em vários seminários, eventos em conjunto, e eles criticam, não acreditam na viabilidade do nosso modelo. Criticam mesmo, dizem, olha vocês abrindo brechas para atacarem as nossas prerrogativas. Que estória é essa? E a inamovibilidade?" (Promotor de Justiça 1).

"Na prática a vinculação é apenas cosmética, mas serve para diluir responsabilidades. Como não há uma política de atuação institucional, que demonstre que esse ou aquele atuar não é uma coisa própria deste ou daquele Promotor, a vinculação se faz importante na medida em que serve de anteparo, institucionaliza a atuação do Núcleo. Não se pode desconhecer que parte da atuação do NCAP combate crimes violentos praticados por policiais que não raramente utilizam a intimidação, a ameaça e a violência como método" (Promotor de Justiça 7).

"Creio que o NCAP deve estar vinculado à Procuradoria-geral. Se o NCAP puder ser ocupado com base no critério da antiguidade, pode ser que o resultado seja insatisfatório, pois as relações entre MP e Polícia Civil são extremamente delicadas e, a depender da atuação (ou falta de atuação) do colega promotor de justiça, o resultado pode ser desastroso. O fato de o Procurador Geral poder nomear os promotores do NCAP não constitui incremento indevido do poder político do PGJ, até porque ocupar aquela promotoria é um ônus, tendo o PGJ imensa dificuldade em preencher as vagas, dado o desinteresse de muitos dos colegas" (Promotor de Justiça 6).

Em 2005 houve reformulação das funções do NCAP, que passou a ser órgão de coordenação da política interna de controle externo da atividade policial e centro de apoio operacional aos demais órgãos de execução do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT, 2005). Na justificativa da Portaria menciona-se especialmente a necessidade de ampliar e aperfeiçoar as funções do Núcleo, com melhores condições materiais e humanas. O texto busca, ainda, explicitar que o controle externo da atividade policial não se restringe ao Núcleo, devendo ser exercido também pelas promotorias de justiça com atribuições na área criminal.

O atendimento ao público foi prática institucionalizada desde o início das atividades do NCAP. As reclamações trazidas diretamente pelo público originaram algumas das investigações iniciais. As comunicações diretas por promotores de justiça com atuação na área criminal também alimentaram boa parte das ações do NCAP. A análise da literatura interna (portarias, relatórios, estatísticas) sugere que a definição das formas de controle externo concentrado, rótulo que surge nos relatos dos entrevistados, seria implementado pelos contatos institucionais e, também, por meio de ações civis e penais.[14] As ações civis públicas e ações de improbidade constituem-se em

14. Ver análise histórica e legal sobre o conceito de controle externo no Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial (CONTROLE EXTERNO DAS POLÍCIAS 2010: 29-49).

importantes instrumentos jurídicos. Em outra oportunidade, abordamos que a ação de improbidade administrativa transformou-se em um dos principais instrumentos de judicialização da política no Brasil (ARANTES, 2002: 152). No NCAP, recorda um dos entrevistados que integrou o órgão no início das atividades, que a primeira ação de improbidade foi proposta contra o então Governador Joaquim Roriz, por irregularidades em concurso para o cargo de Delegado de Polícia. No decorrer dos anos, foi criada a 3.ª Promotoria de Justiça do NCAP, com atribuições cíveis, incrementando estrutura existente. As greves deflagradas pela Polícia Civil foram objeto de ações civis públicas nos últimos anos. O controle penal é operacionalizado pelas investigações diretamente realizadas pelos integrantes do NCAP e posterior propositura de ações penais. Embora seja possível identificar um crescente número de ações propostas, os participantes da pesquisa exteriorizam visão crítica quanto à resposta do Judiciário e a morosidade aparece como entrave importante.

Nas pesquisas realizadas sobre o MP no Brasil, há diversas referências à aproximação do campo judicial como estratégia para a conquista da isonomia pelos promotores de justiça (MACHADO, 2007a: 124-133; MACHADO, 2007b: 38-45). A identificação com o Magistrado e o distanciamento das demais profissões jurídicas consolidou um *ethos* marcado pela diferenciação entre as funções da Magistratura e do MP e, especialmente, as profissões que integram o campo policial (BONELLI, 1998: 185-214). Nas falas dos participantes surgem as experiências na interação com a Polícia. A figura do "mau policial" é contraposta às dificuldades que a própria Polícia enfrenta para a investigação interna. Também aparece na fala dos entrevistados, especialmente entre os que ocuparam o NCAP nos últimos anos, sinais de mudança no relacionamento institucional. Os 14 anos do NCAP teriam aumentado a vigilância sobre os atos da Corregedoria e, indiretamente, incrementado as formas de controle interno. Assim, os avanços também são celebrados:

"Então, existe certa resistência da cúpula da Polícia em relação ao controle externo e à investigação direta pelo Ministério Público. Mas, isso não é generalizado não. Há uma parte da Polícia que aceita bem a atuação do Ministério Público. Mas mesmo com a resistência policial não há obstáculos ao trabalho do Núcleo, pois existem dispositivos legais e constitucionais que autorizam a nossa atuação. Mas eu diria que um dos problemas é a falta de diálogo, de comunicação mesmo. Às vezes tentamos agendar encontros, reuniões e não conseguimos. Mas não há uma resistência institucionalizada da Polícia contra o Núcleo, as Delegacias normalmente atendem as requisições, a Corregedoria, em regra, também não cria obstáculos. Creio que houve um avanço, e tanto o MP quanto a Polícia trabalham para que haja maior comunicação entre as duas instituições" (Promotor de Justiça 1).

"(...) Na verdade, fui pego de surpresa quando me chamaram para atuar no Núcleo (princípios de 2000). Sinceramente, não queria jamais ir para esta Promotoria. (...) Havias informações de colegas que por lá passaram sobre as ameaças de morte que sofriam. (...) Com o tempo, passei a ter mais segurança sobretudo porque passei a trabalhar em conjunto com a Corregedoria da PCDF, que na época era exercida por um delegado muito sério. (...) Pude perceber que os delegados da PCDF sentiam-se mais seguros quando suas ações eram respaldadas pelos Promotores do Núcleo. Na verdade, eles queriam demonstrar aos agentes investigados que estavam apurando os fatos porque o Promotor de Justiça do Núcleo havia requisitado. (...) Deve-se ressaltar que, à época, o MP não dispunha da estrutura de hoje. Não havia o Núcleo de Combate ao Crime Organizado nem o Setor de Inteligência" (Promotor de Justiça 4).

"(...) Eu já sabia que seria muito difícil atuar naquele órgão, especialmente considerando que as carreiras policiais no Brasil não são organizadas e não têm suas condutas oficiais pautadas em princípios constitucionais de obediência e submissão ao regime do Estado de Direito e das garantias aos indivíduos que dele decorrem. (...) Acredito que haveria considerável redução das formas abusivas de atuação policial, criminais e administrativas, se houvesse punição imediata no ambiente interno das instituições policiais. (...) Por isso, qualquer um que venha atuar no Núcleo deve se esforçar para fazer o melhor possível e alcançar resultados pontuais, mas sem esperar por muito. Tivemos avanços, no começo. Hoje não. Estamos paralisados, inertes" (Promotor de Justiça 5)

"Mas também é difícil, nem posso dizer que pensamos de forma uniforme. Alguns colegas mais antigos, que estiveram no NCAP relatam que havia divergências inclusive dentro do nosso MP, havia inclusive quem colocasse em dúvida o nosso poder de investigação. Sobre a violência policial existe uma cultura arraigada de que alguma violência sempre vai existir, a Polícia lida com bandidos, etc. Já ouvi isso inclusive dentro do MP. Então, é complicado, existem muitas questões complexas. Mas vejo hoje que muitos colegas apoiam, especialmente os mais novos, documentam, pedem auxílio. Mas não há uma sinergia com os colegas das promotorias criminais. Como temos função executiva, então nós que devemos exercer. Nos Estados, até porque os Centros de Apoio Operacional estão na capital, não têm atribuições executivas, a forma de controle é diferente. Aqui os colegas lavaram as mãos. Mas a experiência que tive é positiva, apesar da vinculação à Procuradoria, tem funcionado até hoje, mas pode acontecer que em determinado momento surja algum problema. (...) Entendo tudo isso. Mas vejo avanço, a gente conta com uma estrutura muito melhor. Antes não havia um centro de inteligência, era complicado demais. Hoje já aperfeiçoamos muitas coisas, mas tudo é lento no Judiciário. As condenações, quando acontecem, demoram muito" (Promotor de Justiça 1).

"Minhas expectativas eram a de tentar alterar estruturalmente a atuação da polícia. Isso não foi possível, por diversos fatores (...) dificuldade de conseguir resultados via Judiciário, que é extremamente refratário ao fortalecimento do MP via controle externo da atividade policial. Na maioria das ações ajuizadas, o resultado não era satisfatório. Dificuldade de envolvimento dos colegas promotores de justiça, impossibilidade de tomar decisões, baseadas na minha forma de pensar, que pudessem afetar todo o MP. (...) O sentimento que restou foi o de frustração, tanto é que pedi para sair do NCAP com apenas 1 ano de atuação. Hoje, sinto que, numa singela promotoria criminal, é possível implantar algumas práticas de controle externo" (Promotor de Justiça 6).

"O NCAP me mostrou que os resultados preventivos da atuação, embora não medidos, são notórios. O fato de um agente público (policial civil ou militar) ter que esclarecer a sua atuação, o torna mais responsável no dia a dia. Nas oitivas, era possível constatar isso, embora, em algumas oportunidades, o agente, quando ouvido, revelava rancor em relação à atuação do MP. Na persecução penal em juízo, os resultados são desanimadores. Vários processos, com prova suficiente para condenar foram sentenciados com a absolvição. (...) Foram dias de desânimo e de alegria no trabalho no controle externo. Mas, em determinado momento, veio a maturidade pela experiência e mais sabedoria para lutar contra as injustiças. Mas, confesso, que cansei. Posso retornar um dia, mas não queria mais continuar neste momento. A atividade no NCAP não atrai os membros, basta pesquisar quantos já foram convidados e recusaram o convite para atuar lá. Hoje, é difícil conseguir um promotor de justiça para atuar no NCAP. Geralmente, só os adjuntos aceitam o desafio pela possibilidade de ficar um período maior em um mesmo local de trabalho" (Promotor de Justiça 2).

"No final, com o tempo, você constrói uma rede de relações institucionais e também há avanços. Mas também mudou a cultura de relacionamento. Na verdade a Polícia Militar não costuma dar trabalho em casos de tortura, a estrutura deles é melhor, não temos condições. Na civil já existe uma petição pronta do sindicato de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. E não comparecem aos reconhecimentos. Mas posso dizer que o relacionamento é muito melhor. E isso é muito decorrência da perpetuação do NCAP. Com o passar do tempo superaram muitas rusgas iniciais. A cúpula da Polícia percebe que conseguimos condenações. Para citar um caso específico, a violência policial, a corregedoria sabe que, se eles não investigam rapidamente, nós vamos fazer. E isso é positivo, foi um resultado concreto. Na minha avaliação, existem duas situações hoje. No dia a dia a Polícia não questiona o nosso poder de investigar. Mas continuam levando os casos até o STJ... é parte

da estratégia jurídica. Uma consequência disso é o que nos chega da própria Polícia. Eu sei que eles tem dificuldades em investigar alguns agentes, existe proteção corporativa, política também. Então já dizem. 'Esta estória até passa na Corregedoria, mas no NCAP não!' Então, isso eu vejo como uma mudança" (Promotor de Justiça 8).

"A experiência no NCAP foi interessante porque, salvo engano, nós fomos os primeiros no Brasil (um dos primeiros com certeza) a enfrentar a questão. Na época fomos alvos de diversos *habeas corpus* que questionavam o poder investigatório do Ministério Público e o acesso às instalações policiais, num primeiro momento, e aos documentos dentro das Instituições Policiais. Não havia expectativas criadas, falta uma política de atuação institucional, sempre faltou. Caímos no NCAP com o avião andando e fomos nos afogando com o tempo, cuidando do dia a dia sem um planejamento de longo prazo. Com o passar dos meses pareceu claro que o objetivo naquele momento histórico seria o de materializar o NCAP. Desse modo, o TJDF reconheceu reiteradamente os poderes de investigação e de acesso as instalações policiais e documentos. O resultado, na época, conduziu a afastamentos do Corregedor e de Delegados. (...) A maior falha está na falta de uma política de longo prazo, que seja conhecida do fiscalizado. No mesmo nível da falha anterior, está a ausência de coesão no atuar, de modo que, ao transmitir sentimentos contraditórios, deixa o fiscalizado confuso" (Promotor de Justiça 7).

A partir dos relatos de alguns dos promotores de justiça que já integraram o NCAP é possível identificar algumas imagens e representações recorrentes. Alguns dos participantes da pesquisa ressaltam o promotor que se desloca de seu gabinete para "inspeções" às Delegacias de Polícia. Ou o promotor que assume uma postura proativa, muitas vezes assumindo diretamente as investigações. Nos relatos aparecem, por outro lado, a ausência de mecanismos legais mais efetivos para que o MP possa desempenhar a função de controle externo da atividade policial:

"(...) Esta ideia dos poderes explícitos, que a Constituição nos deu poderes, juridicamente falando, até ai não vemos problemas. Mas o nosso instrumental é fraco. Temos poder para requisitar, mas a lei não sanciona adequadamente, e a Polícia discute tudo. Hoje mesmo, no DF, interessa muito mais o controle do banco de dados, e menos as visitas às Delegacias. Devemos analisar a peculiaridade de cada Estado. É muito diferente o controle externo a ser exercido pelas promotorias de justiça. Sinceramente, sem demérito nenhum, mas como tive experiência como promotor de justiça estadual, creio que o controle que exercemos é mais efetivo, ainda que não formalizado. Menos papéis e mais resultados, uma conversa muitas vezes resolve o problema, nem

há necessidade de termos de ajuste de condutas. Lá tem mais sentido passar em uma Delegacia no final da tarde, ver se houve alguma prisão ilegal" (Promotor de Justiça 1).

"O modelo adotado pelo MP, com um controle concentrado e outro difuso, é o mais correto. Isso não significa que seja eficiente. O problema não está no modelo, está nas pessoas que executam o modelo. O controle compreende ou deveria compreender um programa em que a análise, auditoria, conscientização e o treinamento fizessem parte de uma política institucional visando a aprimorar o trabalho de investigação, seja ele de crimes praticados por integrantes da sociedade civil seja por policiais. A imagem possui pontos desconexos, sem sentido, com ideogramas de culturas distintas, de modo que transmite sentimentos contraditórios" (Promotor de Justiça 7).

As representações sociais sobre o controle externo da atividade policial refletem a avaliação sobre o desempenho de uma determinada atividade, o que, certamente, confirma pesquisas já realizadas (SADEK, 1997: 49 e 59; SADEK; CASTILHO, 1998: 23 e 29). Na cultura organizacional, a construção de estratégias para a atuação, a definição e redefinição de prioridades decorrem não apenas da organização-resposta, mas também da organização-construção (BERGER; LUCKMANN, 1999: 51-52; BERNOUX, 1985: 137-149; CROIZIER; FRIEDBERG, 1992: 278-302). O modelo formal do MP, estruturado de forma não hierárquica, marcado pela autonomia institucional e independência funcional condiciona as ações dos atores que integram a "organização MP". Além disso, as soluções institucionais também dizem respeito às percepções e imagens dos integrantes da organização. Uma das questões recorrentes na descrição das atividades desempenhadas pelos membros que integram o NCAP é ausência de estímulos para integrá-lo e a dificuldade em encontrar promotores de justiça com interesse em participar, o que explicaria, segundo esta visão, porque as promotorias que fazem parte do NCAP foram quase exclusivamente ocupadas por promotores de justiça adjuntos, nos últimos anos. Assim, as representações dos participantes da pesquisa propiciam algumas pistas sobre as expectativas em relação ao exercício desta atribuição constitucional e refletem ceticismo quanto ao exercício desta função:

"Sem a pretensão de ofender aqueles que lá estiveram ou que venham atuar, digo: esse controle é medíocre. Muito ajudaria se o promotor atuante na matéria criminal zelasse, com rigor, pela tramitação do Inquérito Policial (IP), evitando devoluções inócuas (baixas). Se ele mesmo, na Promotoria, adotasse um regime de trabalho sério quanto à tramitação do IP e buscasse antecipar o oferecimento das denúncias, ou mesmo o arquivamento, já seria um ato respeitável de controle externo. (...) Nossos colegas deveriam restringir

ao máximo suas requisições de prisões cautelares, de quebras de sigilos... fundadas em representações policiais fáticas e juridicamente insubsistentes. Se me pergunta se foi prioridade do MP, sinceramente... nunca foi (...)" (Promotor de Justiça 5).

"O controle externo da atividade policial tem sido pouco efetivo. (...) A relação do Núcleo com a Polícia Civil sempre foi melindrosa. A verdade é que os agentes e delegados não aceitam ser investigados pelo MP e não gostam de interferência em seus trabalhos. Buscam, através de *habeas corpus*, não comparecer ao Núcleo para prestarem depoimento ou para serem submetidos a reconhecimento. Nas visitas às Delegacias, demonstram que não querem colaborar com as inspeções realizadas pelo MP. (...) Creio que a relação do Núcleo com a Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) é mais fácil, talvez em virtude do princípio hierárquico que vigora nesta última instituição. Normalmente, os policiais investigados comparecem ao Núcleo para prestar depoimento ou ser submetidos a reconhecimento. Acredito que a PMDF tem mais respeito e menos resistência em relação ao MP" (Promotor de Justiça 4).

"O controle externo deveria ser prioridade, mas não é. A prioridade é a atuação processual. O controle externo é visto como um trabalho extra, 'voluntário', que o promotor de justiça proativo realiza, quando, na verdade, essa função é tão importante e obrigatória (é um dos incisos do art. 129 da CF/1988, tal e qual a obrigação de promover a ação penal) quanto o comparecimento à audiências e a redação de peças processuais. Controle sistemático do destino dado às ocorrências policiais pela Delegacia; controle do poder de fato da polícia sobre os crimes que ficam encobertos e sobre os crimes que são levados ao conhecimento do titular do exercício da ação penal. (...) Acho que, no final, também faltou uma política mais direta e veemente no relacionamento com a polícia" (Promotor de Justiça 6).

"O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) tem exercido esse controle de forma frágil, espasmódica, episódica e com base no voluntarismo. As falhas: estudo dos inquéritos apenas quando vêm acompanhados de 'relatório final' do Delegado; falta de cobrança rigorosa de maior qualidade e legalidade na atuação policial (nesse compasso, o promotor que efetivamente faz o controle externo é mal visto pelos policiais, como sendo 'durão', 'arbitrário' etc.); conivência com atrasos, inquéritos mal conduzidos e ilegalidades policiais; falta de mobilização social para informar às pessoas sobre os seus direitos; falta de mobilização institucional para destacar a importância do controle externo. Mas alguns avanços também tivemos: cada vez vejo mais colegas preocupados em imprimir maior qualidade ao inquérito policial, controlando o seu desenvolvimento efetivamente; também percebo

preocupação de alguns colegas com o controle das ocorrências policiais e os bens apreendidos" (Promotor de Justiça 7).

"(...) Muita gente está copiando o nosso modo de atuar. Os simpósios de controle externo trouxeram promotores de diversos cantos do país que levaram o nosso modelo para as sua regiões. (...) Mas é possível melhorar. O NCAP precisa, ainda, ser melhor estruturado com agentes para realizar trabalho de campo (...) Acho que não são todos os colegas que encaram o controle externo com uma visão institucional prioritária. Alguns realizam projetos pilotos notáveis, outros não o fazem. Mas, sem justificar o injustificável, é preciso ver a realidade das promotorias criminais. Elas precisam de melhorar estrutura. O MP se especializou muito em outras áreas e deixou a sua essência um pouco de lado" (Promotor de Justiça 2).

Algumas das pesquisas realizadas evidenciam os conflitos entre profissões que ocupam o campo jurídico no Brasil (BONELLI, 1998: 185-214). Os Delegados criticam a intromissão do MP e negam a possibilidade de que o MP possa investigar (CAVALCANTI, 2003: 141-164). As representações sociais dos participantes/entrevistados evidenciam parte da disputa no campo jurídico, propiciando pistas sobre as relações entre o MP, a Polícia Civil e a Polícia Militar no Distrito Federal:

"É uma relação cínica. Todos sabem como são persistentes as violações aos direitos por policiais, mas ninguém quer agir. Quem se dispõe a agir fica de mãos atadas. Tem gente nossa que fala como algumas autoridades policiais no nível pessoal, da amizade, e finda por expor e desproteger aquele membro que está fazendo alguma coisa. A Polícia Civil é extremamente improdutiva e é a que tem os melhores salários. Não colabora com nada, faz resistência a tudo e produz um inquérito medíocre. A Polícia Militar se faz de amiga e colaboradora. Está dentro da nossa instituição e se vale da inocência da maioria dos nossos colegas para colher e plantar as informações de seu interesse. Sabe tudo sobre nós, enquanto nós nada sabemos quanto a ela" (Promotor de justiça 5).

"Institucionalmente, as relações com o MP são péssimas. Para a Polícia Civil, relacionar-se com o MP significa obter do MP 'parecer' como se o MP fosse parecerista, e não titular do exercício da ação penal, favorável aos 'pedidos'. Como se a polícia detivesse a legitimidade para pedir cautelares, como se autor fosse de cautelares da polícia. Fora isso, não há colaboração, pelo contrário, há disputa, ciúmes institucionais, resistência ao controle externo, falta de permeabilidade da polícia às normas constitucionais, legais e infralegais sobre o tema; incompreensão da polícia sobre o seu próprio papel e sobre o papel

do MP em relação ao tema. (...) Claro, isso tudo sem prejuízo de experiências individuais de bom relacionamento e compreensão do papel institucional do MP por alguns Delegados de Polícia. Já com a Polícia Militar as relações são melhores do que as relações entre MP e a Polícia Civil, porque a polícia militar tem, entranhada, a noção de hierarquia e de disciplina. (...) Mas tanto a Polícia Civil quanto a Polícia Militar possuem um problema: quando deixam o corporativismo de lado e contribuem para a punição de um policial que agiu com ilegalidade, fazem-no apenas quando essa ilegalidade possa projetar uma imagem ruim da instituição (ex: corrupção), e raramente fazem isso quando o agente de polícia, Delegado ou policial militar é considerado 'operacional' (violento, solucionador de casos complexos, 'trabalhador' etc.)" (Promotor de Justiça 6).

Os relatos surgem marcados pelas críticas ao controle externo exercido pelo Ministério Público e às relações com a Polícia. Na fala dos promotores aparecem também as chamadas experiências bem sucedidas, associadas ao voluntarismo político[15] de promotores de justiça que buscaram criar formas de controle da atividade policial. Um dos promotores que integrou o NCAP nos primeiros anos de sua instalação recorda que o controle das ocorrências policiais passou a ser feito por alguns promotores de justiça. A assessoria de políticas institucionais da Procuradoria-geral de Justiça convocou reunião para debater a prática entre os promotores de justiça criminais. Apesar disso, critica que ainda depende da iniciativa individual, não se constituindo em prática institucionalizada. A iniciativa foi inclusive relacionada como prática a ser adotada pelo Manual do Controle Externo da Atividade Policial (CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA, 2010: 17).

Do ponto de vista de política institucional, algumas iniciativas merecem ser analisadas, na medida em que propiciam elementos para a reflexão sobre a ação coletiva no âmbito organizacional. A iniciativa retratada no projeto descrito como "Estratégias para a efetivação do controle externo da atividade policial pelos Ministérios Públicos dos Estados e da União" (CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA, 2010: 13), que originou o *Manual de controle externo da atividade policial* parece sinalizar no sentido de superação do criticado voluntarismo político. A análise do documento é interessante não apenas pelo seu conteúdo, mas também pelo fato de que resultou de iniciativa

15. Conceito criado por Arantes para a descrição da dimensão individual do trabalho desenvolvido por membros do MP (ARANTES, 2002). O fenômeno é analisado por Sanches Filho na experiência do controle externo na Bahia (SANCHES FILHO, 2000: 190).

do Conselho Nacional de Procuradores de Justiça, e retrata a visão de membros do MP brasileiro que integraram o projeto.[16]

Além da exposição dos fundamentos constitucionais e legais que justificam e definem o controle externo da atividade policial, no documento nota-se preocupação em definir estratégias de atuação a partir da construção interna do conceito de controle externo (conceito nativo). Na classificação das formas de controle a ser exercido, surge no documento a diferenciação entre o controle externo difuso, consubstanciado no controle de ocorrências policiais, dos prazos e qualidade dos inquéritos policiais, dos bens apreendidos e propositura de medidas cautelares e o controle concentrado. Este último se daria por meio da propositura de ações de improbidade administrativa, ações civis públicas, procedimentos de investigação criminal, requisições, recomendações, termos de ajustamento de condutas, visitas às Delegacias e unidades prisionais e comunicações de prisões em flagrante.[17]

O documento é mencionado especialmente pelos promotores que integraram o NCAP nos últimos anos. Sintetiza parte das discussões do seminário organizado em 2008, no auditório do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), e que originou a chamada Carta de Brasília. O valor do documento estaria no fato de condensar o ideário predominante entre os promotores que atuam diretamente no controle externo da atividade policial em grande parte dos Ministérios Públicos estaduais. Porém, durante o trabalho de campo algumas questões aparecem de forma recorrente: por um lado, as falas surgem, na sua maioria, carregadas de um certo ceticismo em relação à experiência no desempenho da função. Alguns dos entrevistados/participantes que integraram o NCAP nos últimos anos relacionam experiências bem sucedidas e lembram mudanças no relacionamento institucional em razão da persistência do NCAP na estrutura do MPDFT. Contudo, eventuais experiências bem sucedidas associam-se menos a uma política institucional que aos fatores conjunturais ou ao voluntarismo de promotores de justiça. No desempenho das inúmeras funções institucionais, o controle externo também

16. Na apresentação do projeto nota-se preocupação com a efetividade do controle externo da atividade policial, razão que teria justificado a formação de comissão provisória de estudos (CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA, 2010: 17).

17. No documento consta a chamada "Carta de Brasília", resultado de Seminário realizado entre os dias 18 e 20.06.2008, no auditório do MPDFT, em Brasília. Anuncia-se que os enunciados decorreram de aprovação, após amplo debate, pelos membros do MP que participaram do evento.

não aparece como prioridade institucional, o que também é elucidativo do ponto de vista organizacional (BERGER; LUCKMANN, 1999: 51-52; BERNOUX, 1985: 137-149; CROIZIER; FRIEDBERG, 1992: 278-302). As representações sobre o controle externo da atividade policial sugerem também algumas pistas sobre as relações no campo jurídico, evidenciando tensões com a Polícia.

5. CONCLUSÕES

As relações entre MP e Polícia podem ser desvendadas pela conformação dos campos jurídicos nos diferentes contextos analisados. A cultura organizacional, as tradições jurídicas e a distribuição de competências no campo jurídico penal são variáveis relevantes para a compreensão das tensões e estratégias construídas pelos atores que integram as distintas organizações do sistema de justiça criminal.

A análise das representações permite aprofundar a compreensão sobre significados e imagens em torno de questões concretas e relevantes para a análise das organizações do sistema de justiça. O interesse não é, assim, investigar possíveis "verdades" nas falas reproduzidas nesta pesquisa. Os relatos são relevantes pelo potencial criador de uma determinada realidade; sugerem, ainda, o sentido de determinadas práticas sociais.

As representações sociais sobre o controle externo da atividade policial constituem-se em importante elemento para análise, evidenciando parte da disputa entre profissionais que integram o campo jurídico. A pesquisa exploratória realizada no Distrito Federal evidencia distintas percepções sobre o papel do Ministério Público, sugerindo diferenças entre Delegados de Polícia e oficiais da Polícia Militar. Entre os Magistrados, embora predomine a visão de que o MP deve de fato assumir posição mais atuante na investigação policial, há divergências importantes sobre a forma de controle a ser exercido. O receio de interferências indevidas em assuntos internos da Polícia, recorrente na fala dos Delegados de Polícia, também surge na descrição de alguns dos Magistrados-participantes da pesquisa.

No estudo de caso do Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), as representações sugerem ceticismo sobre o papel desempenhado pela instituição. O discurso dos participantes da pesquisa é duro, apontando deficiências no controle exercido pelo MP. Sugere-se pouca articulação institucional e envolvimento dos promotores de justiça criminais no exercício da atividade. O desprestígio do NCAP surge nos relatos sobre as dificuldades em conseguir promotores de justiça dispostos a integrar as respectivas Promotorias. As

experiências bem-sucedidas são atribuídas ao voluntarismo de poucos, com escassa repercussão institucional.

As imagens e símbolos que surgem nas falas dos entrevistados evidenciam tensões entre o Ministério Público e a Polícia. Por outro lado, permitem avançar algumas linhas sobre possíveis expectativas quanto ao desempenho desta atividade. Se a visão negativa sobre o controle externo da atividade policial predomina na fala dos participantes da pesquisa, certamente isso não parece sinalizar no sentido da extinção do NCAP. Ao contrário, o modelo, embora criticado por alguns pela vinculação direta à Procuradoria-geral de Justiça (elogiado por outros), surge como espaço importante para a consolidação de uma política institucional. Na reconstrução da história do NCAP, apesar das dificuldades institucionais e reiteradas críticas, as falas sugerem mudanças na interação com a Corregedoria de Polícia, o que teria levado a uma atuação mais rápida dos mecanismos de controle interno, o que também é significativo do ponto de vista organizacional.

Porém, na construção das políticas institucionais, os participantes da pesquisa ressentem que o tema não ocupe o centro das prioridades institucionais. A definição dos papéis a serem desempenhados e a discussão sobre o modelo organizacional permeiam também o debate sobre princípios constitucionais, como a independência funcional e a inamovibilidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Trad. Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 1999.

BERNOUX, Philippe. *La sociologie des organisations*. Paris: Éditions du Seuil, 1985.

BONELLI, Maria da Glória. A competição profissional no Mundo do Direito. *Tempo Social*. n. 1. vol. 10. p. 185-214. São Paulo, maio 1998.

_____. *Profissionalismo e política no mundo do Direito*. São Paulo: EdUFScar/Sumaré, 2002.

_____. Perfil social e de carreira dos delegados de Policia. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Delegados de polícia*. São Paulo: Sumaré/Fundação Ford, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2. ed. Trad. Maria José Bernuz Beneitez, Andrés García Inda, Maria José Ordovás e Daniel Oliver Lalana. Bilbao: Desclée de Brower, 2001.

BRUNER, Jerome. *Actos de significado: para uma psicologia cultural*. Lisboa: Edições 70, 1990.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. Problemas e desafios da Polícia Civil: percepções dos Delegados. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Delegados de Polícia*. São Paulo: Sumaré/Fundação Ford, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. *Manual do controle externo da atividade policial*. Brasília: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2010.

CONTROLE EXTERNO DAS POLÍCIAS: CNMP expede nota técnica e recomendação. Disponível em: [www.cnmp.gov.br/noticias_cnmp/2010/controle-externo-das-policias-cnmp-expede-nota-tecnica-e-recomendacao/]. Acesso em: 20.06.2010.

CROIZIER, Michel; FRIEDBERG, Erhard. *L'acteur et le système*. Paris: Éditions du Seuil, 1992.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar*: Ministerio fiscal y constitucionalismo. Barcelona: Ariel Derecho, 2000.

DI FEDERICO, Giuseppe. L'indépendence du ministère public et le principe de la responsabilité en Italie: l'analyse d'un cas déviant d'un point de vue comparé. *Droit et Societé*. n. 38. p. 71-89. Paris, 1998.

FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

GUARNIERI, Carlo. Prosecution in Two Civil Law Countries: France and Italy. In: NELKEN, David (ed.). *Comparing legal cultures*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

JOVCHELOVITCH, Sandra. Psicologia social, saber, comunidade e cultura. *Psicologia & Sociedade*. n. 2. vol. 16. p. 20-31. Porto Alegre, maio-ago. 2004.

MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público: organização, representações e trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007a.

_____. *Fiscalías. Su papel social y jurídico-político*: una investigación etnográfico-institucional. Barcelona: Anthropos, 2007b.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Diagnóstico Ministério Público dos Estados*. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário, 2006.

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Portaria n. 799, de 21.11.1996. Brasília, 1996.

_____ Portaria n. 1295, de 10.11.2005. Brasília, 2005.

MOUHANNA, Christian. Les relations police-parquet en France: un partenariat mis en cause. *Droit et Société*. n. 58. p. 502-522. Paris, 2004.

PORTO, Maria Stela Grossi; COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Códigos de deontologia policial no Brasil e no Canadá: análise de documentos e das representações sociais. *Ministério de Justiça*. n. 1. ano 1. p. 57-82. Brasília, 2009. *coleção Segurança com Cidadania*.

RIBEIRO, Juliana Lobão. *O controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público do Distrito Federal:* um enfoque sociojurídico. Monografia. Especialização "Ordem jurídica e Ministério Público", Brasília, 2008.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère public entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.

RAUPP, Rene Mallet. *Relatório da pesquisa quantitativa sobre imagens e percepções sobre a atuação do MPDFT*. Projeto de Pesquisa da FESMPDFT. Brasília: FESMPDFT, 2008.

SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 1997.

_____. Cidadania e Ministério Público. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 2000.

_____. Apresentação. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Delegados de polícia*. São Paulo: Sumaré/Fundação Ford, 2003.

_____; CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O Ministério Público e a administração da justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 1998.

SANCHEZ FILHO, Alvino Oliveira. Ministério Público e controle externo da polícia na Bahia. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 2000.

SILVA, Cátia Ainda. *Justiça em jogo*. São Paulo: USP, 2001.

SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social: introducción a la sociología comprensiva*. Trad. Eduardo J. Prieto. Barcelona: Paidós, 1993.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

VOGLIOTTI, Massimo. Les relations police-parquet: un équilibre menacé? *Droit et Société*. n. 58. p. 453-497. Paris, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso), de Salo de Carvalho - *RBCCrim* 83/322;
- Controle externo da atividade policial, de José Damião Pinheiro Machado - *RT* 678/409;
- O controle das operações policiais denominadas "blitze" e o Estado de Direito, de Theodósio Ferreira de Freitas - *RT* 774/479;
- O controle externo da atividade policial, de Hugo Nigro Mazzilli - *RT* 664/387;
- O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, de Inocêncio Mártires Coelho - *RT* 664/379;
- 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;
- Polícia, corregedoria da polícia judiciária e o controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público, de João Estevam da Silva - *RT* 670/382; e
- Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública, de Carlos Magno Nazareth Cerqueira - *RBCCrim* 22/139.

Veja também Jurisprudência

- *RT 681/401, RT 830/599, RT 841/668, RT 869/591, RT 879/576 e RT 892/469.*

Veja também Legislação

- Controle externo da atividade policial: Res. CSMPF 88/2006;
- Controle externo da atividade policial no âmbito do Ministério Público: Res. CNMP 20/2007;
- Uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público: Res. CNMP 56/2010; e
- Regimento Interno do CNMP: Emenda Regimental 3/2010 do CNMP.

54041

2 ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Profesor Asociado Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo trata do conceito e dos efeitos da corrupção política, enfatizando, com destaque ao ordenamento jurídico espanhol, os mecanismos para sua prevenção e repressão.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção - Agentes políticos - Tráfico de influência - Prevaricação - Partidos políticos - Contratos públicos.

ABSTRACT: This paper addresses the concept and effects of political corruption with emphasis to the Spanish legal system and mechanisms, and its prevention and repression.

KEYWORDS: Corruption - Political agents - Traffic of influence - Prevarication - Political parties - Public contracts.

SUMARIO: 1. Prefacio - 2. Introducción - 3. Concepto - 4. Cuestiones criminológicas y de política criminal - 5. Mecanismos para prevenir la corrupción: 5.1 Financiación de los partidos políticos; 5.2 Códigos éticos; 5.3 Contratos del sector público; 5.4 Otros mecanismos: respuestas políticas y sociales - 6. Respuestas penales y sus consecuencias jurídicas: 6.1 Prevaricación; 6.2 Tráfico de influencias; 6.3 Malversación de caudales públicos; 6.4 Negociaciones prohibidas - 7. Bibliografía.

"La democracia terminará cayendo en tiranía
a menos que cambien las estructuras económicas
de la sociedad basada en el aumento de la riqueza individual
y se cambie el rumbo patético al que nos conduce la inercia política"
PLATÓN. *Diálogo la República.*

1. PREFACIO

En los días en que hemos estado documentándonos para la elaboración del presente artículo, ha llegado a nuestras manos la publicación de un interesante trabajo sobre los sueldos y privilegios de la clase política española[1] y los datos son realmente escalofriantes, más aún en los momentos de crisis económica y desempleo que padecemos. En el referido estudio se cuantifica en cerca de 80.000 personas que ostentan cargos públicos electos en España (entre alcaldes, concejales, diputados provinciales y nacionales y responsables de cabildos y consejos insulares). No obstante, hay que recordar que la inmensa mayoría de esas escandalosas prebendas las perciben una minoría de esos cargos electos, dado que un elevado porcentaje de los casi 74.000 alcaldes y concejales existentes en España representan a miles de pequeños municipios en los que, sus representantes, no sólo no perciben ningún tipo de remuneraciones por su función política, sino que muchos de ellos costean "de su propio bolsillo" los gastos de viajes oficiales y otros derivados del desempeño de las tareas municipales. En consecuencia, es obligado reconocer también la honestidad de muchos gobernantes a los que les mueve una auténtica vocación de servicio público y de defensa de los intereses generales de la colectividad que los ha elegido.

---

1. Me refiero al trabajo de Daniel Montero Bejarano titulado *La casta. El increíble chollo de ser político en España*, 2009. Según el citado autor, en España hay 8.112 alcaldes, 65.896 concejales, 1.031 diputados provinciales, 650 diputados y senadores, 139 responsables de cabildos y consejos insulares y 13 consejeros del Valle de Arán. Estos cargos públicos elegidos perciben un total de 720 millones de euros en salarios al año; más que el presupuesto anual de toda la red ferroviaria, 3 veces superior al dedicado a cuidar el patrimonio nacional y 60 veces más que lo que gasta el país en salud bucodental. Entre los datos que rebela el autor se dice que los diputados se gastan aproximadamente 5 millones de euros al año en viajes; que el alcalde de Madrid viaja en un lujoso coche valorado en 591.624 euros; que el presidente de la Generalitat valenciana dispone de 200 vehículos oficiales para altos cargos y la comunidad andaluza 234; que un concejal de Palma de Mallorca se gastó 50.000 euros en prostíbulos y bares de alterne; que Aznar, ex presidente del gobierno, percibe un salario de 220.000 euros al año como pensión vitalicia; que Rajoy, líder de la oposición, tiene unas retribuciones totales de casi 9.000 euros al mes. Con este sueldo un pensionista vive con 4 hijos durante 2 años; que los gastos de las vacaciones del presidente del gobierno, Zapatero, ascienden a 200.000 euros al año entre dietas de escoltas, viajes y manutenciones, o que un consejero delegado del BBVA se ha prejubilado a los 55 años a cambio de una pensión de 3 millones de euros al año. Y lo más grave de todo es que estos privilegios de los cargos públicos, de los políticos, se satisfacen con dinero público.

2. INTRODUCCIÓN

La corrupción política es una de las enfermedades más dolorosas y crueles de la sociedad democrática. Y, aunque es un fenómeno tan antiguo como la propia historia de la humanidad, cuando germina y prospera en los modernos Estados Democráticos de Derecho, el problema es, si cabe, mucho más grave, dado que las Constituciones Políticas de los países más avanzados del mundo aseguran el "Imperio de la Ley" como expresión de la voluntad popular y garantizan que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos al ordenamiento jurídico.[2] Por lo que respecta al imperio de la ley, como afirma Gil Calvo, es evidente que los elevados niveles de corrupción política en España, como el famoso "caso Gürtel" y otros,[3] cuyos indicios están afloran-

2. En la Constitución Española estos postulados están claramente determinados a lo largo de su texto y, concretamente, en el Preámbulo y en el artículo 9.1.

3. El "caso Gürtel" es el más conocido actualmente, que afecta a la supuesta financiación irregular del Partido Popular, en cuyos sumarios judiciales hay más de 70 personas imputadas, a quienes se les acusa de cohecho, tráfico de influencias, fraude fiscal, blanqueo de capitales y falsedad. Pero en los últimos años se han dado otros muy conocidos, como el "caso Malaya". Recordemos que la operación se saldó con un total de 103 imputados por blanqueo de capitales, cohecho, tráfico de influencias, alteración de precios en concursos o malversación de caudales públicos, entre otros delitos. Se llevaron a cabo también, más de una docena de procedimientos judiciales (la mayoría de las investigaciones continúan abiertas) por más de mil cuentas bloqueadas y la intervención de unos bienes cifrados inicialmente en 2.400 millones de euros. Un total de 86 personas fueron procesadas, con un seguimiento de los medios que incluía a la prensa rosa. La detención de la mayor parte de los miembros del Ayuntamiento de Marbella por la presunta implicación en la trama originó que el Gobierno central disolviera la corporación municipal, una decisión sin precedentes en la historia de nuestra democracia. Otro de los casos de corrupción política más sonados ha sido el de "Carlos Fabra", presidente de la Diputación Provincial de Castellón y líder provincial del PP, al que le imputan los delitos de cohecho, tráfico de influencias, falsedad documental continuada y fraude fiscal. En las cuentas bancarias de este imputado la Agencia Tributaria detectó 600.000 euros sin procedencia justificada. El "caso Palma Arena" es uno más de los que actualmente se encuentran en los tribunales y en el que se investigan, entre otros, los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos en el que hay implicados varios ex altos cargos del gobierno de Baleares en la etapa cuyo presidente fue Jaume Matas, del PP. Hay indicios de numerosas irregularidades en el proceso de construcción del velódromo "Palma Arena" y se investiga si el cobro de comisiones disparó el precio de la instalación de los 41 millones licitados en un principio a los más de 110 millones que costó finalmente. Otro de los casos más relevantes de corrupción política actual es el "caso Pretoria" en el que se imputa al alcalde del Psoe de Santa Coloma de Gramanet y a dos ex altos

do en los sumarios demuestran un incumplimiento de la legalidad vigente prácticamente generalizado.[4] Para otros autores,[5] la acumulación de casos de corrupción política en un Estado Democrático de Derecho, convierten a éste en un "Estado fallido", porque, como afirma Morlino, las democracias con alto nivel de corrupción, donde se incumplen sistemáticamente las leyes, son democracias ineficientes o defectivas.[6] De tal suerte que, según manifiesta Andrés Ibáñez, la corrupción política está poniendo al descubierto una profunda crisis del Estado de Derecho como consecuencia de una "dimensión patológica" en su funcionamiento, manifestada en la evidente divergencia entre la realidad que conocemos y las características del modelo proclamado.[7] Para Peter Eigen, Presidente de la prestigiosa ONG Transparencia Internacional (TI), "la corrupción política socava las esperanzas de prosperidad de los países en vías de desarrollo y perjudica la economía mundial". Y esto es así, precisamente, porque los sujetos activos de las conductas delictivas que guardan relación con la corrupción política, tienen el deber específico de servir con objetividad los intereses generales de los ciudadanos. Son personas que ejercen el poder político o administrativo y con las conductas de corrupción están realizando un mal uso o el abuso y la desviación en el ejercicio de sus funciones. Son personas en quienes los ciudadanos, conforme al sufragio universal (en el caso del mandatario político o autoridad), han depositado la confianza para el ejercicio

---

cargos de la Generalitat de Cataluña, los delitos de asociación ilícita, blanqueo de capitales, tráfico de influencias, fraude fiscal, cohecho, fraude de subvenciones y falsedad en documento oficial. En esta operación se habrían defraudado supuestamente unos 45 millones de euros.

4. CALVO, Enrique Gil. *El "caso Gürtel": un test de calidad democrática"*, publicado en el diario *El País* el 08.10.2009.

5. Entre ellos podemos incluir algunos tertulianos de medios de comunicación, como Antón Losada o Miguel Ángel Aguilar, comentaristas políticos de la emisora de radio "Cadena Ser".

6. MORLINO, Leonardo. *Democracias y democratizaciones*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2009. p. 208. Para este autor, las *democracias ineficientes* se caracterizan a veces por un sistema legal poco conforme con los valores democráticos, con una corrupción extendida o presencia de organizaciones criminales, una limitada independencia de los jueces, larga duración de los contenciosos y altos costes de acceso a los tribunales.

7. CRESPO, Eduardo Demetrio. *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública*. Fraude y corrupción en la Administración Pública. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Aa.Vv., Aquilafuente, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. vol. 3, p. 173, vid. Andrés Ibáñez, P. (ed.), Aa.Vv. Corrupción y Estado de Derecho. *El papel de la jurisdicción*. Madrid, 1996. p. 9 y ss.

del poder y en el caso de los funcionarios públicos, por disposición de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, deben participar en el ejercicio de funciones públicas, conforme establece el artículo 24 del CP. Este fenómeno se presenta, por tanto, preponderantemente en el ámbito público, aunque su metodología y efectos prácticos se puedan trasladar también al ámbito privado.[8] Así, por ejemplo, como refiere Ferré, la Acción Común de 22 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea sobre la corrupción en el sector privado considera corrupción, entre otros comportamientos, el solicitar o recibir en el ejercicio de actividades empresariales "ventajas indebidas de cualquier naturaleza", a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.[9] Tenemos que tener en cuenta también, que, como afirma Njaim, la corrupción no sólo es una acción más o menos consagrada como delictiva sino también un importante medio de influencia política con manifiestas ventajas respecto de la pura persuasión, por un lado, y la coerción, por el otro.[10]

Las consecuencias de la corrupción son demoledoras, no sólo desde un punto de vista ético, sino también desde perspectivas económicas, sociales y políticas. La corrupción política es, además, un monstruo que todo lo devora. Tengamos en cuenta que son los partidos políticos los que, en última instancia, tienen el poder y la decisión de designar a los miembros de los órganos administrativos y judiciales de control. Son los que deciden quiénes componen el Tribunal de Cuentas, los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo; con lo cual, la imparcialidad con la que deben fiscalizar las cuentas de los partidos o juzgar los delitos cometidos por sus miembros, está más que cuestionada . La corrupción, como afirma Fabián Caparrós, cuesta mucho dinero: el interesado obtiene un trato preferente por parte de la Administración a cambio de un precio, revirtiendo de forma directa en el gasto público.[11] Según las informaciones de TI, los datos

8. FERRÉ OLIVÉ, J. C. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. En "Fraude y corrupción en la Administración Pública. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*". Aa.Vv., Aquilafuente, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. vol. 3, p. 13.

9. FERRÉ OLIVÉ, J. C. Op. cit., p. 13.

10. NJAIM, H. *Corrupción política*, versión digital, op. cit., p. 3.

11. FABIÁN CAPARRÓS, E. La corrupción de los servicios públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un Derecho Penal globalizado), en Fraude y corrupción en la Administración Pública. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Aa.Vv., Aquilafuente. Salamanca: Universidad de Salamanca, vol. 3, p. 124. Para este autor, en el campo de las adjudicaciones se calcula que la práctica de sobornos supone un

son espantosos, porque una de las variedades del abuso de poder en el mundo, la corrupción para ser más exactos, mueve anualmente una cifra próxima a los cinco billones de dólares, o lo que es lo mismo, unas cuatro veces el Producto Interior Bruto anual de un país como España.[12] Y esto es algo que, en última instancia, revierte negativamente sobre los ciudadanos. Lógicamente, el dinero público destinado a fines privados, el sustraído y el defraudado (y son miles de millones de euros) del que se benefician ilegalmente unos pocos por el abuso y desviación de poder de los políticos corruptos, repercute sobre inversiones de los poderes públicos en políticas sociales como la sanidad, educación, justicia, protección del desempleo, pensiones o ayudas a personas con dependencia. Por otra parte, las prácticas corruptas también alteran gravemente el precio de las cosas, incrementándose de forma alarmante el precio de bienes y servicios de primera necesidad, generando, en última instancia, desigualdad económica y social. Así, las cantidades de dinero pagadas por los promotores inmobiliarios como comisiones ilegales a responsables municipales por la agilización de los trámites de licencias urbanísticas han provocado subidas espectaculares del precio de la vivienda en los últimos años y esas cantidades se repercuten sobre el usuario.

Desde un punto de vista político, las consecuencias de la corrupción generan desconfianza de los ciudadanos hacia sus representantes en las instituciones democráticas (Estado, Comunidades Autónomas o Ayuntamientos) y avivan elevados porcentajes de abstención en los procesos electorales y, por ende, un progresivo descrédito de nuestros gobernantes. Si, además, los políticos corruptos vuelven a ser elegidos por los ciudadanos en las sucesivas convocatorias electorales, es decir, en el momento en que los elegidos o gobernantes sobre sus actos, rinden responsabilidad política ante los electores o gobernados, lo que Morlino define como *accountability vertical,* el sistema político se convierte en una *democracia irresponsable o sin calidad,*[13] lo que supone, en la práctica, una impunidad política para los mandatarios corruptos[14] y los

---

incremento de entre el 15 y el 30 por ciento del valor de las operaciones, con el consiguiente perjuicio para las arcas públicas, proporción que fluctúa entre el 31 y el 51 por ciento en el caso de zonas del mundo económicamente más deprimidas.

12. GARCÍA MEXÍA, P. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder.* Colección Ciencia Política. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 21.

13. MORLINO, L. *Democracias y democratizaciones*, op. cit., p. 196-197.

14. Ejemplos hay, por desgracia, muchos. Políticos que se jactan de que sus actos han sido legalizados al ser nuevamente elegidos en los procesos electorales, obteniendo

partidos políticos que los sustentan.[15] Esta situación es tan grave que coloca al sistema democrático en una enfermedad terminal.

La corrupción política ha crecido en los últimos años en España. Esto hace que nuestro país, que en el año 2005 ocupaba el puesto 23 en el ranking de corrupción mundial, haya pasado al número 28, a finales de 2009, según TI.[16]

3. CONCEPTO

Cuando hablamos de corrupción en sentido amplio, la mayoría de la doctrina suele estar de acuerdo en su definición y nos referimos a aquellos actos que implican, por acción u omisión, la violación de un deber posicional o el incumplimiento de una función específica, en un marco de discreción, y con el objetivo de obtener algún tipo de beneficio extraposicional.[17] Esta definición comprende tanto la corrupción proveniente del sector público como del privado. Si nos circunscribimos exclusivamente a la corrupción política, según

---

una impunidad política escandalosa. Uno de ellos es el de Carlos Fabra (político citado anteriormente). El 24 de febrero de 2009 la emisora de radio Cadena Ser publicó una información de una grabación hecha al Sr. Fabra por miembros de su propio partido político (PP), en la que decía lo siguiente: "Porque el que gana las elecciones coloca a un sinfín de gente. Y toda esa gente es un voto cautivo. Ese es un voto cautivo. Supone mucho poder en un ayuntamiento, en una diputación. Yo no se la cantidad de gente que habré colocado en doce años, no lo se. Pero entre Penveta, Hospital, Instituto de Promoción Cerámica, Escuela Taurina, la Diputación, el Puerto..., no se. Tonterías... Madre que quiere entrar en el colegio de La Consolación de Burriana..., que está muy difícil... Y esa señora es un voto agradecido. Por lo tanto, no hace falta que me extienda mucho más..." Curiosamente, el presidente nacional de este partido, Sr. Rajoy ha afirmado que el Sr. Fabra es "un ciudadano y político ejemplar".

15. GIL CALVO, E. *El "caso Gürtel": un test de calidad democrática*, op. cit. Según este autor, si después de la gravedad del "caso Gürtel", el PP recuperase el poder en 2012, obteniendo así la victoria, "podría significar la puntilla para la democracia española". Continúa diciendo que "semejante recompensa supondría en la práctica un incentivo a la corrupción y una patente de impunidad, desmintiendo el programa radiofónico de mi infancia que se titulaba: *el criminal nunca gana*".

16. Artículo publicado en el diario digital alternativo "LibreRed", titulado *La corrupción política ahoga España*. Según el periódico El Mundo, en su edición del 01.11.2009, en los últimos 10 años, en España, son más de 4.100 millones de euros los que han robado en ayuntamientos, diputaciones y otras entidades públicas.

17. DEMETRIO CRESPO, E. *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 177, vid. GARZÓN VALDÉS, Acerca del concepto de corrupción. *Claves de Razón Práctica* 56/1995, p. 26 y ss.; SEÑA, Malem. *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, 2000. p. 28.

García Mexía, la más simple definición que se puede encontrar es la que la identifica con un comportamiento orientado al "uso de un cargo o función públicos en aras de la obtención de un beneficio privado", siendo frecuente la conexión de ese beneficio "privado" con ganancias tanto propias del agente público en cuestión, como de personas a él allegadas por vínculos de mayor o menor intimidad.[18] Para Njaim, sería el abuso de poder que consiste en el enriquecimiento ilegal o ilegítimo de los políticos o, en general, de las autoridades (corrupción personal) o el favorecimiento ilegal o ilegítimo a las causas u organizaciones a las que están integrados aunque no se beneficien personalmente (corrupción oficial), gracias a los cargos que desempeñan o sus conexiones con quienes los tienen.[19] Como los autores de los actos de corrupción política pertenecen de una u otra forma a la Administración, desde una perspectiva administrativa y jurídico-política, como afirma Cugat Maur, la corrupción podría definirse, más matizadamente, como la "desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado" entendido como el interés público legalmente determinado.[20]

Desde un punto de vista jurídico-penal, la corrupción política se manifiesta en una variedad de tipos penales que lesionan o ponen en peligro diversos bienes jurídicos, aunque los más abundantes son los delitos contra la Administración Pública, regulados en el Título XIX, del Libro II del CP (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas y corrupción en las transacciones comerciales internacionales como más importantes). También estarían incluidas en este apartado conductas delictivas que favorecen el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito grave, obteniendo un lucro y que afectan directamente al funcionamiento de la economía de mercado a través de la actividad tributaria, como el blanqueo de capitales, incluido en el Capítulo XIV, del Título XIII, u otros como las falsedades documentales, reguladas en el Capítulo II, del Título XVIII. Y, por supuesto, los delitos sobre la ordenación del territorio, más conocidos con la terminología de delitos urbanísticos, comprendidos en el Capítulo I del Título XVI, siempre del Libro II.

---

18. GARCÍA MEXÍA, P. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso del poder*, op. cit., p. 27.

19. NJAIM, H. *Corrupción política*, op. cit., p. 1.

20. DEMETRIO CRESPO, E., *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 176, vid. CUGAT MAURI. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, 1997. p. 31 y ss.

4. CUESTIONES CRIMINOLÓGICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL

Desde un punto de vista criminológico, los delitos relacionados con la corrupción política estarían incluidos en una criminalidad de "cuello blanco" y en el más genuino sentido tradicional. La aportación más relevante de este tipo de delincuencia la realizó Sutherland[21] en 1949. Recordemos que la mayoría de las investigaciones criminológicas de la primera mitad del siglo XX venían destacando una sólida relación entre individuos socialmente desfavorecidos y criminalidad, y muchas de las teorías criminológicas dominantes en los años treinta y cuarenta eran consistentes con una sólida correlación entre clase social y delito.[22] La delincuencia de "cuello blanco" puede ser definida como la cometida por personas respetables y de alto estatus social en el curso de su ocupación.[23] La persecución de este tipo de delincuencia siempre ha sido más difícil porque sus autores son personas de clases superiores y tienen una mayor facilidad para no ser descubiertos, arrestados y condenados.[24] Pero, en cambio, como bien afirmaba Sutherland, los delitos de "cuello blanco" tienen un elevado coste para los países, sobre todo en términos económicos, que son superiores a los delitos comunes y además se encuentran bastante extendidos.[25] Son los delitos de los poderosos, de las "personas respetables", de las que, aparentemente, están plenamente insertadas en el tejido social, en las que predomina la escasa peligrosidad criminal y, en consecuencia, un pronóstico bajo de reincidencia, según la criminología tradicional. Son delitos que, tanto la policía como los jueces tienen miedo a investigar por temor a represalias. Otra de las características de estos delitos es su alta "cifra negra" de criminalidad, es decir, que se castigan pocos delitos en relación con los que realmente se cometen y en los delitos que aparece mayor corrupción son los tienen que ver con la financiación de los partidos políticos, la desviación de fondos reservados o las comisiones ilegales.[26] A este respecto, estamos cansados de escuchar a concejales de la oposición en innumerables municipios (sobre todo en los

21. SUTHERLAND, E. H. *White collar crime*. New York: The Dryden Press, 1949.

22. Serrano Maíllo, A. *Introducción a la criminología*. 4. ed. Madrid: Dykinson, 2006. p. 71-75. Vid., Cohen, *Delinquent boys. The culture of the gang*. New York: The Free Press, 1955. Merton, *Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968, entre otros.

23. SUTHERLAND, E. H. *White collar crime*, op. cit., p. 9.

24. SERRANO MAÍLLO, A. *Introducción a la criminología*, op. cit., p. 71-75.

25. SUTHERLAND, E. H. *White collar crime*, op. cit., p. 9-13.

26. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001. p. 279-281.

más pequeños), que los respectivos Alcaldes no les facilitan los documentos e informes necesarios relacionados con su actividad. Y, lo más grave es que en infinidad de ocasiones esa falta de transparencia y denegación de información, absolutamente necesaria, viene motivada por la ausencia de una concepción democrática del poder.[27] Muchos Alcaldes de pequeños municipios creen que el ayuntamiento es su pequeño cortijo, que puede hacer y deshacer a su antojo sobre asuntos municipales sin tener que rendir cuentas ante nadie y, en consecuencia, ni entregan documentos esenciales a concejales de la oposición, ni permiten consultar archivos y registros a ciudadanos que no comulgan con su opción política, ni convocan plenos extraordinarios cuando lo solicita el número legal de concejales establecido.[28] Como afirma muy acertadamente Muñoz Conde, la desviación de poder y la corrupción política y administrativa no sólo no son consustanciales a la democracia, sino incompatibles con ella y con un control democrático de los actos administrativos.[29] Aunque también aquí el Derecho Penal debe regirse por el principio de *intervención mínima*, debiendo reservarse sólo para aquellos casos en los que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración Pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que pueda ser corregida por otro tipo de instrumentos jurídicos, lo cierto es que se

27. La Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local, en los artículos 70.3 (redactado según Ley 57/2003, de 16 de diciembre) y 77 (redactado conforme a la Ley 11/1999, de 21 de abril), establecen lo siguiente: artículo 70.3. Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones Locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b, de la Constitución. La denegación o limitación de ese derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada. Artículo 77. Todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud del ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelto motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado.

28. Según el artículo 46.2, a de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, en su redacción conforme a la Ley 11/1999, de 21 de abril, establece que el pleno extraordinario tiene que convocarse cuando lo soliciten la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación.

29. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 14. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. p. 936.

cometen demasiadas conductas de *prevaricación*, de las que son denunciadas muy pocas e incluso muchas de las denunciadas ante los tribunales de justicia con argumentos de esa "aplicación torcida" del poder, terminan en sobreseimiento y archivo.

Ciertamente, la corriente más crítica con la criminología tradicional o positivista en relación a la delincuencia de "cuello blanco" (a la que pertenecerían los delitos de corrupción política) ha sido la *nueva criminología* o *criminología crítica*. Para los teóricos de la *nueva criminología*, la criminalidad proviene de las contradicciones del sistema capitalista y, precisamente, los delitos de los poderosos no se criminalizan porque los capitalistas tienen la fuerza suficiente para impedirlo.[30] La criminología tradicional ha sido una ciencia legitimadora y conservadora del *statu quo* porque en lugar de censurar y desmitificar las relaciones de dominación, no ha hecho sino justificarlas y tanto el ordenamiento jurídico penal como las instancias de control social (policía, jueces, fiscales etc.) han estado siempre al servicio de la clase dominante para asegurar sus intereses y han perseguido más a las clases más desfavorecidas.[31] Parece que, efectivamente, el sistema penal es tradicionalmente mucho más duro con las personas desviadas, los inmigrantes ilegales, los marginales, los pobres, mendigos, prostitutas y drogadictos que cometen delitos y que, en definitiva, son los enemigos del sistema social instaurado. Los hechos criminales cometidos por estos ciudadanos son corregidos y sancionados penalmente con inmediatez dada su alta peligrosidad criminal y ciertas garantías procesales innatas al Estado Social y Democrático de Derecho como la presunción de inocencia brillan por su ausencia. Para este tipo de delincuencia la sociedad reclama penas cada vez más elevadas y su cumplimiento íntegro y efectivo. En cambio, para la delincuencia de "cuello blanco" existe más tolerancia por parte de la ciudadanía[32] cuando no les afecta directa-

30. MOLINA, A. García Pablos de. *Tratado de criminología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 939. Si bien, la *nueva criminología* hunde sus raíces en el pensamiento de Marx y Engels, recibe un impulso definitivo y renovador con la obra de Taylor, Walton y Young, *The New Criminology*, publicada en 1973. También deben citarse, entre otros, la obra de los autores Melossi y Pavarini, sobre todo *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XX)*, publicada en 1985 y autores como BARATTA, A. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, E. Siglo XXI, 1986 (primera edición en castellano).

31. MOLINA, A. García Pablos de. *Tratado de criminología*, op. cit., p. 942.

32. Sobre esto, incluso los mismos políticos imputados en procedimientos penales consideran que tienen que recibir un trato diferenciado de los que cometen el resto de los delitos, manteniendo vigente el derecho penal de *autor*, en lugar del derecho penal del *hecho*. Ejemplos prácticos se pueden aportar muchos. Recordemos cuáles fueron

mente.[33] Incluso, en ciertos sectores sociales se considera normal que los gobernantes utilicen el poder cometiendo abusos y sobornos en beneficio personal, de sus familiares y amigos y que se enriquezcan ilegalmente con el ejercicio del cargo porque los individuos de esos sectores sociales si estuvieran en el lugar de los gobernantes, también lo harían. Para Muñoz Conde, trasladadas las ideas de la *criminología crítica,* esto significa la negación radical del mito del Derecho Penal como derecho igualitario, y, con ello, la ilegitimidad de todo intento de entender la pena como prevención integradora del consenso social.[34]

Esta sigue siendo todavía, por desgracia, una realidad innegable en la ya iniciada segunda década del siglo XXI. No tenemos más que acercarnos a las cárceles españolas para comprobar que el perfil de los condenados sigue siendo el de personas que pertenecen a la marginalidad, la extranjería, la droga y la pobreza; y muy pocos de los privados de libertad forman parte de las clases adineradas y poderosas.[35] Incluso hay conductas delictivas cuya gravedad y daño-

---

las expresiones proferidas por el Alcalde de Alhaurín el Grande (Málaga) el día que salió en libertad provisional de la prisión de Málaga (imputado a finales de 2007 por la presunta comisión de delitos de prevaricación y cohecho), cuando dijo que "con el gobierno de Zapatero los etarras están en la calle, mientras se meten alcaldes honrados en la cárcel". Tal vez si estas expresiones las hubiera proferido un peligroso delincuente marginal, se hubiera iniciado un procedimiento penal contra él, pero como era un alcalde quién las pronunció, el hecho se quedó en mera anécdota. También, cuando el juez ordenó el registro del palacete del Sr. Matas (ex presidente de Baleares) porque está imputado en el caso "Palma Arena", su abogado manifestó que la justicia trataba al Sr. Matas "peor que a un capo", cuando, en la investigación de los delitos las actuaciones encaminadas a la averiguación de los hechos deben ser las mismas con independencia de la clase social a la que pertenezcan sus presuntos autores.

33. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política criminal*, op. cit., p. 279-281.

34. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal y control social*, Fundación universitaria de Jerez, 1985. p. 45. Como la Nueva Criminología ha puesto de relieve, a partir de diversas investigaciones empíricas, el Derecho Penal no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos; tampoco la ley penal es igual para todos, ni el estatus de criminal se aplica por igual a todos los sujetos independientemente de la dañosidad social y de la gravedad de las infracciones a la ley penal por ellos realizadas.

35. Sirva como ejemplo que, según los datos ofrecidos por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de las 66.085 personas privadas de libertad que había en el último trimestre de 2009 en las cárceles españolas dependientes de la Administración General del Estado (el total general en España era de 76.535 sumándole los 10.450 ingresados en las prisiones de Cataluña, que tiene asumidas competencias en materia de ejecución penitenciaria), cerca del 28% en los hombres y del 50% en las mujeres,

sidad social son superiores a las provocadas por la comisión de otros delitos y, en cambio, tienen una penalidad inferior.[36] Con este argumento no tenemos la pretensión de que se incrementen las penas para los políticos corruptos por sus delitos cometidos, sino, de acuerdo con los principios de *necesidad, intervención mínima, última ratio y proporcionalidad* del Derecho Penal, que las penas para otros delitos (como el del ejemplo de tráfico de drogas) sean inferiores.

Para finalizar, y desde un punto de vista político criminal, resulta necesario ahondar en la idea de que el Derecho Penal no constituye la única medida para la resolución de los problemas sociales, sino a lo último que hay que acudir; aunque, en los últimos tiempos, se reclame la presencia del Derecho Penal como *prima ratio*, como si fuera la medicina milagrosa que cura todos los males, sobre todo por una opinión pública teledirigida sin escrúpulos por algunos medios de comunicación y los políticos de turno que quieren pescar votos en

---

están encarceladas por delitos contra la salud pública (es decir, donde se encuentran los delitos de tráfico de drogas). Porcentaje, que en los hombres presos solo es superado por los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico. En cambio, el porcentaje de personas encarceladas por delitos contra la administración pública es del 0,10 %, en el caso de los hombres y el 0,20 % en el caso de las mujeres.

36. Voy a ilustrar con ejemplos claros sobre la diferencia de trato entre conductas delictivas, su dañosidad social y su respuesta punitiva. A una persona que le incautan más de 750 gramos de cocaína, en virtud a lo establecido en el artículo 369.6.° del CP y según lo establecido por Acuerdo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, sobre cantidades de notoria importancia, seguramente lo condenarán a una pena de prisión entre 9 años y un día y 13 años y medio. En cambio, alguien que comete una malversación de caudales públicos aunque "revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas", según el artículo 432.2, sería condenado con una pena de prisión de entre 4 y 8 años. Evidentemente, a la autoridad o funcionario público que realiza la malversación también le condenarán a la pena privativa de derechos de inhabilitación absoluta entre 10 y 20 años. Pena esta última semejante a la que se le impondría al que realiza el tráfico de drogas previsto anteriormente, si el responsable es autoridad o agente de la misma en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 372. Nadie pone en duda que los 750 gramos de cocaína en el mercado pueden poner en peligro la salud de muchas personas; pero, y los millones de euros que una autoridad o funcionario público puede sustraer para beneficio propio o de un tercero, ¿no causan un daño social más elevado? Con el dinero sustraído se podría invertir mucho más en la construcción de carreteras, centros de salud, escuelas y destinar más dinero público a la lucha contra la drogadicción, a las pensiones o para ayudar a las personas con dependencia. Con estas inversiones se salvarían muchas vidas humanas y se incrementarían las políticas sociales del "Estado del bienestar".

cualquier caladero. El Derecho Penal parece más un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiario de otras ramas del ordenamiento jurídico.[37] También aquí, como afirma Muñoz Conde, el Derecho Penal se rige por el principio de *intervención mínima*, debiendo reservarse sólo para aquellos casos en los que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración Pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que pueda ser corregida con otro tipo de instrumentos jurídicos.[38] No obstante, debemos insistir en que el principio de *última ratio* del Derecho Penal es un planteamiento político criminal válido siempre y si lo tenemos en cuenta para resolver las conductas que atentan contra la Administración Pública y no para otras (contra el patrimonio y orden socioeconómico, la salud pública o la seguridad en el tráfico, por ejemplo), el problema de inseguridad jurídica sería aún mayor y los ciudadanos perderían la confianza en el derecho al comprobar que a los políticos corruptos no se les sanciona penalmente, mientras se imponen sanciones penales draconianas para otro tipo de delitos, aunque, incluso, produzcan un menor daño social. Las medidas penales deben verse acompañadas y precedidas por otros muchos y diversificados mecanismos de control en distintas instancias, tendentes en su conjunto a favorecer la transparencia, desechar cualquier clase de clientelismo en los sistemas democráticos y profundizar, en definitiva, en las bases constitutivas del Estado de Derecho.[39]

---

37. MUÑOZ CONDE, F. El "moderno" Derecho Penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias. *Revista Jurídica Española La Ley* 181/1341. Una política despenalizadota, por más que sea a corto plazo llamativa de cara a la opinión pública, y por eso, menos rentable políticamente, puede ser a la larga más eficaz y, desde luego, mucho menos gravosa para los derechos de los ciudadanos que la intervención a través del Derecho Penal a toda costa. La protección de bienes jurídicos, tarea fundamental de todo ordenamiento jurídico, no significa necesariamente protección a través del Derecho Penal, sino también, como afirma ROXIN, protección ante y antes del Derecho Penal, pues no debe olvidarse que el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho Penal.

38. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*... op. cit., p. 936.

39. DEMETRIO CRESPO, E. *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 189, vid. CUGAT MAURI, op. cit., Es más, la doctrina ha advertido que la sanción penal, en la medida en que gira en torno a responsabilidades individuales, pierde sentido en el tratamiento de un problema eminentemente cultural o político, mientras que las medidas preventivas pueden ser de mayor alcance, puesto que se aplican sistemáticamente a todas las situaciones proclives a la corrupción, independientemente de la cuestión de la prueba del daño a la cosa pública.

5. MECANISMOS PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN

Luchar contra la corrupción exige voluntad política, tanto por parte de los partidos políticos, como por parte de la sociedad. En España, según el equipo comisionado del Grupo de Estados Contra la Corrupción del Consejo de Europa (Greco), en su informe de 2001, establecía que nuestro país carecía de una estrategia anticorrupción comprensiva y multidisciplinar que, además de la represión, incluyera mecanismos de prevención, en especial educativos y de investigación.[40]

5.1 Financiación de los partidos políticos

Tomando como punto de partida la Convención de Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31.10.2003, el primer tema a abordar, por su importancia, es el de la *financiación de los partidos políticos*, verdadero instrumento, si es público y transparente, para combatir los ingresos ilegales con los que muchas veces han gestionado sus intereses las agrupaciones políticas. La referida Convención de Naciones Unidas establece, en su artículo 7 referido al "sector público", que cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos. Por su parte, la ONG Transparencia Internacional, en su informe de 25.03.2004 establecía cuáles deberían ser los estándares sobre financiación política y discrecionalidad.[41]

---

40. GARCÍA MEXÍA, P. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso del poder*, op. cit., p. 42.

41. El informe de TI hace referencia a lo siguiente: 1.– las donaciones a partidos políticos, candidatos y funcionarios electos no deben ser un medio para obtener favores personales o políticos. Los partidos y los candidatos deben practicar la transparencia. Los gobiernos deben implementar una adecuada legislación sobre el conflicto de intereses. 2.– Los partidos políticos, candidatos y políticos deben dar a conocer sus recursos, ingresos y gastos a un organismo independiente. Esta información debe ser presentada anualmente, y también antes y después de las elecciones. 3.– Las organizaciones públicas de control deben supervisar efectivamente la observancia de las leyes y las medidas regulatorias. Para cumplir este objetivo deben estar dotados de recursos necesarios, facultades, independencia y poderes para investigar. Junto a cortes independientes, deben asegurar que los delincuentes sean responsabilizados y debidamente sancionados. 4.– Se debe prestar especial atención a los beneficios del financiamiento estatal de los partidos y candidatos y al estímulo de la participación de

Tradicionalmente, aunque la financiación de nuestros partidos políticos ha sido fundamentalmente pública a través de subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (bien directas, en razón de los escaños obtenidos o a los efectos de sufragar las campañas electorales, o directas, a través de los correspondientes grupos parlamentarios), también ha venido admitiendo aportaciones privadas, incluso anónimas, que abren la puerta a individuos o entidades más interesados en los favores que pudieran obtener en compensación por sus dádivas (sobre todo si el partido beneficiario está en el poder o termina llegando a él) que en el magnánimo donativo en beneficio de unas determinadas ideas políticas.[42] En este sentido, la vigente Ley de Financiación de los Partidos Políticos, aprobada por Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, que deroga la anterior, 3/1987, de 2 de julio, establece claramente en su Exposición de Motivos que existe un amplio sentir en la sociedad y la opinión pública sobre la necesidad de abordar una nueva regulación de la financiación de los partidos políticos, que dote de mayor "transparencia y control" y elimina la posibilidad de que las agrupaciones políticas perciban donaciones anónimas.[43]

---

los ciudadanos a través de pequeñas donaciones y cuotas sociales. También se debe prestar atención en limitar los apoyos de corporaciones y del extranjero, así como a las donaciones individuales muy abultadas. 5.– Los candidatos y partidos deben tener un acceso equitativo a los medios de comunicación. Se deben establecer, aplicar y mantener criterios para alcanzar una cobertura mediática equilibrada e integridad de los medios. Estos deben jugar un papel independiente y crítico, tanto durante las elecciones como en el proceso político más amplio. 6.– La sociedad civil debe participar activamente en promover la legislación adecuada en el terreno del financiamiento político y en el control de las finanzas públicas y su impacto sobre la representación política.

42. GARCÍA MEXÍA, P. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso del poder*..., op. cit., p. 34.

43. Sobre este tema, según información publicada en el Diario El País, de 29 de enero de 2010, en el año 2006 (un año antes de aprobarse la nueva Ley de financiación) el Tribunal de Cuentas registró donaciones a los partidos políticos con un montante total de 10 millones de euros, de los que más de 9 millones lo fueron por donaciones anónimas. En ese año 2006, el PP fue el partido que más donaciones recibió, 3.740.311,41 euros (de los que 3.106.049 fueron donaciones anónimas), Convergencia Democrática de Catalunya (CDC), 1.646.765 euros (de ellos, 1.369.715, donaciones anónimas), Unió Democrática de Catalunya (UDC), 1.611.800 euros (donaciones anónimas, 1.551.698,79), PNV, 943.748,28 (936.348,28, donaciones anónimas), PSOE, 560.459 (558.975, donaciones anónimas), PSC, 536.057 (donaciones anónimas, 477.907), PCE, 47.495 (este partido no recibió donaciones anónimas), IU, 10.199,75 (tan solo 89 euros fueron procedentes de donaciones anónimas) y ERC, 625 euros (tampoco recibió donaciones anónimas).

Pero, en cambio, la Ley continúa dejando abierta otra alternativa de financiación como la condonación de deudas, concedida en su favor por entidades financieras.[44] Este privilegio es claramente criticable, puesto que ese trato tan favorable de las entidades financieras hacia los partidos políticos no se lo dispensan a los ciudadanos en general. Por otro lado, las aportaciones privadas han de proceder de personas físicas o jurídicas que no contraten con las Administraciones Públicas, ser públicas y no exceder de límites razonables y realistas.[45] Otro dato importante que resalta la Exposición de Motivos de la Ley se refiere a la necesidad de establecer mecanismos de auditoría y fiscalización dotados de recursos humanos y materiales suficientes para ejercer con independencia y eficacia su función.[46] De aquí que se haga necesaria la regulación de sanciones derivadas de las responsabilidades que pudieran deducirse del incumplimiento de la norma reguladora.[47] No obstante, y ante la vulneración de la Ley de Financiación de los Partidos Políticos, la Comisión Mixta Congreso-Senado-

44. En la referida disposición transitoria se especifica que los partidos podrán llegar a acuerdos respecto de las condiciones de la deuda que mantengan con entidades de crédito. Dichos acuerdos serán los admitidos según los usos y costumbres del tráfico mercantil habitual entre las partes y no les serán de aplicación los requisitos y limitaciones establecidos en los Títulos I y II de esta Ley. De tales acuerdos se dará cuenta al Tribunal de Cuentas y al Banco de España. El título I hace referencia a las normas generales y el título II a las fuentes de financiación (recursos públicos y recursos privados).

45. Así, en el artículo 4, apartado dos, c, referido a los recursos privados, establece que los partidos políticos tampoco podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas, organismos públicos o empresas públicas de capital mayoritariamente público. En relación a los límites, según el artículo 5, los partidos políticos no podrán recibir directa o indirectamente donaciones anónimas y donaciones procedentes de una misma persona física o jurídica superiores a 100.000 euros anuales, excepto las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se identifique el donante y los demás datos sobre los bienes inmuebles donados.

46. En los arts. 15 y 16 de la Ley, se establecen los mecanismos de fiscalización y control, que diferencia entre control interno (art. 15, que debe ser establecido por los propios partidos políticos y el informe resultante tienen que remitirlo al Tribunal de Cuentas) y control externo (art. 16, que corresponde exclusivamente al Tribunal de Cuentas)

47. En los arts. 17 a 19 se establece el Régimen Sancionador. El Tribunal de Cuentas podrá acordar la imposición de sanciones pecuniarias a los partidos políticos cuando éstos obtengan donaciones que contravengan las limitaciones y requisitos establecidos en la Ley y en el supuesto en el que los partidos no presenten, sin causa justificada, las cuentas correspondientes al último ejercicio anual o éstas sean deficientes.

-Tribunal de Cuentas pidió, el 26.05.2009, el establecimiento de un régimen sancionador que penalice tanto a las formaciones políticas como a los contratistas y los donantes que las financien. La citada resolución surge tras análisis y debate con el presidente del Tribunal en la sesión de 29.04.2009 del informe de la institución fiscalizadora sobre las elecciones municipales de 2007, que constataba que más de la mitad de los partidos que acudieron a esos comicios locales no rindieron cuentas después sobre su contabilidad electoral, lo que les invalida para recibir subvenciones. En concreto, La Ley obligaba a presentar esa contabilidad a 1.656 formaciones, de las que 890 no las presentaron, a pesar de su oportuno requerimiento. En su mayoría se trataba de formaciones de pequeña implantación que, generalmente, solo concurrían en un municipio.

En otro orden de cosas y tras la visita que realizaron los expertos del grupo Greco a España en septiembre de 2008, este organismo elaboró un valioso informe en el que se realizan varias recomendaciones. Entre ellas se pide que haya una garantía de que los préstamos concedidos a los partidos políticos no se utilicen para esquivar la reglamentación aplicable a la propia financiación. De este modo, la sanción debe asegurar la disciplina financiera de los partidos reforzando su sistema de control interno y solicita definir claramente las infracciones a las disposiciones relativas a la financiación de los partidos y poner en marcha sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias de estas infracciones, para lo cual se recomienda ampliar su abanico y su alcance. Además, se aconseja definir un formato común para la contabilidad y los informes de los partidos, tanto a nivel nacional como local, reforzar el sistema de auditoría interna y dotar de mayores medios al Tribunal de Cuentas.

Por su parte, el Congreso de los Diputados aprobó, el 05.112009, una Resolución por la que el Pleno del Congreso hace suyos los acuerdos de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, de 26.05.2009 (citada anteriormente) instando al Gobierno a que permita el cumplimiento de las recomendaciones del Informe Greco sobre transparencia en la financiación de los partidos políticos,[48] en el que se incluyen también, entre otras medidas,

48. La referida Resolución del Pleno del Congreso, insta al Gobierno a: 1.– Proponer las medidas de cualquier orden que considere necesarias para permitir el cumplimiento de las recomendaciones del informe Greco sobre transparencia en la financiación de los partidos políticos. 2.– Proponer los criterios para la modificación de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, con el fin de evitar que los partidos políticos y las fundaciones y asociaciones a ellos vinculadas, puedan aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de empresas privadas, de sus subcontratadas o de sus fundaciones que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas, organismos públicos o

la petición de incorporación en el proyecto de ley de modificación del Código Penal (el Proyecto actual se aprobó por Consejo de Ministros de 13.11.2009, fecha en la que se envió a las Cortes), una ampliación de los tipos penales relativos a la corrupción pública y privada, así como el incremento de las penas.

5.2 *Códigos éticos*

En segundo lugar, con el objeto de prevenir y combatir la corrupción, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de-

---

empresas de capital mayoritariamente público, así como para impedir que las formaciones políticas y las fundaciones y asociaciones a ellas vinculadas puedan suscribir convenios de colaboración que impliquen aportaciones económicas de fundaciones privadas, asociaciones u otras entidades que reciben donaciones o subvenciones de las Administraciones Públicas, o cuyo presupuesto esté integrado en todo o en parte por aportaciones directas o indirectas de las Administraciones Públicas. 3.– Impulsar las modificaciones normativas necesarias para adaptar a nuestro ordenamiento jurídico, a partir de los informes del Tribunal de Cuentas en los que se analice la experiencia de aplicación de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, las recomendaciones del informe Greco sobre transparencia en la financiación de partidos en España de mayo de 2009 por las que se insta a tomar las medidas necesarias para: a) garantizar que los préstamos concedidos a los partidos políticos no sean utilizados para eludir las regulaciones de financiación política, b) aumentar la transparencia de los ingresos y los gastos de los partidos políticos y de las entidades, relacionadas directa o indirectamente, con los partidos políticos, o bajo su control, c) establecer un formato común para las cuentas de los partidos y sus retornos y d) mejorar el sistema de auditoría interna de los partidos políticos para garantizar la independencia de este tipo de control. 4.– Impulsar las medidas necesarias para que, de acuerdo con las fuerzas políticas representativas se impulse un Pacto de Estado para la contención y disminución del gasto electoral. 5.– Incorporar en el futuro proyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, una ampliación de los tipos penales relativos a la corrupción pública y privada, así como el incremento de las penas, en atención a la recomendación número 6 del informe Greco sobre Transparencia en la Financiación de Partidos en España de mayo de 2009. 6.– Aplicar la recomendación número 5 del informe Greco sobre Transparencia en la Financiación de Partidos en España de mayo de 2009, relativa al incremento de los medios financieros y de recursos humanos del Tribunal de Cuentas, más allá de lo previsto para este organismo en los Presupuestos Generales del Estado para 2010. 7.– Comprometerse a desarrollar los términos del punto 6 de la presente moción, también para la Agencia Tributaria y la Fiscalía Anticorrupción. 8.– Observar las previsiones de la Ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y los Altos Cargos de la Administración General del Estado, especialmente en lo relativo a la publicidad de los bienes y derechos patrimoniales.

bemos resaltar la importancia los *códigos de conductas de autoridades y funcionarios públicos*. El artículo 8 de la Convención establece que cada Estado parte promoverá la integridad, honestidad y responsabilidad de sus funcionarios públicos y, en particular, cada Estado parte procurará aplicar "códigos de conducta, para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas". En España se han desarrollado recientemente tres textos referentes al asunto, que regulan los conflictos de intereses.

El primero es el "Código de buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado", aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18.02.2005. En el texto se plasman los principios (básicos, éticos y de confianza) con los que deben actuar los miembros del Gobierno y los Altos Cargos de la Administración del Estado. Define los principios básicos como la actuación de los mismos conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y los principios éticos que desarrolla el código son los de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres.[49] Destacaríamos como los más importantes para prevenir la corrupción política, el de que antepondrán el interés general o común sobre los intereses privados, el de abstenerse de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público. Se entiende que existe conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas, no aceptar tratos de favor, abstenerse de todo tipo de negocios y actividades que comprometan la objetividad de la administración al servicio de los intereses generales y rechazo de cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. La verdad es que es un documento muy interesante, pero que, en cambio, no concreta ninguna medida oportuna o sanción en caso de incumplimientos.

El segundo texto, es el aprobado por Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos

49. Este Acuerdo del Consejo de Ministros fue publicado en el *BOE* el 07.03.2005 en virtud de la Orden APU/516/2005, de 03.03.2005.

Cargos de la Administración General del Estado,[50] en el que se consagra el principio de dedicación exclusiva del alto cargo a su puesto público, restringiendo todas aquellas actividades que puedan perturbar o incidir en el desempeño de sus funciones públicas. En tal sentido, hay que resaltar que se elimina para los altos cargos la percepción de cualquier retribución o asistencia por su participación en los órganos rectores o consejos de administración de las empresas de capital público. Esta medida supone una mejora en la transparencia del sistema retributivo de los altos cargos.

Y el tercero que regula el conflicto de intereses es el aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Según esta disposición legislativa, los empleados públicos se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses en su puesto público y no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público (artículos 53.5 y 53.6).[51]

5.3 Contratos del sector público

Para finalizar, y también con el objetivo de prevenir y combatir la corrupción, también conforme a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, tenemos que resaltar las medidas adoptadas en relación con la *contratación pública*. En el artículo 9 de la Convención se establece que cada Estado parte, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. También, cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública y también tiene que adoptar las medidas que sean necesarias para preservar la integridad de los libros y registros contables,

50. Publicada en el *BOE*, de 11 de abril. En su artículo 4 se establece que "a los efectos de esta ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas". En la misma línea que el Código de Buen Gobierno referido con anterioridad.

51. GARCÍA MEXIA, P. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso del poder*..., op. cit., p. 29.

estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.

En nuestro derecho interno conviene resaltar que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece en su artículo 1 (objeto y ámbito de aplicación de la Ley) que "la presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa". Todos sabemos que en la adjudicación de contratos por parte de la Administración Pública se conculcan muchas veces los procedimientos legalmente establecidos y resultar beneficiarias empresas que, como contraprestación, ofrecen prebendas de todo tipo. Es muy importante que los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia, sean respetados escrupulosamente. En otro caso, se estará fomentando la corrupción política en sus diversas manifestaciones.

5.4 Otros mecanismos: respuestas políticas y sociales

En la prevención de las conductas de corrupción política es muy importante que los partidos políticos (instrumento fundamental para la participación política, según el artículo 6 de la CE) arbitren mecanismos de responsabilidad política para los miembros que realicen conductas relacionadas con la corrupción, con independencia de la hipotética responsabilidad penal en la que incurra el presunto encartado en el procedimiento judicial. En el caso de los funcionarios públicos, la responsabilidad penal corre paralela con una responsabilidad disciplinaria, dado el carácter de infracción del oficio público que tienen las conductas delictivas contra la Administración Pública, pero que no abordamos, al circunscribir nuestra disertación en la figura del agente de autoridad (política en este caso). Sabemos que un personaje político no tiene por qué ser responsable penalmente de hechos de corrupción incluso delictivos que hayan cometido sus parientes, colaboradores o subordinados, utilizando indebidamente su nombre o las facultades en ellos delegadas por el personaje en cuestión. Pero, aunque no tenga responsabilidad penal, como afirma Muñoz Conde, siempre le queda al político la posibilidad de la dimisión o la

rendición de cuentas ante el Parlamento (o ante el órgano político al que pertenezca, como el Pleno del Ayuntamiento, si forma parte de la Administración local). La responsabilidad penal no exime de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir de la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por qué excluirse o impedirse mutuamente.[52] Y en esta complicada empresa de la depuración de responsabilidad política tienen mucho que ver los dirigentes del partido político al que pertenece el responsable de los hechos. Pero, por desgracia, sabemos que muchas veces, no sólo no piden esos dirigentes la dimisión o decretan el cese, sino que son amparados, encubiertos e incluso justificadas sus repugnantes corruptelas; llegando en algunas ocasiones a cuestionar de forma esperpéntica a los profesionales dedicados a la investigación criminal (jueces, fiscales y fuerzas de seguridad) y acusarlos sin pruebas de utilizar técnicas ilegales para la averiguación de los hechos, como ha ocurrido recientemente por la utilización del sistema Sitel de intervención de comunicaciones telefónicas previa autorización judicial en el "caso Gürtel". Resulta escandaloso también, que cuando los presuntos hechos criminales los comete un determinado partido político, éste se defiende y refugia en el paraguas de la presunción de inocencia (derecho constitucionalmente reconocido), pero cuando los hechos son cometidos por el adversario no hay presunción de inocencia que valga y ésta se convierte misteriosamente en presunción de culpabilidad. Se utiliza el recurso al Estado de Derecho para que ampare siempre a los amigos y nunca a los enemigos, hagan lo que hagan ambos. En definitiva, por ética política y por respeto al sistema democrático, el político corrupto debería ser apartado de sus funciones por los dirigentes de su formación política e impedir que vuelva a formar parte de las listas electorales (al menos por una temporada prudencial). De lo contrario, lo que entra en crisis es el propio sistema democrático.

En relación con las respuestas sociales, es muy importante, como afirma Zúñiga Rodríguez, potenciar las medidas educativas consistentes en enseñar a los jóvenes en el área educativa básica y universitaria de la importancia de las funciones públicas y de sus límites dentro del principio de legalidad en un Estado de Derecho y educar a la ciudadanía de que la tolerancia y la admiración de los poderosos, que logran poder de forma corrupta, es contraproducente para su propio desarrollo social, pues impide establecer relaciones en plano de igualdad. Para esta autora es muy importante también, para prevenir la corrupción, que los medios de comunicación denuncien los abusos cometidos y conciencien de la bondad de la transparencia política dentro del juego demo-

52. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit., p. 934.

crático, además de contrastar la valoración positiva que tiene en la sociedad la obtención de privilegios, sin importar los medios para conseguirlos.[53]

6. RESPUESTAS PENALES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Como se expresaba con anterioridad, las conductas implicadas en los casos de corrupción política son complejas y suelen dar lugar a la aparición de diversas figuras delictivas. Desde una perspectiva criminológica nos encontramos, como afirma Demetrio,[54] ante una "amalgama delictiva" constituida por sobornos, pagos ilícitos en general, arbitrariedades, desviaciones o abusos de poder, que en la mayoría de los casos dan lugar a la aparición de delitos contra la Administración Pública (prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales o negociaciones prohibidas a los funcionarios). Aunque también podríamos incluir como delitos de corrupción política las falsedades documentales, el blanqueo de capitales y los delitos urbanísticos, cuyo bien jurídico protegido no se identifica con los anteriores, e incluso también estarían incluidos ciertos delitos patrimoniales como determinados tipos de estafas o apropiaciones indebidas. Y también, como no, ciertos delitos societarios, los relativos al mercado de la competencia o los delitos contra la Hacienda Pública.

No obstante, no se trata de abordar el examen de todas las figuras delictivas, dado que éstas serán estudiadas en otros apartados de esta publicación, y sí se realizarán algunas reflexiones generales sobre algunas conductas típicas de los delitos más identificados con la corrupción política (salvo el cohecho, del que se hace un estudio específico en otro lugar), como el tipo básico de prevaricación, el tráfico de influencias, la malversación y las negociaciones prohibidas. Dentro de las negociaciones prohibidas no entraré en el análisis de todas las conductas típicas aunque son clara manifestación de corrupción y que, por desgracia siguen manifestándose en nuestra sociedad. Un ejemplo es el delito cuya conducta consiste en la solicitud, por parte del funcionario o autoridad, de favores sexuales de personas que tengan pretensiones pendientes de resolución con la autoridad o funcionario. Son conductas repugnantes que, por desgracia, se siguen dando en nuestra sociedad y que es una manifestación más de la degradación profesional y personal a la que llegan ciertas personas investidas de poder.

---

53. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*... cit., p. 281.

54. DEMETRIO CRESPO, E. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública... cit., p. 182.

En el Proyecto de reforma de Código Penal, aprobado por el Gobierno y enviado a las Cortes el 13.11.2009, se hace una revisión profunda de algunos delitos relacionados con la corrupción política, sobre todo, el de cohecho, que está dando tanto que hablar y que en cierta medida está generando alarma social por el comportamiento nauseabundo y poco ético de ciertos políticos en España; gobernantes, que se dejan sobornar a cambio de cuantiosos y lujosos regalos (trajes, coches de lujo o viajes y vacaciones gratis, entre otras prebendas). De esta forma, los empresarios y otros agentes que sobornan, ofrecen regalos y cuantiosas sumas de dinero en comisiones ilegales; recibiendo, a cambio, adjudicaciones de contratos de obras y servicios de cantidades millonarias. Son, además, conductas delictivas en las que participan, no solo políticos y empresarios, sino también abogados, asesores financieros y responsables de los sectores de la construcción o de las inmobiliarias, que aprovechan las relaciones de los cabecillas de la red para obtener recalificaciones urbanísticas y negocios de todo tipo. Se incorpora una nueva figura delictiva, el cohecho entre particulares y se tipifican las conductas más graves de corrupción en el deporte. También se reforman los delitos urbanísticos, en los que, además, se incrementan las penas. Estas son, quizá, las aportaciones más destacadas del texto.[55]

55. Referencias Del Consejo De Ministros. Web www.la-moncloa.es. Se regula el cohecho entre particulares. Con esta reforma el Derecho Penal español contará con los instrumentos necesarios para combatir con mayores garantías de eficiencia todos los fenómenos de corrupción cuyo poder destructivo atenta contra el núcleo mismo del Estado de Derecho. Se tipifica de forma más exhaustiva el delito de cohecho, incorporando varios instrumentos internacionales. En el ámbito urbanístico, se reforman acciones como la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección o la omisión de inspecciones obligatorias pasan a tener en sí mismo carácter delictivo. Se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de este tipo de conductas. En la lucha contra la corrupción en el sector privado, se sancionarán los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. También se refuerzan las medidas para el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito en el marco de una organización criminal. Además se produce un incremento de la penalidad y de las multas, y se mejora técnicamente el ya existente delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales. Además, se produce un aumento en el plazo de prescripción de los delitos, para evitar la impunidad. Se tipifican penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte, como los sobornos llevados a cabo, tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas, como por deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva. Se regula de forma más adecuada, junto a las asociaciones ilícitas, lo referente a

Realizaremos, por tanto, una referencia general al contenido de algunos tipos penales incluidos en los delitos contra la Administración Pública. Lógicamente, el *bien jurídico protegido*, común para todos, se concibió tradicionalmente desde una perspectiva interna, en virtud de la cual el núcleo del injusto residía en la ruptura de la relación de fidelidad existente entre en funcionario y la Administración. Pero, en nuestro Estado de Derecho actual, en virtud del artículo 103 de la CE, existe coincidencia en fijar el bien jurídico de estos delitos en el conjunto de tareas y principios derivados de este precepto constitucional. Lo relevante, por tanto, es la perspectiva externa que pone en conexión la actividad de los funcionarios con el servicio a los ciudadanos o a los intereses generales y su sometimiento, en esta actuación, a los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y sometimiento pleno a la ley y al derecho. El contenido material del injusto de todos los delitos requiere, por tanto, que el comportamiento típico, además de la infracción del deber por parte del funcionario o autoridad, tenga una mínima trascendencia negativa en el desempeño de la actividad administrativa afectando la calidad del servicio que la Administración presta a los ciudadanos o a los intereses generales.[56] Éste sería, por tanto, el bien jurídico protegido en los delitos que vamos a analizar. Otra de las características comunes de estas conductas delictivas es que, en relación al *tipo subjetivo*, son conductas esencialmente *dolosas*.

En relación a las *consecuencias jurídicas*, hay que destacar que, en los casos que el condenado por delitos de corrupción política, lo es a penas de prisión y dada la tipología delictiva de los responsables de este tipo de delincuencia (criminalidad de "cuello blanco"), en la fase de ejecución penitenciaria suelen obtener más fácilmente privilegios y beneficios penitenciarios que otro tipo de condenados. Sabemos que, teniendo en cuenta uno de los principios que presiden la ejecución e las penas privativas de libertad, (*resocialización*), los

---

las organizaciones y grupos criminales en general. Se aumentan, también, las penas para delitos urbanísticos, castigándose las obras ilegales y a las autoridades que las silencien. La reforma aumenta las penas a los delincuentes urbanísticos e impide que sean delitos rentables privándoles de las ganancias. Se castigan también las obras de urbanizaciones ilegales y se regula de forma más precisa la prevaricación urbanística. Los jueces deberán imponer multas de hasta el triple de la cuantía del beneficio cuando la multa ordinaria no supere el importe de éste. Las ganancias obtenidas por el delincuente se decomisarán siempre. Por primera vez se castigará penalmente a las autoridades y funcionarios que amparen las obras ilegales incumpliendo intencionadamente sus obligaciones. Se aumentan las penas de prisión, que podrán ser de hasta cuatro años por cada obra ilegal.

56. BERDUGO, Arroyo y Aa.Vv. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, 2007. p. 870.

delincuentes que cometen delitos de corrupción política aparecen más socializados, más insertados en el tejido social, tienen una peligrosidad criminal menor y, por ende, un pronóstico más bajo de reincidencia. Esto es claramente criticable desde los postulados modernos sobre las características que deben reunir las penas privativas de libertad en el moderno Estado Social y Democrático de Derecho. Incluso en la Ley Orgánica General Penitenciaria (Logp) se establece claramente en su artículo 3, que en la ejecución penitenciaria no existirá ningún tipo de discriminación hacia los privados de libertad.[57] En los últimos años, además, se han agudizado las desigualdades con unas reformas penales y penitenciarias que ahondan en la concepción del *derecho penal del enemigo,* y para ciertos tipos de delincuentes (terroristas o pertenecientes a organizaciones criminales) se prevé que cumplan íntegramente sus condenas.[58] En cambio, a los condenados por *corrupción política* en sus diversas manifestaciones, les resulta más fácil la obtención de permisos de salida, progresión al tercer grado y concesión de la libertad condicional. Ejemplos, por desgracia, tenemos muchos y en los que no nos vamos a detener. No tenemos espacio para desarrollar este asunto y que, por su interés y actualidad, merece un estudio más detallado.

6.1 Prevaricación

La prevaricación administrativa es un delito elaborado en los últimos años sobre todo a partir de una concepción democrática del poder. En este caso, cuando se produce una "aplicación torcida" del derecho, estaríamos hablando de prevaricación. La desviación de poder y la corrupción política y administra-

57. Artículo 3 LOGP. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.

58. Para algunos autores como ZAFFARONI, E. R. *Manual de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 127-130 y 200-204, el discurso actual del derecho penal de autor, de emergencia y del enemigo, que tanto éxito están teniendo en el legislador penal, tiene su origen en el famoso manual de la Inquisición llamado *Malleus Maleficarum*, (Martillo de las brujas), de 1484.Cuatrocientos años más tarde se les llamaría criminales natos y se les atribuiría la misma etiología biológica. Ante cada nueva emergencia en los seiscientos años posteriores se dijo lo mismo: los más peligrosos son los que niegan la emergencia, porque niegan la autoridad de los que la explotan. Así fueron denostados como peligrosísimos quienes negaron que la culpa de todo la tuviese la droga, el comunismo internacional, el terrorismo, los subversivos, etc.

tiva son incompatibles con la democracia y con un control democrático de los actos administrativos.[59] Los tipos penales están regulados en los artículos 404 a 406, siendo el primero el tipo básico.[60] El *tipo objetivo* tendría tres componentes: dictar, resolución administrativa y el carácter arbitrario e injusto de la resolución. Se ha discutido por la doctrina si al definir la conducta *dictar*, estamos hablando sólo de una conducta activa, excluyendo de la tipicidad, por tanto, la conducta omisiva. La doctrina mayoritaria estima que es típica también la conducta omisiva,[61] siempre que sea en base a la comisión por omisión del artículo 11 del CP. En consecuencia, cuando la autoridad o funcionario tiene el deber de dictar una resolución administrativa y no lo hace, estaría realizando una conducta típica de prevaricación: Por ejemplo, Alcalde que no convoca Pleno. Mayores dificultades presentan la interpretación de los términos "injusticia" y "arbitraria". Dos han sido las teorías que se han utilizado para determinar este concepto; la *subjetiva*, que pone el acento en que el autor dicta una resolución que es injusta de acuerdo con sus propias concepciones acerca de lo injusto. De este modo no resultaría típica la infracción de la ley, por grosera que esta sea, si el funcionario o autoridad subjetivamente está convencido de que en abstracto su contenido es justo, en cuanto que "hace justicia". En la jurisprudencia y doctrina domina, en cambio, una teoría totalmente *objetiva*. La resolución arbitraria es aquélla que no puede apoyarse en ningún método de interpretación. Una resolución que se basa en una interpretación, aunque sea mínimamente plausible de acuerdo con la metodología jurídica, es contraria a derecho y recurrible, pero no arbitraria en el sentido del delito de prevaricación. El rechazo a una teoría subjetiva de la prevaricación no debe conducir sin embargo a olvidar los motivos espurios (motivos racistas, de búsqueda de beneficio económico, o de venganza) que deben haber llevado al funcionario o autoridad a adoptar la decisión. Así, por ejemplo, en el caso de decisiones discrecionales, la adopción de una resolución teóricamente admisible pero basada en motivos de venganza debe considerarse injusta[62] (policía que pone una multa de tráfico a un coche mal aparcado en las inmediaciones de un campo de fútbol donde hay otros muchos mal aparcados, pero sólo se la pone a los que

59. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*... cit., p. 936.

60. Art. 404 CP. A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

61. DE TOLEDO Y UBIETO, O. El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal. *Revista Jurídica La Ley*, 1996. p. 6 y ss.

62. Berdugo, Arroyo y Aa.Vv. Op. cit., p. 871.

tienen matrícula de fuera y no de la localidad; otorgar licencia de construcción a unos, pero no a otros que se encuentran en la misma situación). Respecto al *tipo subjetivo*, nos encontramos ante un delito doloso y aunque el tipo penal utiliza el término "a sabiendas", la doctrina y la jurisprudencia admiten también la posibilidad no sólo del dolo directo, sino también del eventual. La pena que lleva aparejado el tipo básico de prevaricación es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Para finalizar, en el proyecto de reforma del CP, de noviembre de 2009, no se modifican los artículos referidos al delito de prevaricación.

6.2 *Tráfico de influencias*

Los tipos penales son los previstos en los artículos 428 a 431 del CP. *La conducta típica* en el 428 es la relativa a la influencia de un funcionario o autoridad sobre otro, siempre con prevalimiento, para que se dicte una resolución de la que se derivan beneficios económicos. La resolución debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida, en el sentido de que no se hubiera producido sin tal influencia. En cambio, el funcionario o autoridad que recibe la influencia o la presión no responderá como autor ni como partícipe de dicho delito y su responsabilidad quedará limitada eventualmente a un delito de prevaricación. La acción de influir debe dirigirse hacia un acto concluyente, una resolución que afecte la imparcialidad de la administración. Debe tratarse de una resolución que genere o pueda generar un beneficio económico para aquél que influye o para un tercero. Las penas variarán según se obtenga el beneficio perseguido. En el 429, la acción prohibida coincide, pero el sujeto activo cambia, no es funcionario o autoridad, sino un particular y las penas también varían según se obtenga o no el beneficio económico. En el 430, la conducta típica se estructura sobre la venta o intermediación de influencias, es decir, utilizar influencias sobre funcionarios o autoridades, sean reales o ficticias, para obtener un beneficio económico. Se concreta en la solicitud de dádivas entre particulares. Según el TS (Sentencia 19-7-2001) se trata también de un delito de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquél a quién se dirige la oferta y, desde luego, sin que sea preciso que la influencia, que puede ser real o ficticia, sea ejercida efectivamente.[63]

63. Art. 428 CP. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cual-

En el proyecto de reforma del CP se modifica el artículo 430 en su párrafo segundo.[64]

6.3 Malversación de caudales públicos

Los tipos penales de la Malversación están regulados en los artículos 432 a 435. En los tres primeros preceptos está recogida la *malversación propia*, en la que el sujeto activo es el funcionario o autoridad. *La conducta típica* del artículo 432 consiste en sustraer (forma activa) o consentir que otro sustraiga (forma omisiva). El objeto del delito son los caudales o efectos públicos, es decir, bienes muebles que pertenecen a la Administración pública. Los caudales o efectos públicos deben estar a su cargo por razón de sus funciones. El precepto regula específicamente un incremento o reducción de la pena si se dan las circunstancias descritas en los apartados 2 y 3, basándose fundamentalmente en el mayor o menor ataque al bien jurídico tutelado que supone la concurrencia de las mencionadas circunstancias. En el 433, *la conducta típica* es a través de la distracción, es decir, se sanciona el uso indebido de bienes públicos. La san-

---

quier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Art. 429. El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Art. 430. Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

64. El Proyecto establece en el *art. 430.2*, lo siguiente: Cuando de los delitos comprendidos en este capítulo fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de suspensión de las actividades sociales por un plazo de dos a cinco años y clausura de sus locales y establecimientos durante el mismo periodo de tiempo.

ción penal opera aunque el sujeto no posea ánimo de lucro. La diferencia entre sustracción y distracción se da, por tanto, en el ámbito subjetivo. En el 434, *la conducta típica* consiste en dar aplicación privada a bienes pertenecientes a la Administración. Para habilitar la respuesta penal se exige ánimo de lucro y un grave perjuicio para la causa pública, lo que limitará considerablemente su ámbito de aplicación. En el 435 se regula la *malversación impropia*. Este precepto extiende la responsabilidad penal por malversación a los particulares que gestionan o se encargan de fondos, rentas o en general caudales públicos. Se exige que el particular obre con ánimo de lucro. Por otra parte, la jurisprudencia reclama un conocimiento explícito y cierto de la obligación asumida, es decir, requiere que el depositario conozca de manera cierta sus obligaciones, no bastando una mera información rutinaria.[65]

En el proyecto de reforma del CP no se modifica ninguno de estos preceptos.

65. *Art. 432 CP.* 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. 3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años. *Art. 433.* la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior. *Art. 434.* La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal, Autonómica o Local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. *Art. 435.* Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 1.° A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas. 2.° A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3.° A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

6.4 Negociaciones prohibidas

Con el epígrafe de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función aparecen regulados los tipos penales de los artículos 439 a 444. En el primer tipo, para la consumación del delito no es necesario que el funcionario o autoridad obtenga algún provecho económico o cause algún perjuicio. El segundo precepto remite a las conductas previstas en el artículo anterior aunque en relación a determinados particulares. En los tres primeros artículos se quiere conseguir la imparcialidad de la Administración en los negocios privados, castigando a los sujetos activos cuando abusen de su especial situación para lucrarse, con merma de la dignidad e imparcialidad a la que están obligados por razón del cargo que ocupan. Lo fundamental es, pues, la idea del abuso de las funciones públicas propias del funcionario que actúa dentro de los límites de su función o mando; es decir, que la acción se desarrolle en los ámbitos en los que la autoridad o funcionario deban intervenir por razón de su cargo. El desiderátum que informa el espíritu del artículo 441, es evitar que el funcionario o autoridad abuse de su posición prevalente, se lleva a cabo también paralelamente con un verdadero control democrático de la función pública y un catálogo de prohibiciones e incompatibilidades a nivel orgánico, evitando el tráfico de influencias, auténtica lacra de la Administración, y la burla casi continua a las dedicaciones "en exclusiva" a la función pública, por las que se obtiene una mayor contraprestación, a la que realmente no se tiene derecho cuando se ejercen actividades declaradas por ley como incompatibilidades con un régimen de dedicación exclusiva. En el artículo 442 se trata de completar la figura de revelación de secretos por parte de la autoridad o funcionario público y el delito de información privilegiada cometido por particulares. Y, en el 443 la doctrina considera que el tipo objetivo de la figura criminal de referencia está integrada por la conducta consistente en solicitar sexualmente. La persona solicitada, además, ha de tener pendiente un asunto en el que el funcionario deba intervenir como tal para resolver, informar o elevar consulta a superior. El tipo subjetivo consisten en el conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia de las pretensiones del particular pendientes de su actuación profesional.[66]

---

66. *Art. 439 CP.* La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años. *Art. 440.* Los peritos, árbitros y contadores

Este tipo de delitos tampoco se modifican en el Proyecto de reforma del CP.

7. BIBLIOGRAFÍA

Además de la insertada en el texto en las notas a pie de página y, entre otras, la siguiente:

ARANA, Jaime Rodríguez. *La dimensión ética*. Madrid: Dykinson, 2001.

ARZAMENDI, José Luís de la Cuesta. Iniciativas internacionales contra la corrupción. Justicia social y derechos humanos en la era de la globalización y la multiculturalidad. *LXVI Curso Internacional de Criminología. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*. n. 12. San Sebastián, 2003.

BATARRITA, Asúa. La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. In: _____ (coord.) *Delitos contra la administración pública*. Lisboa: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

---

partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años. *Art. 441*. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. *Art. 442*. La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al tripe del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

BEJARANO, Daniel Montero. *La casta. El increíble chollo de ser político en España*. La Esfera de los Libros, 2009.

BESSON, Jean Cartier. Las causas y consecuencias de la corrupción: análisis económico y lecciones aprendidas, en OCDE. *Las reglas del juego cambiaron. La lucha contra el soborno y la corrupción*. México, 2000.

CALVO, Enrique Gil. El "caso Gürtel": un test de calidad democrática". *El País*. Madrid, 08.10.2009.

CAPARRÓS, Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

_____. Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997). In: OLIVÉ, Ferré y otros. Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Salamanca: Aquilafuente, 2002.

CASCÓN, Carbajo. Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción. In: FABIÁN CAPARRÓS (coord.). *La corrupción, aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio legis, 2000.

CORDERO. Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Arazandi, 2002.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública. Fraude y corrupción en la Administración Pública. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. vol. 3.

CUGAT MAURI. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona, 1997.

DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez. Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias. *Delitos de los funcionarios públicos*. Madrid: CDJ, 1994.

_____ et al. *Curso de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Experiencia, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, Grijalbo Mondadori, 1996.

FRANCÉS, Gutiérrez. Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional. In: OLIVÉ, Ferré y otros. Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Salamanca: Aquilafuente, 2002.

GARCÍA, Alejandro Nieto. *Corrupción en la España democrática*. Barcelona: Ariel, 1997.

GARCÍA, Álvarez. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, 1987.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2005.

GARCÍA MEXÍA, P. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*. Colección Ciencia Política. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

GIRAO, Mônica Sánchez. El caso Fujimori/Montesinos. Binomio de criminalidad organizada y corrupción: un quiebre de la democracia. In: SANZ MULAS (coord.) El desafío de la criminalidad organizada. *XVIII Congreso de alumnos de Derecho Penal*. Salamanca: Comares, 2006.

LANDROVE, Federico Bello. *Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en el delito de prevaricación en el Código Penal español*. Madrid: RGLJ, 1977.

MANÃS, PIÑAR. La afirmación ética: buen gobierno, formación y códigos de conducta. *La ética del poder público. La experiencia de Cantabria*. Gobierno de Canatbria: UIMP, 2007.

MARTINS, José Távara. *La captura del Estado y la persistencia de la corrupción como desafíos de la democracia*. Casa de estudios del Vicios públicos, poder y corrupción. Sur, Casa de estudios del socialismo. Ugareche, compilador. Lima, 2005.

MERTON. *Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968.

MORLINO, Leonardo. *Democracias y democratizaciones*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2009.

MÚJICA. *Estrategias de corrupción, poder, autoridad y reyes de corrupción en espacios locales. Vicios públicos, poder y corrupción*. Sur, Casa de estudios del socialismo. Ugareche, compilador. Lima, 2005.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. 14. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

SÁNCHEZ, Carmen Demelsa Benito. In: SANZ MULAS (coord.). El fenómeno corrupción y su tratamiento desde las instancias supranacionales, en Dos décadas de reformas penales. *XX Congreso universitario de alumnos de Derecho Penal*. Salamanca: Comares, 2008.

SERRANO MAÍLLO, A. *Introducción a la criminología*. 4. ed. Madrid: Dykinson, 2006.

SUTHERLAND, E. H. *White collar crime*. New York: The Dryden Press, 1949.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Constituição e Estado de Direito: refletindo sobre a teoria da corrupção, de John Patrick Dobel, de Maria Garcia – *RDCI* 70/91;
- Corrupção e modos de governo: desafios para a democracia, de Flávia Schilling – *RIASP* 26/241;
- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29; e
- Ministério Público e o controle penal da corrupção. A promotoria anticorrupção (Ferderc) na Espanha: do modelo formal ao modelo construído, de Bruno Amaral Machado – *RCP* 7/123.

54042

1 Fatos e lições na história penitenciária do Amazonas

Carlos Lélio Lauria Ferreira

Secretário de Estado de Justiça e Direitos Humanos do Amazonas. Presidente do Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Direitos Humanos e Administração Penitenciária. Promotor de Justiça.

Luís Carlos Valois

Mestrando em Direito Penal e Criminologia na USP. Coordenador da Escola Superior da Magistratura do Amazonas. Juiz da Vara de Execuções Penais do Amazonas.

Área do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: O presente texto aborda fatos da história do sistema penitenciário amazonense, registrando a construção das primeiras cadeias, das fortalezas que serviram como tal e a situação dos presos, desde a época colonial até os dias de hoje. Um esboço geral que parte da crença dos autores de que é importante e possível aprender muito com os erros e acertos do passado, assim como da constatação de que pouco se tem falado, na história em geral, da situação daquele que violou as regras da ocasião.

Palavras-chave: Sistema penitenciário – Amazonas – Colônia – Império – Evolução.

Abstract: This paper analyzes facts related to the history of the prison system in the state of Amazonas, recollecting the construction of the first prisons, the fortresses that served as jails and the situation of prisoners, from the colonial time to now. We present a general outline that stems from the belief that it is important and possible to learn a great deal from the mistakes and successes of the past as well as the fact that little has been said in history, in general, about the situation of those who violated the rules of that moment.

Keywords: Prison system – State of Amazonas – Colony – Empire – Progress.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Primeiras cadeias – 3. A administração das cadeias no Império – 4. Início do período republicano – 5. A primeira casa de detenção – 6. Estrutura penitenciária atual – 7. Terceirização prisional – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Quando iniciamos o desafio de escrever sobre a história do sistema penitenciário amazonense[1] sabíamos da riqueza de fatos que envolvem nossas prisões desde a época da colonização até os dias de hoje. Principalmente de Manaus, uma capital *sui generis* em termos de estrutura penitenciária, podemos tirar inúmeras lições que bem serviriam para quem efetivamente estivesse preocupado com a obtenção de alguma racionalidade para o sistema punitivo.

A capital do Amazonas hoje é talvez a única do Brasil a possuir todos os presos do regime aberto cumprindo pena em Casa do Albergado, com igualmente todos os internos do regime semiaberto em Colônia Agrícola, assim como não possui nenhum preso provisório, e muito menos condenado, recolhido em cela de delegacia de polícia.

A experiência que aqui se tem com a Casa do Albergado, há muito abandonada pela maioria das capitais do país, nos permite inclusive a aplicação da pena de limitação de fim de semana, sanção prevista no Código Penal, mas dificilmente aplicável em outras cidades.

Desde já é bom que se diga que não estamos aqui defendendo a pena de prisão como solução para qualquer um dos males de nossa sociedade, muito pelo contrário, só quando se tem alguma coerência lógica em um sistema é que se pode discuti-lo para chegar a conclusões com o mínimo de coesão.

Combater a pena de prisão na total desordem que se tornou o sistema penitenciário nacional é fácil, mas restará sempre um argumento forte para aqueles que torcem pela manutenção da prisão como pena mestra: o de que é a falha no sistema que torna a prisão algo negativo e não a prisão em si.

Não só a estrutura atual do Sistema Penitenciário do Amazonas serve de parâmetro para análise da pena de prisão, a história das cadeias no Estado do Amazonas é praticamente um resumo geral da história dessa sanção no ocidente. Desde presídios para degredados à penitenciária no estilo panóptico tivemos. E é sobre essa história que elaboraremos um breve ensaio.

---

1. Os autores escreveram: *Sistema penitenciário do Amazonas: história, evolução, contexto atual*. Curitiba: Juruá, 2006; sendo o presente artigo um resumo em forma de ensaio sobre os temas abordados no livro.

2. PRIMEIRAS CADEIAS

A ideia que se tem de nossa colonização é a de uma grande improvisação. As aldeias viravam cidades, ocas viravam casas, índios viravam cidadãos, chefes de tribos viravam juízes nomeados pela coroa de Portugal, voluntariamente ou à força. Assim, não era diferente com as cadeias. Os precários fortes construídos, mais para marcar território do que para servir de defesa, serviam também improvisadamente de cadeias.

Manaus também possuiu seu forte, Forte de São José do Rio Negro, chamado comumente de Fortim da Barra, aliás, o primeiro do Amazonas, construído em 1669, tendo dado origem ao povoado da Barra,[2] pequeno arraial mal organizado com uma população de 300 pessoas, a maioria índios de hábitos primitivos, com suas casas de palha. O forte era uma casa coberta de telha, cercada por um muro de pedra e cal, descrita pelo padre João Maria Coelho como "um quadrado quase perfeito",[3] com paredes bastante grossas, de altura de dois homens mais ou menos.

É de 1762 o forte construído na margem esquerda do Rio Negro que deu origem a São Gabriel da Cachoeira e de 1766 o Forte São Francisco Xavier de Tabatinga,[4] a margem esquerda do Rio Amazonas, na fronteira com o território espanhol, onde hoje é a cidade de Tabatinga.

Barcelos era a capital da então Capitania de São José do Rio Negro, ainda subordinada ao governo do Grão-Pará. Nela os edifícios, os quais haviam sido construídos de barro e madeira tirada da mata sem a necessária consistência, logo entraram em ruína, a Casa da Câmara, responsável pela administração da vila, não possuía uma instalação condigna, o pelourinho, instrumento e símbolo da autoridade da Coroa, caiu.[5] Nem mesmo no auge, nossa antiga capital possuiu prédio para servir de cadeia. Os presos eram recolhidos no calabouço do quartel e assim permaneciam. Igual se passava em todos os lugares e vilas da capitania.

Na medida em que as cidades iam se formando em volta dessas e de muitas outras fortificações no Amazonas e no Brasil, enquanto o tamanho da população

2. YPIRANGA MONTEIRO, Mário. *Fundação de Manaus*. 4. ed. São Paulo: Metro Cúbico, 1994.

3. Idem, p. 26.

4. YPIRANGA MONTEIRO, Mário. *A Capitania de São José do Rio Negro*. 4. ed. Manaus: Valer, 2002.

5. REIS, Arthur César Ferreira. *Manáos e outras Villas*. 2. ed. Manaus: Edua, 1999.

e o conjunto de edifícios não autorizavam a construção de uma casa específica para servir de cadeia, os calabouços dos fortes eram as únicas celas existentes, tanto para os primeiros civis criminosos como para os soldados colonizadores.

Quando um grupo de soldados passava muito tempo servindo na fortaleza de uma determinada vila ou povoado, normalmente sob comando de militares despreparados e com seus soldos atrasados, ocorriam insurreições de regra resolvidas com a prisão de todos os insubordinados, os quais eram levados "a ferros" presos para outro forte, em outra localidade. Não só as condições materiais eram causadoras de diversos contratempos, o comportamento desregrado dos soldados contribuía igualmente para a prática de diversos crimes.

A estrutura militar, montada para expandir e manter os domínios portugueses no Amazonas, fez com que o exercício do poder permanecesse com características militares por longo período, favorecendo o arbítrio do comandante, do governador, ou de qualquer autoridade de ocasião. As ordens verbais para punição, originadas de fatos graves ou da mesquinhez de pequenas intrigas, ultrapassavam as paredes do forte para alcançar a vila, o povoado e até os que se refugiavam no mato, tradição que ocasionou muitos conflitos quando a justiça comum começou a se estabelecer. "Nada pode obrar a justiça, aonde se intromete e inflúi o poder da força e autoridade militar",[6] reclamava o ouvidor, autoridade judicial.

Uma simples tentativa de fuga, isto é, quando o índio buscava voltar às suas origens na selva, levava ao encarceramento, pena imposta arbitrariamente pelo comandante da hora, sanção que, entre as diversas crueldades, era a mais sentida[7] pelo gentio, de um momento para o outro visto sem sua liberdade, proibido de caçar, pescar, correr, algo incompreensível em sua cultura primitiva.

O fato de Portugal não possuir um sistema penal específico para a atividade colonizadora, visto que as regras das Ordenações haviam sido criadas para regular a vida na Corte, era motivo para que, na colônia, fosse facilitado o

6. Ofício de 03.03.1761, de Lourenço Pereira da Costa, bacharel nomeado primeiro ouvidor da Capitania de São José do Rio Negro pela Carta Régia de 30.06.1760, da Vila de Barcelos para o secretário de Estado de Marinha e Ultramar, Francisco Xavier de Mendonça Furtado. Instituto de Investigação Científica Tropical. *Documentos Manuscritos Avulsos da Capitania do Rio Negro (1723-1825)*. Projeto Resgate de Documentação Histórica Barão do Rio Branco – Conselho Ultramarino-Brasil. CD-ROM. Rio de Janeiro: Montreal Informática.

7. DANIEL, João. *Tesouro descoberto no máximo Rio Amazonas (1722-1776)*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004. p. 348.

despótico ato de mandar prender. E a prisão, dessa maneira manejada, acabou, antes da pena de morte, fazendo às vezes de sanção mais grave. Prisão militar ou civil, não importava: iam todos para o mesmo calabouço.

A Vila de Ega, atual cidade de Tefé, cuja câmara exercia jurisdição sobre os lugares de Avellos, Fonte Boa, Nogueira, Alvarães, Santo Antônio do Itamaraty e São João do Príncipe, no final do período colonial, não possuía casa para a cadeia, o calabouço do quartel continuava servindo de moradia para os detentos, prisão que foi palco de fatos marcantes desse tempo.

O governador da capitania era o militar Victorio da Costa, preocupado mais com seus cultivos em sua chácara particular do que com a administração, criou altos impostos e foi severamente combatido, até que extrapolou na repressão de seus opositores mandando vários vereadores para a prisão, a ferros e gonilhas (coleiras de ferro), mandando surrá-los, alguns até a morte, como o caso de um filho de um capitão Calisto.[8] Conta-se ainda que, no governo de Victorio, "um juiz de paz de Fonte Boa morreu vomitando sangue em consequência da surra de pau que lhe mandou dar o comandante militar de Ega".[9]

No período imperial a situação não foi muito diferente. Em 1852, na atual Praça D. Pedro II, servia "de Cadeia um pequeno quarto no Quartel Militar, que pelo seu âmbito estreito, escuro e insalubre parece ser mais um ergástulo tormentoso, do que uma casa de detenção",[10] permanecendo a desordem do período colonial, com presos de crimes graves na mesma cela – ou quarto – com outros detidos por pequenos delitos, militares cumprindo pena disciplinar e escravos.

Mas, Manaus, então Cidade da Barra, como capital da Província, não podia continuar com aquele antro, tendo sido uma das primeiras preocupações do governo conseguir um local em que se pudessem abrigar os presos e chamar de cadeia, esta que continuou na Praça do Quartel, pois era lá que estava o imóvel onde havia funcionado a fábrica de fiar e tecer algodão, local que resolveram transformar em Cadeia Pública, uma vez que a Câmara Municipal, ela mesma funcionando em local precário,[11] não possuía verba suficiente para

8. REIS, Arthur César Ferreira, op. cit., p. 140.

9. REIS, Arthur Cézar Ferreira. *História do Amazonas*. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 150.

10. João Batista de Figueiredo Tenreiro Aranha. Relatório sobre o estado da Província do Estado do Amazonas, 1852. p. 71.

11. A Câmara Municipal, nesse ano, funcionava em um sobrado de taipa de propriedade do vereador Alexandrino Magno Teveira de Pau Brasil, no caminho do Pelourinho, depois travessa Oriental (Rua da Instalação da Província, pois foi na Câmara que

a empreitada, sendo que quase todo o seu dinheiro era empregado no sustento dos presos.

Apesar da boa intenção do governo provincial, não saíram de graça para a Câmara as obras, pois segundo consta do relatório de Ferreira Penna,[12] presidente da Província desde abril de 1853, a Fazenda Provincial concorreu com a quantia de 800$ (réis), consignada no § 8.º do art. 7.º da Lei do Orçamento, enquanto a ela, à Câmara, coube o pagamento de 300$ (réis). Nesse ano, 1853, a quantidade de presos na cadeia era de vinte e um, sendo dezesseis homens, duas mulheres e três escravos fugitivos. Passou Manaus a ter a sua Casa de Câmara e Cadeia, como mandavam os antigos alvarás para instalações de vilas e como queria o já extinto "Diretório".[13]

3. A ADMINISTRAÇÃO DAS CADEIAS NO IMPÉRIO

Sabe-se que durante o período imperial Manaus nem regulamento teve para sua prisão, tendo sido mandado que se observassem as regras da cadeia de Belém, assim como na administração da província em geral foram sendo observadas as leis do Pará, enquanto as daqui não eram elaboradas, muito embora os primeiros governos provinciais tenham se queixado de não encontrarem as leis paraenses, pois os arquivos estavam desorganizados e desfalcados.[14]

Estabelecia em seu art. 150 o Regulamento 120/1842:

"A autoridade encarregada de inspeção de uma prisão deverá visitá-la no princípio de cada mês, pelo menos, a examinar se os presos estão bem classificados; se recebem bons alimentos; se tem tido nota de culpa; se as prisões se conservam no devido asseio; e se os regulamentos são observados. Quando

---

Tenreiro Aranha realizou a solenidade de instalação da Província). GARCIA, Etelvina. *O Poder Judiciário na história do Amazonas*. Manaus: Norma/TJAM, 2002.

12. Herculano Ferreira Penna. Fala dirigida à Assembleia Legislativa Provincial do Amazonas, 1853.

13. A construção de cadeias fazia parte do projeto administrativo de colonização. Era um dos edifícios necessários para a estrutura de qualquer vila e já desde o regimento do Diretório, de 03.05.1557, aprovado pelo Alvará de 17.08.1758, quando se traçavam normas para a política indigenista pombalina e se retirava o poder temporal dos jesuítas sobre as missões, havia a orientação para "que os diretores cuidassem na construção de casas de câmara e cadeia; assim como aconselhassem os índios em construir para si". GARCIA, Etelvina, op. cit., p. 17.

14. Manoel Gomes Corrêa de Miranda. Fala dirigida à Assembleia Legislativa Provincial do Amazonas pelo Vice-Presidente, 1852.

o Promotor Público estiver no lugar deverá ser sempre presente à visita, para requerer a bem dos presos, e dos seus livramentos o que for de direito. Do que ocorrer na visita, se lavrará termo em livro para esse fim destinado."[15]

Os carcereiros, além do ordenado que recebiam, tinham direito à carceragem, valor pago pela soltura de qualquer preso a cargo do próprio encarcerado, pagamento que era menor se a infração fosse menos grave ou a prisão derivasse de custódia provisória, procedimento herdado das Ordenações do Reino. O não pagamento da carceragem autorizava o carcereiro a manter o preso recolhido por mais três dias, se fosse livre e tivesse meios para pagar, mas isso significava renúncia ao direito de carceragem. Se fosse escravo, não sairia enquanto o pagamento não fosse efetuado. Era o que dispunham os arts. 153 e 154 da legislação de 1842. Não obstante, aos presos pobres deviam servir comida, embora sem excessos.

"Art. 157. Aos presos pobres se fornecerá almoço e jantar parcos, porém, saudáveis. Os Regulamentos especiais marcarão a tabela das rações, e o modo de as fornecer, preferindo-se sempre que for possível o meio do concurso anual."

Quanto às proibições de pernoite na cadeia, de jogos, de entrada de instrumentos que pudessem servir para arrombamento, as regras eram as mesmas do Livro I das Ordenações Filipinas. O art. 167 estabelecia que, para reprimir atos que pudessem perturbar o sossego das prisões, o carcereiro podia "encerrar por tempo conveniente em prisão solitária os presos desobedientes, rixosos e turbulentos", embora "outras medidas" pudessem ser tomadas se o isolamento não surtisse o efeito desejado. Dizia, entretanto, o Aviso 238, de 26.06.1865: "É insuportável a prática abusiva de se infligirem açoites aos galés turbulentos e rixosos".[16]

Estabelecido ainda estava que os regulamentos marcariam uma hora específica de silêncio para as cadeias, ocasião em que se fechariam as portas exteriores até o amanhecer (art. 168) e que, durante o dia, quando tivesse que sair por algum motivo do estabelecimento, o preso fosse escoltado por dois guardas ou mais (art. 170).

Em 1874, aconteceu um fato que demonstra o poder do Presidente da Província sobre os juízes: havendo o presidente mandado instaurar inquérito

15. Mantivemos a grafia original nas citações conforme ortografia utilizada à época. FERREIRA, Carlos Lélio Lauria; VALOIS, Luís Carlos, op. cit., p. 53.

16. PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código de Processo Criminal de primeira instância do Brazil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1899.

e processo contra um comerciante suspeito de ter cometido crime de peita (art. 132 do Código Criminal do Império, equivalente ao crime de corrupção ativa da atual legislação penal), delito que teria tido a finalidade de fazer o "3.º Batalhão D'Artilheria a Pé" rescindir contrato com firma comercial em benefício da firma do acusado, o juiz municipal da capital responsável pelo caso resolveu não pronunciar o comerciante incriminado pelo presidente, não agradando em nada o governador que lavrou a seguinte portaria:

"Portaria 467 – 3.ª Secção – (...) Considerando que o juiz processante contra prova plena e documental sob pretextos frívolos e motivos criminosos julgou improcedente a denuncia por ordem dessa Presidencia intentada contra A.M.; Considerando que fora movido por contemplação, como é publico e notorio, á vista do seu ulterior procedimento, com prejuízo manifesto da justiça publica; Considerando que foi solicito em despronunciar o réo solto A.M., no entanto que jazem nos cartórios paralisados ha longos annos processos de réos presos, devido a falta de diligencia de sua parte no cumprimento do dever (...) Resolve por todos estes motivos de direito de conformidade com a legislação em vigor suspender o referido magistrado bacharel Miguel Gomes de Figueiredo do exercício dos cargos de juiz municipal e de orphãos desta capital, e ordena ao promotor publico da comarca, na forma da lei, que perante o juiz competente intente contra elle a denuncia de crime de responsabilidade; para o que lhe sejam remettidas copias desta e dos documentos que lhe servem de base – Façam-se as communicações do estylo. Palacio da Presidência da Província do Amazonas em Manáos, 30 de Setembro de 1874. Domingos Monteiro."

O Presidente da Província, nada satisfeito com a atitude do juiz, aproveitou para tomar o depoimento de vários presos recolhidos na Cadeia Pública, acerca dos processos e do tempo em que estavam presos, utilizando o vagar em decidir do magistrado como mais um argumento para puni-lo. Os juízes, naquele tempo, apesar de menos sobrecarregados do que hoje, invariavelmente exerciam outras atividades que podiam deixar o exercício da judicatura para segundo plano, o que era facilitado pela falta de controle dos poucos advogados ou rábulas existentes.

A Província do Amazonas estava dividida em duas comarcas e três termos, providos de juízes letrados, e em pleno exercício, exceto o termo de Maués, sem posse do juiz municipal. As duas promotorias existentes na época eram exercidas por leigos, em face da ausência de bacharéis em direito.

O francês Paul Macoy, em meados do século XIX, viajando pelo Rio Amazonas, encontra o comandante de Tabatinga em sua casa, de madeira e coberta de palha, próxima ao posto milenar, na época já centenário, e narra que, 11 dias antes de sua chegada, um complô de soldados, índios obrigados a

servir como militares, visava assassinar o comandante e sua consorte. O casal descobriu a trama por acaso e "três dos líderes haviam sido despachados aos ferros para a Barra do Rio Negro, onde seriam julgados em breve. Os demais cúmplices, após severa reprimenda do comandante e de sua esposa, que condenaram a perfídia de sua conduta, safaram-se com uma semana de prisão no calabouço e dieta de farinha de mandioca e água".[17]

Note-se o que ficou registrado de acréscimo à pena de prisão que, por sinal, nem mesmo sanção legal era, pois foi a forma que o comandante encontrou para aliviar os insubordinados menos perigosos: a dieta de farinha de mandioca e água. As condições subumanas dessas carceragens e as punições corporais sujeitas ao humor do comandante, carcereiro de ocasião, não eram suficientes para aplacar o acesso de raiva que tomava conta do "superior", e o sofrimento encontrado na escolha de uma alimentação pior é uma das torturas nascidas da inspiração do ódio do ser humano.

Um susto em junho de 1875, um incêndio quase nos faz perder mais uma cadeia em Manaus. No dia 16 de agosto, uma pequena casa coberta de palha, situada atrás da do edifício da cadeia, pegou fogo, "sendo destruída a cobertura desta, e a cozinha que lhe ficava próxima ficou toda queimada".[18] Naquele tempo os incêndios eram frequentes, comumente causados por foguetes ou suas faíscas que caíam do céu.

Em 1876, as informações eram de que se tentara ocupar os presos, devidamente escoltados, "em faxinas no depósito de artigos bélicos e em serviços semelhantes",[19] mas os guardas responsáveis pela escolta não mereciam confiança e acabavam indo beber com os presos nas tabernas.

O § 8.º do art. 9.º da Lei 582, de 27.05.1882, reconheceu a necessidade de construção de uma penitenciária em Manaus, consignando a verba de quarenta contos para tanto. Embora o local estivesse por escolher, a construção teria que ser no "systema panóptico",[20] de onde se verifica que o prestígio da ciência penitenciária começava a se fazer sentir por aqui, trazendo, além do

17. *Viagem pelo Rio Amazonas (1869)*. Trad. Antônio Porro. Manaus: Governo do Estado do Amazonas, 2001. p. 51.

18. Antônio dos Passos Miranda. Relatório apresentado à Assembleia Legislativa Provincial do Amazonas pelo Presidente, 1876.

19. Nuno Alves Pereira de Mello Cardoso. Relatório do Vice-Presidente da Província ao Presidente, 1876.

20. José Lustosa da Cunha Paranaguá. Relatório apresentado à Assembleia Legislativa Provincial do Amazonas, 1883.

cuidado com a arquitetura penitenciária, a intenção de organizar a execução da pena privativa de liberdade com setores administrativos e oficinas de trabalho.

Era o planejamento rudimentar do que vem a ser hoje a Cadeia Pública "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", na Av. 7 de Setembro, ainda em atividade que, pelas informações daquele ano, deveria ter 200 celas para 200 presos, projeto que só foi concluído mais de 20 anos depois e sem a capacidade pretendida, continuando a nossa capital remendando sua cadeia sempre que necessário, constando de seguidos relatórios informações sobre de obras de reparo.

Não se pode dizer que o abandono do sistema penitenciário amazonense tenha sido resultado da política do Império. Se a Corte via a Amazônia apenas como espaço geopolítico,[21] mantendo a relação colonial e a nossa dependência, tanto quanto em Manaus, em nenhum outro lugar as cadeias foram capazes de chamar a atenção dos governantes. Durante o Império, as prisões do Rio de Janeiro permaneciam em equivalentes péssimas condições, e a moderna penitenciária que lá se pretendia construir teve a edificação lenta e cheia de problemas,[22] onde os arranjos e quebra-galhos foram uma constante.

4. INÍCIO DO PERÍODO REPUBLICANO

No dia 10.04.1897, o Superior Tribunal de Justiça do Amazonas julga e relata um fato que deveria ser comum atualmente, que é a visita de um juiz à cadeia de sua comarca. Este magistrado, de Humaitá, verificando a situação dos presos sob sua jurisdição, manda que o carcereiro lhe apresente o "livro de entrada de presos da cadeia pública de Humaitá" e verifica que um dos detentos nem mesmo está lá registrado, e procedendo outras diligências continua sem saber o motivo da prisão daquele cidadão de nome José Pereira Pimentel, mandando soltá-lo imediatamente, considerando a prisão ilegal e sem justa causa.

Essa decisão foi objeto de recurso *ex officio* e mantida pela segunda instância amazonense, ocasião em que os membros do tribunal mandaram "que seja submetido a processo de responsabilidade o carcereiro da referida cadeia". O mesmo aconteceu com o carcereiro de Coari e está registrado em *habeas corpus* de 23.11.1903.

---

21. SOUZA, Márcio. *Breve história da Amazônia*. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 140.
22. Vide Manoel Antônio Duarte de Azevedo. Relatório da Comissão Inspectora da Casa de Correção da Corte, 1874.

Em Canutama sucedeu um fato mais grave do que apenas uma prisão ilegal e assim ficou registrado em 27.05.1903:

"E, verificando-se, destes, que não consta do livro competente a nota de culpa do paciente, conforme a certidão do carcereiro de f., por não haver sido expedida pelo prefeito de segurança, que decretou a prisão, com grande violação das leis do processo criminal e ainda mais, notando-se que fora o mesmo paciente esbordoado na cadeia, tem por muito recommendado ao Dr. Juiz de Direito, que mande tornar efetiva a responsabilidade do alludido prefeito."[23]

As cadeias e prisões em geral sempre foram consideradas uma área isolada, protegida da legalidade inerente à vida social que transcorre do lado de fora, e esse espectro de ilegalidade constantemente é causa de abusos. Nossas constituições, leis, decretos e regulamentos não conseguiram anular no ser humano essa primitiva capacidade de maltratar o semelhante que lhe está subjugado, e as paredes e muros das prisões favorecem a conservação de torturas medievais ocultas como as "esbordoadas" que sofreu o preso de Canutama.

Decisões que levem à responsabilização pelas violações praticadas, como a acima citada, permanecem raras, pois as práticas obscuras do cárcere têm passado ao largo da grande gama de ações fiscalizadoras que a evolução legislativa vem criando. Dentro da prisão, a conivência, a cumplicidade e o medo impedem qualquer chance de que algum excesso seja flagranteado, e o juiz, o promotor e todos os órgãos pensados pelo legislador para a fiscalização não conseguem chegar ao corpo de delito ou à prova testemunhal dos crimes que são perpetrados, persistindo o "absolutismo do carcereiro"[24] que pune como bem entende e, depois, cria o fato, as provas e o culpado.

O avanço científico da humanidade, o progresso que o Amazonas, com destaque para Manaus, via na passagem de século, o crescimento da população, nada permitia que nossos presos continuassem nas casas de taipa cobertas de palha dos períodos colonial e imperial.

No início do período republicano os presos eram mudados de local constantemente, de acordo com a suscetibilidade de cada governante. Logo o edifício provincial da Praça D. Pedro II mostrou-se lotado e em péssimas

23. Julgados e Decisões do Superior Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas: contendo somente os acórdãos fundamentados, 1904.

24. MIRABETE, Julio Fabbrine. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

condições, razão pela qual eram improvisados vários locais para distribuição dos encarcerados que excediam as raias do insuportável. Hospitais, sanatórios, quartéis, secretarias de estado etc., nem mesmo as autoridades sabiam enumerar e nomear todos esses lugares, talvez pela desorganização, pela falta de interesse ou, o que não deixa de ser viável, pela vergonha.

O estado demasiadamente precário das cadeias, prisões ou departamentos onde eram recolhidos os cidadãos era tanto que a essa situação deve-se atribuir o fato de que alguns governadores da época, em suas mensagens oficiais à Assembleia Legislativa, nem mesmo faziam referência às cadeias da capital ou do interior, quebrando assim uma tradição que vinha desde a província.

O governador Silvério Nery, em 1902, parecia bem intencionado, ou ingênuo, esperando que fossem feitas economias no orçamento para construção de uma cadeia decente em Manaus:

"Com as economias que, espero, o Congresso Legislativo vai fazer no orçamento para o futuro biênio, seria conveniente que parte delas fosse empregada na construção da Cadeia, visto como o atual edifício é antigo, de construção defeituosa, de acanhadas proporções, sem condições higiênicas as mais indispensáveis à vida, e cujos concertos anualmente se elevam a muitas dezenas de contos de réis. Em um instituto criminal, que enquanto não é possível fazer melhor, sirva ao mesmo tempo, sem promiscuidade e sem obliteramento dos sentimentos primeiros de caridade e humanismo para com os relegados da consideração social, de detenção e de penitenciária civil, não serão feitos gastos extraordinários, certamente, E, ordenando-os, tereis satisfeito a uma imposição de higiene moral e da higiene pública, dando prova de que sabeis bem aquilatar dos direitos e deveres da sociedade que, se tem direito de punir sem entiabiamentos, não tem o de maltratar em revindicta os que a ofenderam. A prisão malsã e torturante, que desde a primeira hora empolgue o indivíduo muita vez inocente, é resquício da barbaria medieval sem escusa nos tempos que correm."[25]

A análise correta e carregada de humanismo do governador, reforçando pedido de auxílio nas despesas, a fim de melhorar a situação carcerária, deve ter sido em vão, pois por alguns anos ainda Manaus ficaria na mesma situação.

Para agravar todo esse estado de coisas, nossa capital também não possuía qualquer repartição para abrigar menores e a polícia, em alguns casos, chegava

25. Silvério José Nery. Mensagem do Governador do Estado do Amazonas à Assembleia Legislativa, 1902.

a colocar crianças encontradas "sem ocupação"[26] nos xadrezes das delegacias, em promiscuidade com adultos, quando não era possível mais, via juiz de órfãos, entregar o menor sob tutela.

Enfim, o Governador Antônio Constantino Nery, em 1905, dá sinais de que uma melhor realidade virá para a população carcerária de Manaus. Desativa o antigo prédio da cadeia com a séria intenção de construir algo mais adequado, muito embora, enquanto isso não se deu, o caos tenha imperado. Presos foram espalhados para vários locais, alguns inclusive piores do que a cadeia da qual haviam saído.

"Tendo de ser desocupado o prédio que servia de Cadeia, foram os presos transportados, uns, sentenciados – para cadeias dos municípios de onde haviam eles vindo; outros, também sentenciados, para prisão mandada fazer no Quartel do Regimento Militar do Estado e os que tinham ainda em andamento os seus processos ou julgamentos pendentes de algum recurso, passaram para as prisões da antiga Prefeitura de Segurança. A cadeia assim desocupada, foi demolida e posteriormente fez Vossa Excelência assentar a primeira pedra para a construção de um novo edifício; e por esse tempo fiz à Vossa Excelência algumas considerações relativas à regulamentação do serviço das prisões, que sendo atendidas determinaram o Dec. 683, de 23 de novembro do ano passado e 684 da mesma data."[27]

O Dec. 684, de 23.11.1904, mencionado pelo governador, previa o inconveniente de se removerem os presos para o Quartel do Regimento Militar do Estado já no seu primeiro capítulo, procedimento que deveria ter sido adotado na íntegra, o que se presume pela legalidade com que o Estado deve pautar matéria tão relevante, apesar do fato de que as repartições militares são inadequadas para o cumprimento de pena de presos civis. Não obstante, não foi o que aconteceu, pois presos continuavam sendo mantidos em delegacias de polícia, aliás, medida que se conservou comum até o fim do século passado.

Já em 1906, o próprio governador reconhece que as condições higiênicas do quartel não são das melhores[28] e admite mesmo a transferência de todos os

26. Silvério José Nery. Mensagem do Governador do Estado do Amazonas à Assembleia Legislativa, 1904.

27. Antonio Constantino Nery. Mensagem do Governador do Estado do Amazonas à Assembleia Legislativa, 1905. Vide, no anexo, termo referente à assentada da pedra fundamental da cadeia que viria a ser construída.

28. Antonio Constantino Nery. Mensagem do Governador do Estado do Amazonas à Assembleia Legislativa, 1906.

presos para o edifício da penitenciária em construção, logo que parte do prédio ficasse pronta. Novamente o improviso.

5. A PRIMEIRA CASA DE DETENÇÃO

Finalmente, em 1907, fica pronta a obra de Constantino Nery, prisão onde hoje funciona a Cadeia Pública "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", que foi também penitenciária, mas naquele tempo chamava-se Casa de Detenção de Manaus. Foi instituída pela Lei 524, de 18.10.1906, e inaugurada no dia 19.03.1907, tudo no mesmo governo.

O projeto de construção foi elaborado pelos arquitetos Emygdio José Ló Ferreira e pelo Diretor-Geral de Obras Públicas, Dr. J. Estelita Jorge, no período de 1904 a 1906, em estilo colonial, mas com evidentes características da instituição total e austera, primando pela disciplina e cumprindo o papel que o governador queria, mantendo a harmonia com o resto da cidade que ia melhorando suas construções.

"A Casa de Detenção, iniciada e concluída no meu Governo, belo e útil edifício que ocupa uma área de mais de 15.000 metros quadrados, com majestosa fachada de comprimento superior a 100 metros lineares, obedecendo ao estilo dórico-lombardo, mais adequado ao nosso clima equatorial (...) Possui ela um corpo frontal e outro interior, separados por um grande pátio destinado a entrada dos carros celulares e outros misteres (...) O extremo da galeria dá entrada para um polígono central que permite a um só guarda fazer a vigilância dos quatro raios que ali convergem, nos quais existem 38 celas isoladas com uma cubação superior a 24 metros cada uma, quatro grandes salões destinados a presos não sentenciados./ Além destas dependências e divisões, que em tudo obedecem aos preceitos de higiene penitenciária, há, junto aos muros externos, três pequenos pavilhões de tal modo dispostos, que permitem a fiscalização assídua do guardas, que observarão todo o edifício, sem contudo penetrar em qualquer dependência./ É, pois, um estabelecimento que honra o Estado do Amazonas."[29]

Infelizmente o edifício orgulho do governador não se manteve por muito tempo em condições razoáveis, pois logo veio a deteriorar-se, entretanto evidente estão os princípios que nortearam a construção daquela Casa de Detenção, baseada nos preceitos de Jeremy Bentham. A majestosa sacada tem o

29. Antonio Constantino Nery. Mensagem do Governador do Estado do Amazonas à Assembleia Legislativa, 1907.

aspecto sombrio que reivindicava Bentham, no seu "Panóptico",[30] para causar medo nos criminosos, e o polígono central visava permitir que apenas um guarda pudesse efetuar a vigilância constante dos prisioneiros, além do que a fiscalização "assídua" deveria dar-se sem contato com os presos.

Tratava-se de uma prisão construída em plano radial, como foi a prisão de Filadélfia, nos Estados Unidos, no início do século XIX. O princípio de inspeção central, isto é, aquele que se baseia na convergência de módulos arquitetônicos de onde se inspeciona todo o edifício, era mais do que antigo e traduzia a política de controle social da origem do capitalismo.

Na mensagem do governador, sobressai o cuidado com a segurança, além de não deixar de lado o aspecto da higiene, enquanto o trabalho, o ensino e a ocupação do preso em si ficaram relegados para segundo plano. Da descrição do prédio, da visualização do que hoje ainda existe dele, fica patente que preocupações como essas não passaram pela cabeça do projetista, uma vez que nenhum espaço decente foi reservado para tanto. Mesmo a afirmada adequação ao clima equatorial fica sob suspeita com uma simples caminhada pelos corredores daquele edifício, sem circulação de ar, abafado, com o teto baixo e escuro.

Com o tempo e a superlotação, a galeria de entrada, onde deveriam ficar o dormitório e refeitório dos guardas, sala de eletricidade para iluminação e arrecadação etc., foi quase que totalmente ocupada para servir de cela para detento, sendo que hoje, de todos os compartimentos, apenas dois não são celas, servindo um de templo para as diversas igrejas e de sala de reuniões, e o outro funcionando uma precária enfermaria.

Pela Lei 957, de 30.08.1908, a Casa de Detenção teve a sua direção e guarda entregues a agentes da força policial do Estado, época em que a construção começava a apresentar problemas. No ano seguinte, os presos começam a ser mandados para outros lugares novamente, devido às péssimas condições do prédio, o qual, vez por outra, acabava tendo que ser reparado pelos próprios presos, sem que isto fosse uma punição, mas, antes, um benefício. Era o

30. O Panóptico, como se chamava o modelo de prisão de Jeremy Bentham, ao qual foram associadas medidas relacionadas aos presos que, além do isolamento, seriam submetidos a regras de higiene, alimentação e trabalho, foi objeto de trabalho publicado pela primeira vez em 1791, em Dublim. Não só a prisão, mas hospícios, hospitais, fábricas e escolas, enfim, todas as "instituições totais" poderiam utilizar, com algumas modificações, o mesmo estilo de construção, onde o poder se expressaria de forma automatizada e individualizada. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 18. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Voves, 1998. p. 167.

que afirmava o Governador Cel. Antônio Clemente Ribeiro Bittencourt, em 10.06.1909, na sua mensagem ao Congresso do Amazonas, sexta legislatura:

"Se foi infeliz a lembrança de construir esse edifício no local em que se acha, não menos o foi a altura, que lhe deram. Construção baixa, feita em terreno novo e úmido, os presos ali recolhidos têm a sua pena agravada pelas diversas enfermidades, que a falta de salubridade do estabelecimento lhes acarreta, entre as quais sobressai a polynevrite, em suas diversas modalidades. E o governo não dispõe de outro meio para melhorar a sorte desses infelizes, senão mandá-los recolher à Santa Casa, ao Sanatório de Itacoatiara e a outros lugares. A despesa com esse estabelecimento que, antes do meu governo, regulava cento e oitenta e quatro contos anuais, com utensílios e víveres, não incluindo os vencimentos dos funcionários, ficou reduzida a 43:318$000, no período correspondente aos meses de julho de 1908 a maio de 1909. Devo ainda informar que muitos melhoramentos têm ali sido realizados, pagando somente o Estado o custo do material empregado. A mão de obra é dos presos. Este trabalho é para eles um alívio às torturas da célula úmida, quente e sem ar."

Como, em meros dois anos, a Casa de Detenção passou de orgulho de uma administração para estorvo de outra, não se sabe ao certo. Sabe-se sim que todo o regramento e organização pretendidos na inauguração foram por água abaixo, seja pelas péssimas condições alegadas, seja pelo total descaso, hipótese mais provável.

Eram relatados constantes casos de doenças como polinevrite (inflamação simultânea de vários nervos) de origem paludica, reumatismo e beribéri (doença decorrente da deficiência de vitamina B1 que leva a edema e cardiopatia), resultado das condições de higiene do estabelecimento. Quando descoberta a doença, os presos eram encaminhados para a Santa Casa, mas muitas vezes não resistiam e morriam, vítimas fatais do desprezo.

Dos melhoramentos que alardeava o governador, os mais importantes não passaram da construção de uma lavanderia, de dois tanques de alvenaria, e respectiva cobertura com tela de arame, pintura, construção de duas pias para lavagem de louças, reforma no fogão, aumento do encanamento e, no mais, apenas reparo do que estava ruindo, muro, em vários pontos fendido, calçadas, sarjetas, instalações elétricas etc.

Os presos que pelo regulamento deviam ficar isolados passaram a ter permissão de trabalhar em conjunto no interior do estabelecimento, trabalho que nunca houve para todos e que com o tempo foi ficando mais escasso. A enfermaria foi desativada e já não existia no ano de 1913, razão pela qual os

presos doentes, os quais não eram poucos, quando não era caso de internação, iam sendo encaminhados aos médicos legistas do Estado. Reclamava-se também, naquele ano, a remoção dos loucos para um hospital apropriado, a fim de aliviar a caótica realidade dos internos que, segundo a estatística oficial, consistiam em uma população de "cerca de 130 pessoas".[31] Impressionante é constatar que nem mesmo as autoridades tinham o número exato de presos sob sua custódia.

Todas as intenções de desativar a atual Cadeia Pública "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", a sua transformação em um museu ou algo parecido, têm esbarrado na política encarceradora de nosso país e na cultura igualmente equivocada do próprio judiciário de se adotar a prisão como resposta imediata à onda de criminalidade. Mesmo tendo sido construídos outros estabelecimentos penais não se consegue evitar a superlotação desse antigo e precário edifício, razão pela qual a sua permanência como cadeia tem se mantido necessária.

A construção de prisões não tem capacidade de acompanhar o anseio por mais prisões que o sistema cria na população com a finalidade de encobrir os verdadeiros males de nossa sociedade, as verdadeiras causas da criminalidade.

Da história de "Vidal Pessoa" mais lições podem ser tiradas. Em 1916 transferiram todos os presos para um local chamado Paricatuba, onde havia um edifício que também não estava em boas condições e assim permaneceria, apesar dos propalados "reparos". Tal edifício tinha servido para uma instituição criada com o intuito de receber, manter e educar menores pobres, órfãos, especialmente índios, conforme previa o Dec. 880, que aprovou seu regulamento, em 26.09.1908, tudo em regime de internato.

E o prédio da Casa de Detenção foi paradoxalmente transformado em escola. Não é de se estranhar, entretanto, naquele período histórico, as criações de uma cadeia onde era uma escola e a de uma escola onde era uma cadeia, porquanto ambas eram construídas com fundamento em princípios arquitetônicos de controle e disciplina, instituições totais na análise de Michel Foucault,[32] onde a "minúcia dos regulamentos, o olhar esmiuçante das inspeções, o controle das mínimas parcelas da vida e do corpo" buscam um conteúdo laicizado, uma racionalidade econômica e técnica de transformação do ser humano.

O mais interessante é que se completou a total exclusão dos presos, pois Paricatuba não ficava localizada precisamente em Manaus, mas sim do outro

31. Jonathas de Freitas Pedrosa. Mensagem do Governador do Estado do Amazonas à Assembleia Legislativa, 1913.

32. Op. cit., p. 121.

lado do Rio Negro, a uma distância de aproximadamente duas horas de lancha, prejudicando demasiadamente, entre tantas outras atividades, a possibilidade de comparecimento dos familiares dos presos em dias de visita. Portanto, o Amazonas também possuiu sua ilha carcerária, para onde foram mandados os rejeitados membros de sua sociedade.

Em 1924 os presos voltam para o local de origem não só pelas péssimas condições do edifício de Paricatuba, mas também em razão das fugas constantes de presos que não encontravam mais obstáculos físicos diante da ruína do local. E apenas para completar o simbolismo que Paricatuba sempre exerceu como espaço de exclusão é bom lembrar que quando os presos de lá saíram foi no mesmo edifício que os governantes resolveram instalar um "leprosário".

É revelador e altamente *foucaultiano* saber que no Amazonas houve um edifício que serviu de escola, prisão e leprosário em menos de 10 anos.

6. ESTRUTURA PENITENCIÁRIA ATUAL

A atual estrutura penitenciária do Estado do Amazonas começa a se formar em 1982,[33] com a criação da Colônia Agrícola "Anísio Jobim" (Caiaj), que veio preencher uma lacuna que há muito o Estado do Amazonas sentia, visto que as legislações penais do nosso país previam, desde o início do século passado, a possibilidade de recolhimento de apenados em estabelecimentos agrícolas.

Como a Colônia Agrícola surgiu sob a égide da primitiva parte geral do Código Penal de 1940,[34] servia como terceira fase do cumprimento da pena de reclusão, pois a primeira fase era de isolamento total, a segunda de trabalho durante o dia, e a terceira de cumprimento da pena em colônia penal, na forma do art. 30 daquela legislação. Promulgada a nova Parte Geral, Lei 7.209, de 11.07.1984, estabelecidos claramente[35] os três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, à Colônia Agrícola reservou-se a segunda fase da execução, isto é, o regime semiaberto.

Nesse regime, o apenado pode permanecer em alojamento coletivo, tem direito a saídas temporárias e permanece trabalhando durante o dia sem vigilância direta do pessoal penitenciário. É a fase intermediária da execução progressiva da pena privativa de liberdade que reputamos a mais importante,

33. Criada pela Lei 1.523, de 07.05.1982, funciona no Km 8 da Rodovia 174, Manaus – Caracaraí.

34. Com as alterações da Lei 6.416, de 24.05.1977.

35. Na legislação anterior, os critérios ficavam subordinados à regulamentação.

pois nela, com a diminuição da segurança e o menor rigor das regras disciplinares, pode-se observar o comportamento do apenado e analisá-lo com mais exatidão tendo em vista a liberdade que se aproxima.

As faltas disciplinares são menos constantes neste regime. A maior liberdade interna e as saídas temporárias, previstas no art. 122 da LEP, são fatores de diminuição de tensão. Em contrapartida, a principal falta grave é justamente o descumprimento de normas dessas saídas, pois não é raro quando os presos se apresentam no estabelecimento fora do dia de retorno,[36] ou se ausentam momentaneamente da colônia sem autorização, caso em que deixam de responder a chamada de conferência e acabam sendo punidos. O igarapé que fica nas cercanias do local é a maior tentação dos internos que, nos dias de calor mais intenso, acabam não resistindo e escapam para um banho gelado.

Mas somente a existência de um local para o cumprimento da pena em regime semiaberto, como é óbvio, não fazia nosso sistema penitenciário completo, tendo em vista que os presos do regime fechado continuavam misturados com os presos provisórios na "penitenciária" da 7 de Setembro, preocupação que já em 1984 foi objeto de pronunciamento oficial.

"A completa desorganização do Sistema Penitenciário, agravada com a inteira desconformidade dos dois estabelecimentos penais existentes em confronto com as diretrizes traçadas pelo Departamento Penitenciário Federal – Depen, levou a Seijus a formular Exposição de motivos ao Excelentíssimo Ministro da Justiça, postulando a transformação da Penitenciária 'Anísio Jobim' em Unidade Polivalente, com o que passará a abrigar os internos dos Regimes Fechado e Semiabertos, reservando-se a Upricentro para, respeitadas as orientações técnicas e promovida a sua completa recuperação, servir como estabelecimento para presos provisórios e especiais, Presídio Feminino e, se possível, como Unidade de Reabilitação Física e Mental e do Albergado."[37]

Era o primeiro momento da ideia de transformar a Colônia Agrícola em Complexo Penitenciário, o que só veio a acontecer em setembro de 1999,[38] quando se retornaram as obras sobre uma ruína dentro da área da Colônia Agrícola para fazer um edifício com as características de estabelecimento de regime fechado, nascendo daí o Complexo Penitenciário "Anísio Jobim".

---

36. O prazo normal de saída temporária é de sete dias, na forma do art. 124 da LEP.
37. Gilberto Mestrinho. Mensagem apresentada à Assembleia Legislativa pelo Governador do Estado do Amazonas, 1984. p. 99.
38. Decreto que reestruturou a Caiaj, n. 19.846, de 23.04.1999.

O estilo de construção do prédio de regime fechado do Complexo "Anísio Jobim" é o paralelo, criado já no fim do século XIX como o mais adequado para o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, pois devido à distribuição dos pavilhões retangulares, paralelos entre si e perpendiculares a um corredor central, permitir-se-ia diversificar e distribuir facilmente os apenados segundo o grau ou período de pena em que se encontrassem.[39] É estilo arquitetônico considerado[40] mais barato dado o predomínio da construção linear e a desnecessidade de uma altura elevada, além de facilitar as ampliações, como feito em 2004, vez que o corredor de onde saem os pavilhões pode ser estendido para comportar quantos outros pavilhões forem precisos, desde que o espaço externo permita.

No ano de 2001 o Complexo Penitenciário "Anísio Jobim" (Compaj) passou a comportar também uma Penitenciária Feminina, em área separada, com seis celas de 18,15 m², para seis internas; seis celas de 14,33 m², para seis internas; duas celas de 8,84 m² para uma interna; quatro celas de 14,65 m², para cinco internas; e três celas de 8,25 m², para duas internas; além de três salões, duas salas de aula, dois depósitos, salas para advogados, assistente social, médico, dentista e cozinha.

Uma das desvantagens do Compaj, localizado em estrada fora do perímetro urbano, é, incontestavelmente, a distância e todos os prejuízos que tal situação causa, pois são precários o asfaltamento e as linhas de ônibus que servem o local.

Em 2002 é inaugurada a Unidade Prisional do Puraquequara, servindo inicialmente como cadeia pública masculina e feminina. Até então a única cadeia pública de Manaus ainda era a "Vidal Pessoa". Está localizada na Estrada do Puraquequara, Km 8, ramal Bela Vista.

O próprio nome adotado para o estabelecimento penal, unidade prisional, é resultado da burocracia estatal que precisa ser burlada para que o verdadeiro objetivo do Estado, servir a sociedade, seja alcançado. Sem verbas no orçamento para a construção de cadeias, mas sim de penitenciárias, a União firmou convênio com o Estado do Amazonas, que não tinha urgência na construção de penitenciárias, mas sim de uma cadeia. Então, para que o convênio fosse concretizado, o Estado não podia dar o nome de Cadeia Pública do Puraquequara àquele estabelecimento penal, batizando-o de Unidade Prisional do Puraquequara, este que ficou servindo e ainda serve como Cadeia Pública.

---

39. ARÚS, Francisco Bueno. *La mirada penitenciaria. Derecho penitenciario y democracia.* Sevilla: Fundación El Monte, 1993. p. 122.

40. Idem.

O estilo arquitetônico desse estabelecimento penal segue o mesmo padrão do Complexo Penitenciário "Anísio Jobim": o estilo paralelo; com a diferença de que o edifício de Puraquequara é mais fiel ao modelo original, onde os pavilhões são construídos a partir de um corredor comum, em um formato de espinha,[41] por isso um estilo que recebeu também o nome de "espinha de peixe".[42] A Unidade de Puraquequara tem o formato parecido com o primeiro estabelecimento prisional construído em estilo paralelo pelo arquiteto François Henri Poussin, na França: a prisão de Fresnes.

Quanto à Casa do Albergado, em 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária verificou a seguinte situação:

"Casa do Albergado de Manaus (...) por força da ausência de espaço físico gerou-se um despropósito: a Casa, limpa e arejada, apesar de ter pessoal administrativo próprio, não abriga ninguém, funcionando tão somente para o controle das apresentações dos albergados, em número de 112, dos quais apenas 26 estão trabalhando."[43]

Esse "despropósito" não era exclusivo do Amazonas, porque vários outros Estados passavam e passam pelo mesmo problema de ausência de estabelecimento para cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. Entretanto, a maior parte desses Estados resolve a questão autorizando o apenado desse regime, pela falta de Casa do Albergado, a cumprir a pena em prisão domiciliar,[44] o que, a nosso ver, é o caso da mais pura impunidade, pois, em regime de prisão domiciliar, o apenado não está sujeito a qualquer vigilância ou acompanhamento.

Mas, no fim de 1999, em um prédio onde foi outrora um Pronto Socorro, a Casa do Albergado de Manaus passou efetivamente a funcionar, saindo da ficção para a realidade e dotando Manaus de uma estrutura rara no país, possibilitando a complementação do sistema progressivo.

---

41. No Compaj os pavilhões que comportam as celas saem do corredor principal como em formato de "pente", isto é, apenas para um lado. Não deixa de ser estilo paralelo, mas o desenho da Unidade Prisional do Puraquequara é diferente por possuir raios saindo para os dois lados.

42. AGUILERA, Abel Téllez. *Los Sistemas Penitenciários y sus prisiones: derecho y realidad.* Madrid: Edisofer, 1998. p. 92.

43. LEAL, César Oliveira de Barros; PIEDADE Júnio, Heitor. Relatório aprovado na 247.ª Reunião do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizada em julho de 1998. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária* 1/277.

44. MARCÃO, Renato Flávio. *Lei de Execução Penal anotada.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 290.

Com estabelecimentos de regime fechado, semiaberto e aberto, pode a nossa capital realizar, como manda a lei, todas as etapas do sistema progressivo, o que não acontece no resto do Brasil, onde presos cumprem pena em celas de delegacia de polícia, galpões e até em contêineres. Em todo o nosso país há somente 21 colônias agrícolas e 30 casas do albergado.[45]

A política criminal rigorosa que vemos prevalecer no Brasil hoje em dia é, em boa parte, resultado da precariedade do sistema penitenciário nacional. Sem capacidade de realizar qualquer atividade humanitária, e criando casos de impunidade como o visto, quando da ausência de Casa do Albergado, o sistema penitenciário não proporciona nenhuma boa expectativa nos operadores do direito que, por isso, acabam adotando uma postura de rigor na interpretação e aplicação da lei, concebendo a pena somente no seu caráter retributivo ou preventivo geral, isto é, se nada mais dá para fazer, pune-se e afasta-se o mal da sociedade pelo maior tempo possível. Assim, a pena de prisão tornou-se a panaceia do momento.

A despeito de ser um pensamento errôneo, visto que, esquecendo-se o cidadão nos cárceres, estamos apenas prorrogando e fomentando o mal, o Estado do Amazonas, que tem procurado estruturar seu sistema penitenciário, diminuindo espaços de impunidade e com amplo campo para evoluir, acaba sendo prejudicado e tolhido pela política criminal adotada pelos legisladores e tribunais federais. Por isso que um espaço maior para uma legislação penitenciária regionalizada, observadas as características de cada Estado, seria de grande valor para o Amazonas.

Mas a importância da Casa do Albergado no sistema penitenciário não é só de complementação do sistema progressivo. No regime fechado, o condenado é observado, em tese, 24 horas, sem qualquer contato com a sociedade, caso em que a disciplina institucional se torna a principal ênfase da execução, já no regime semiaberto, diminuída a segurança e a vigilância dentro do estabelecimento, uma parcela de autodisciplina torna-se necessária, embora o acompanhamento institucional seja permanente, sendo esse regime uma fase de transição muito importante. Mas é no regime aberto que o apenado tem sua capacidade de controle pessoal exigida de forma fundamental, uma vez que é neste regime que o sentenciado pode ter uma vida quase comum, com todos os estresses, problemas e perturbações do dia a dia, fatores desencadeadores da conduta criminosa, embora não perca a assistência dos técnicos do estabelecimento penal. O regime aberto é, com certeza, o regime ideal para

45. SÜSSEKINK, Elizabeth. Aspectos da política prisional no Brasil. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal* 15/14.

a avaliação do comportamento do apenado para uma futura concessão de livramento condicional, ocasião em que a liberdade se dará com a ausência quase total de fiscalização.

A soltura abrupta de um apenado, após vários anos de cárcere em regime fechado, sem uma avaliação mais profunda de seu comportamento em sociedade, é prejudicial a todos: ao apenado, que não teve tempo nem preparo para organizar sua vida, incentivo à reincidência, e à própria sociedade, que receberá um de seus membros absolutamente desestruturado. Por isso que o sistema progressivo ainda é, na cultura da pena privativa de liberdade, um fator humanizador, de esperança e de segurança.

A maioria das punições disciplinares de apenados da Casa do Albergado é referente a internos que não passaram pela progressividade da pena, isto é, quando da cadeia, condenados ao regime aberto, vão direto para esse estabelecimento penal. Mais um exemplo de que a prisão deve ser sempre *ultima ratio*, utilizada apenas nos casos extremamente necessários.

O sistema se completa com o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, criado em 1990, previsto no art. 99 da LEP, como estabelecimento penal destinado aos inimputáveis e semi-inimputáveis aos quais forem aplicadas medidas de segurança na forma do Código Penal, foi formalmente instituído pela Lei estadual 1.874, de 29.11.1988.

Embora o objetivo desse estabelecimento penal já venha expresso no próprio artigo da lei que o define, assim como na lei que o instituiu, isto é, executar a medida de segurança aplicada ao cidadão que cometeu um fato típico, mas era inimputável, a falta de aparelhamento para prover a assistência médica nos demais estabelecimentos tem corrompido a verdadeira finalidade do Hospital de Custódia, o qual vem sendo usado para recepcionar a comunidade carcerária doente, como um hospital qualquer.

O legislador federal havia determinado que a assistência médica, no sistema penitenciário, ficasse a cargo da Previdência Social, custeada pela União ou pelos Estados, mas tal norma, que vinha no § 1.º do art. 14 da LEP, foi vetada pelo Presidente da República com fundamento no art. 165, parágrafo único, da Constituição de 1967 (com redação dada pela EC 1/1969), onde estava vedada a criação de benefícios sem a correspondente fonte de custeio, mas tal veto não tirou a obrigação do Estado de proporcionar a devida assistência médica aos presos, esta que vem prevista no § 2.º do art. 14 da LEP.

Por isso e porque o Estado ainda não foi capaz de criar um serviço médico autossuficiente, o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico terminou imbuído de uma função que originariamente não era para ser sua: a de

prestar assistência médica em geral, compreendendo a assistência à saúde do inimputável em caráter preventivo, curativo e promocional, além de atendimento médico, farmacêutico, odontológico, psiquiátrico, psicológico e social.

Com a inauguração de mais uma cadeia pública, o Instituto Penal Antônio Trindade (Ipat), o sistema penitenciário, em Manaus, pôde separar os presos provisórios primários dos reincidentes, medida importante que diminuiu consideravelmente o número de rebeliões.

7. TERCEIRIZAÇÃO PRISIONAL

A Unidade Prisional do Puraquequara e o Ipat têm serviços terceirizados, experiência que tem sido proveitosa no Amazonas, não obstante algumas mazelas. A principal oposição apresentada a essa forma de administração penitenciária tem a ver com a natureza jurisdicional da execução penal, embora, a nosso ver, a atividade jurisdicional não sofra qualquer restrição diante do modelo adotado, visto que o processo de execução da pena ou a atividade de fiscalização por parte do juízo competente permanecem intactos funcionando conforme previsto na legislação nacional.

Certo é que, doutrinariamente, vendo a atividade de execução da pena como *longa manus* do juízo da execução, diante da indelegabilidade da atividade jurisdicional, inviável seria qualquer participação privada na administração penitenciária.[46] Contudo, a discussão acerca de ser ou não possível a separação da atividade administrativa da execução da pena, exercida pelo poder executivo, da atividade jurisdicional, não pode obstaculizar as tentativas que se fazem urgentes de amenização da situação carcerária de fato degradante e em degradação.

Se a estrutura estatal tem se demonstrado incapaz de proporcionar um tratamento com o mínimo de dignidade ao encarcerado, pela falta de vontade política de alguns ou por esbarrar na burocracia cega da administração pública,

46. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Apresentação. *Privatização das prisões*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 15. Observa o autor: "Aliás, as Nações Unidas recomendam, em suas Regras Mínimas, que os participantes da execução penal, em todos os níveis, sejam funcionários públicos em sentido estrito (Regra 46.3). Assim sendo, verificamos que a Lei de Execução Penal, além de proibir que o trabalho carcerário seja gerenciado por empresas privadas, proíbe, também, a delegação da gestão penitenciária aos particulares".

no amadorismo e na acomodação do funcionalismo, a realidade do sistema penitenciário demonstra que toda ou qualquer iniciativa de melhora é bem vinda enquanto uma ampla reforma administrativa não for levada a efeito. Assim, a dinâmica da gestão de uma empresa privada acrescentou visíveis melhoras no sistema penitenciário amazonense.

Ainda com base nas objeções da doutrina, duas questões aparecem com maior relevo: a segurança e a gestão do trabalho prisional. Quanto à primeira, sendo o *jus puniendi* exclusivo do Estado, a empresa privada nunca pode ser a responsável pela aplicação das sanções disciplinares, por isso que permanece a figura do diretor exercendo a função pública de coordenador da segurança e de dirigente dos procedimentos disciplinares que são instaurados para a apuração das infrações.

Com relação ao trabalho do preso, há óbice legal no art. 34 da LEP que estabelece que "o trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado", o que não impede também que a empresa privada seja a beneficiária desse trabalho, desde que gerenciado por funcionário da administração pública.

O início da experiência tem demonstrado ser uma iniciativa válida. Temos encontrado os estabelecimentos penais mais limpos, com uma quantidade maior de agentes, uma melhor distribuição dos presos por cela, o que tem levado a reflexos principalmente na segurança.

Acrescente-se ainda que a empresa responsável pela terceirização trouxe para o Amazonas profissionais treinados e experientes que tornaram a administração penitenciária mais técnica e exercida com fundamentos até então desconhecidos pelos profissionais amazonenses, pois a troca constante de administradores no Amazonas nunca propiciou a especialização desses profissionais, principalmente evitando o salutar acúmulo de experiência.

Após a terceirização dos serviços das unidades prisionais ocorreu uma grande melhora no Sistema Penitenciário, a começar pelo nível dos agentes disciplinares, responsáveis pela segurança interna. Ao contrário dos agentes penitenciários, os agentes disciplinares passaram por um rigoroso processo de seleção, destinados à função e para a qual receberam treinamento específico de quase um mês. Em razão da terceirização os agentes disciplinares são contratados por uma empresa privada, podendo ser desligados a qualquer momento, desde que a empresa demonstre insatisfação na execução dos serviços.

Maurício Kuehne, com seu texto didático e elucidativo, apresenta posicionamento que traz outro problema: "Mas na terceirização, no enfoque de que em determinados setores aqueles aspectos relacionados à administração da pena, materialmente falando, não o aspecto de segurança, de jurisdição, mas por exemplo, o serviço da alimentação poderia ser terceirizado? Poderia perfeitamente. Mas os episódios, em relação aos quais temos notícias, fazem-nos verificar que a terceirização de serviços de alimentação, em determinados presídios do nosso País, deixa o preço superiormente mais caro àquele que as próprias empresas privadas estão a fornecer no dia a dia".[47]

Ocorre que se o fornecimento terceirizado de comida no sistema penitenciário aumenta em tese os gastos públicos, porque a empresa privada não pode prescindir de lucro, a melhor gerência pode fazer com que o aumento das despesas não seja tão grande. Ademais, a diminuição do número de rebeliões nos estabelecimentos penais onde é adotada a experiência de terceirização, fato que estatisticamente é comprovado no Amazonas, faz com que o valor pago a mais pelo Estado à empresa privada seja compensado pela ausência dos gastos que as revoltas dos presos acarretam.

Outro item a ser analisado é o perigo anunciado pelo célebre Min. Evandro Lins e Silva[48] de que a privatização faz surgir à possibilidade de que a empresa responsável pela prestação do serviço penitenciário caia nas mãos do crime organizado. Ora, o fenômeno do crime organizado cresce tanto que a hipótese realmente não é descartada, mas nem mesmo é impossível que cargos superiores do próprio Estado sejam ocupados per membros dessas organizações, por isso que o mais importante é que o embrião do crime organizado, muitas vezes as facções criminosas que nascem no próprio sistema penitenciário, seja eliminado com uma administração mais eficiente.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contrastam com a situação da capital as condições do interior do Estado, onde a maioria dos presos continua cumprindo pena nas delegacias de polícia. Por princípio de direitos humanos, entendendo-se que a pena deve ser cumprida próximo à comunidade da qual faz parte o condenado, visando

47. Privatização dos Presídios. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, dez. 2001. p. 19.

48. Apud ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo, op. cit., p. 20.

sua integração social,[49] a Corregedoria de Justiça do Estado do Amazonas emitiu provimento (n. 48, de 05.12.2000), recomendando que os juízes só encaminhassem para cumprimento de pena em Manaus os condenados a pena superior a 8 anos, ocasião em que ficou estipulado que a transferência se faria mediante guia e após a devida autorização do juiz da execução penal com sede na capital.

Sem embargo de que o provimento citado veio trazer alguma legalidade à remoção de presos do interior para a capital, uma vez que esse procedimento era realizado sem qualquer critério, o certo seria que o juiz de cada comarca, antes de determinar a vinda do interno para algum estabelecimento de Manaus, submetesse a transferência ao contraditório, ouvindo as partes interessadas, porquanto medida que influenciará extraordinariamente em direitos fundamentais.

Contudo, não adianta manter o apenado na sua comarca se esta não se adequar o máximo possível aos princípios e mandamentos da Lei de Execução Penal, tarefa que deve ser de todos, desde o carcereiro até o juiz. Os juízes, conscientes ou não, são coniventes com essa situação caótica, desumana e vergonhosa dos cárceres.

Outra providência que vem esperando a atitude de muitos dos juízes é a formação do Conselho da Comunidade que, apesar de ser de composição simples, não é menos importante do que qualquer outro órgão da execução penal e no interior onde mais frágil é a estrutura do sistema penitenciário, mais importante se torna um órgão auxiliar do juízo e estimulador da participação de membros da sociedade.

As comarcas com mais de uma vara, como Coari, Humaitá, Manacapuru, Maués, Manicoré, Tabatinga e Tefé, as quais possuem duas varas, e Itacoatiara e Parintins,[50] que possuem três varas, vivem um problema extra que é a ausência de designação legal do juiz das execuções penais, ficando cada juiz sentenciante responsável pela execução da pena dos processos que tiveram andamento em suas varas, situação que dilui o poder de fiscalização e acompanhamento dos apenados e do estabelecimento penal, podendo causar divergências de tratamento nada salutares para a execução penal.

---

49. MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos do preso*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 149.

50. Cf. Lei Complementar do Estado do Amazonas n. 17, de 23.01.1997, que dispõe sobre a divisão e organização judiciária do Amazonas.

O certo seria que nessas varas, como é feito com o Tribunal do Júri, o Juizado da Infância e Adolescência, assim como com a distribuição do Fórum, houvesse uma designação oficial para que apenas um juízo exercesse a competência de juiz da execução penal, facilitando com isso a composição do Conselho da Comunidade. E, além do mais, vários juízes exercendo a atividade de execução penal sobre um só estabelecimento debilita o princípio da isonomia, uma vez que posicionamentos diferentes podem fazer com que presos subordinados a idênticas penas sejam sujeitados a regras distintas e "não é possível submeter a regimes jurídicos diversos pessoas que são obrigadas a conviver no mesmo ambiente físico e no mesmo espaço territorial",[51] fato que normalmente causa inconformismo e revolta entre os presos.

A adoção de apenas um juiz para a execução penal favorece também a especialização desse juiz que precisa ter a sensibilidade que se impõe para lidar com matérias como criminologia, política criminal, direitos humanos, administração penitenciária etc., especialização que, de mais a mais, seria um estímulo para o buscar constante de soluções.

No interior do Amazonas não vamos encontrar muita diferença entre uma e outra comarca – o abandono é a regra. Há juízes, promotores e prefeitos que nunca viram de perto uma cela da delegacia de sua cidade e o quadro só se altera quando um desses cargos é ocupado por alguém com algum sentimento humanitário próprio, pois não há quem cobre uma postura nesse sentido. Portanto, enquanto não aparece alguém para fazer a diferença aqui ou ali, as delegacias das comarcas vão se mantendo de pé, com presos apenas depositados em suas celas, sem qualquer atividade ou assistência, e quando há alguma mudança na situação de determinada cidade é por pouco tempo.

A grandeza do Estado do Amazonas, a dificuldade de locomoção entre as cidades, a distância da capital, são circunstâncias que embaraçam a administração penitenciária centralizada. Necessário seria que os municípios assumissem suas responsabilidades perante a segurança pública e consequentemente também sobre o sistema carcerário local. Inclusive a tão almejada e importante participação da comunidade na execução da pena não irá ser efetiva sem a inclusão do poder público municipal nesse processo.

---

51. DOTTI, René Ariel. *Código de Processo Penal e legislação complementar*, 1986 apud CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Muito mais é possível se tirar da experiência e história do sistema penitenciário amazonense, como é o caso do voto do preso provisório já possibilitado nas eleições municipais de 2004 e o da instalação da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas de Manaus, mas nosso intuito foi apenas de fazer um esboço geral com ênfase na evolução histórica.

Se o que foi enaltecido como correto no sistema penitenciário do Amazonas pode ser atribuído a alguma parcialidade dos autores, as críticas aqui apresentadas não nos isentam de nossa responsabilidade como profissionais e cidadãos frente à execução da pena. Mais do que isso são expressões de nossa reflexão e conclusão de que nunca se fará da pena de prisão a sanção ideal, se é que existe uma punição perfeita, uma vez que a ideia de punição já nasce do erro.

Escrever sobre a história é crer que o ser humano pode aprender com seus equívocos e méritos do passado, um ato de esperança mesmo quando se fala de algo tão desacreditado quanto o sistema punitivo. Sentimentais ou ingênuos, preferimos acreditar.

9. BIBLIOGRAFIA

AGUILERA, Abel Téllez. *Los Sistemas Penitenciários y sus prisiones: derecho y realidad*. Madrid: Edisofer, 1998.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Apresentação. *Privatização das prisões*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

ARÚS, Francisco Bueno. *La mirada penitenciaria. Derecho penitenciario y democracia*. Sevilla: Fundación El Monte, 1993.

AVELLAR, Hélio de Alcântara. *História administrativa do Brasil: a administração pombalina*. 2. ed. Brasília: Funcep/UnB, 1993.

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

_____. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1974.

BRASIL. *Mensagens dos Governadores do Estado do Amazonas à Assembleia Legislativa*. Manaus: Imprensa Oficial, 1901-1984.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. III.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CERVINI, Raul. Privatizacion de los presidios y referente comunitario. *Anais* do *I Encontro Nacional da Execução Penal*. Brasília: Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal, 1988.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Privatização dos presídios: alguns aspectos inconstitucionais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 125. p. 10. São Paulo, abr. 2003.

DANIEL, João. *Tesouro descoberto no máximo Rio Amazonas (1722-1776)*. Rio de Janeiro: Contraponto. 2004. vol. 1 e 2.

DELMANTO, Roberto. A implosão da Casa de Detenção: demagogia ou falta de bom senso? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 110. p. 7. São Paulo, jan. 2002.

DIAS, Edinea Mascarenhas. *A ilusão do fausto – Manaus 1890-1920*. Manaus: Valer, 1999.

DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. *Revista dos Tribunais*. vol. 664. p. 239-249. São Paulo: Ed. RT, fev. 1991.

_____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal anotado*. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 7.

FERREIRA, Carlos Lélio Lauria; VALOIS, Luís Carlos. *Sistema penitenciário do Amazonas: história, evolução, contexto atual*. Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 18. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARCIA, Etelvina. *O Poder Judiciário na história do Amazonas*. Manaus: Norma/TJAM, 2002.

INSTITUTO DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA TROPICAL. *Documentos Manuscritos Avulsos da Capitania do Rio Negro (1723/1825)*. Projeto Resgate de Documentação Histórica Barão do Rio Branco – Conselho Ultramarino-Brasil. CD-ROM. Rio de Janeiro: Montreal Informática.

ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Memórias do meu tempo*. Manaus: Edição do Autor (Gráfica Gouvêa), 1998.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000. vol. 1.

_____. Privatização dos presídios. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, dez. 2001.

LEAL, César Barros. Prisão. *Crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Relatório aprovado na 247.ª Reunião do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizada em julho de 1998. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. vol. 1. n. 10. p. 277. Brasília: Ministério da Justiça, jul.-dez. 1999.

LEONARDI, Victor. *Os historiadores e os rios: natureza e ruína na Amazônia brasileira*. Brasília: UnB, 1999.

LYRA, Roberto; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos do preso*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARCÃO, Renato Flávio. *Lei de Execução Penal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARCOY, Paul. *Viagem pelo Rio Amazonas (1869)*. Trad. Antônio Porro. Manaus: Governo do Estado do Amazonas, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 1.

MAW, Henrique Lister. *Narrativa do Pacífico ao Atlântico através dos Andes nas províncias do norte do Peru, e descendo pelo Rio Amazonas até ao Pará (1831)*. Manaus: Associação Comercial, 1989.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrine. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena privativa de liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.

NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. *Revista Discursos Sediciosos*. n. 1. ano 1. p. 191-206. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

NETO, Cotrim. Anteprojeto de lei que define e disciplina as normas gerais do regime penitenciário. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. n. 80. p. 233-276. Brasília, out.-dez. 1983.

PERROT, Michelle. O Inspetor Bentham. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código de Processo Criminal de primeira instância do Brazil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1899.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Sistemas penitenciários. *Revista dos Tribunais*. vol. 638. p. 265-274. São Paulo: Ed. RT, jan. 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PIERONI, Geraldo. *Os excluídos do Reino: a Inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil Colônia*. Brasília: UnB, 2000.

PORTUGAL. *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 12. ed. Portugal: Impressa na Universidade de Coimbra, 1850. t. I.

REIS, Arthur Cézar Ferreira. *História do Amazonas*. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

_____. *Manáos e outras Villas*. 2. ed. Manaus: Edua, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2001. Fac-símile da edição portuguesa, Ed. Coimbra, jun. 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Privatização de prisões: um debate necessário. *Privatização das prisões*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

SOUZA, Márcio. *A expressão amazonense: do colonialismo ao neocolonialismo*. São Paulo: Alfa-Omega, 1977.

_____. *Breve história da Amazônia*. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

SUMALLA, Josep-María Tamarit et al. *Curso de derecho penitenciário*. Valencia: Tirant Lo Blanch Libros, 2001.

SÜSSEKINK, Elizabeth. Aspectos da política prisional no Brasil. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. n. 15. p. 13-15. Brasília, dez. 2001.

YPIRANGA MONTEIRO, Mário. *A Capitania de São José do Rio Negro*. 4. ed. Manaus: Valer, 2002.

_____. *Fundação de Manaus*. 4. ed. São Paulo: Metro Cúbico, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A evolução da sanção penal, de Cristiano Álvares Valladares do Lago – *RT* 792/477;
- Execução penal e falência do sistema carcerário, de Maria Thereza Rocha de Assis Moura – *RBCCrim* 29/351; e
- O sistema prisional face às organizações criminosas: um olhar a partir da Constituição Penal Global, de Jorge Carlos Fonseca – *RBCCrim* 57/44.

54043

1 As facções e o grupo da segurança no Presídio Central de Porto Alegre

Relações cooperativas de autopreservação

Nedio Seminotti

Doutor pela Universidad Autónoma de Madrid UAM. Coordenador do Grupo de Pesquisa PPGPsicologia – PUC-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação e Graduação em Psicologia da PUC-RS.

Vinícius Ricardo Sallin

Mestre em Psicologia Social pela PUC-RS. Especialista em Ciências Penais pela UFRGS. Psicólogo.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo colocou em discussão os grupos organizados de presos do Presídio Central de Porto Alegre, tendo como foco o modo de conviver dessas facções com o grupo da segurança. A introdução e a contextualização dos grupos na prisão, partes iniciais deste trabalho, precederam a discussão teórica que se baseou na instituição prisão, os grupos e o indivíduo. Essa primeira construção teórica foi suporte para aprofundar a proposição central deste artigo, que é discutir as relações entre os grupos de agentes e presos organizados a partir do pensamento sistêmico complexo. Concluímos o artigo considerando que a instituição prisão, os grupos e o indivíduo como

Abstract: This paper addresses prison gangs in Presídio Central, a prison in the city of Porto Alegre, focusing on the relationship between these gangs and security staff. After introducing and contextualizing the institution and prison gangs, a theoretical discussion follows with a reflection and understanding of prisons as institutions, groups and individuals. This first theoretical construction was the basis to study the main objective of this section in depth, which is to discuss the relationship between security staff and prisoners organized groups based on a complex systemic thinking, also using the principles of self-organization and autopiesis by Edgar Morin and Humberto Maturana. We conclude by stating

sistemas no Presídio Central operam na lógica da autopreservação, por um processo auto-organizativo e autopoiético, expressos nas relações de cooperação para evitar conflitos violentos.

that the institution, groups and individuals as systems inside Presídio Central in Porto Alegre operate through the logic of self preservation based on a self-organized and autopoietic principle expressed in cooperative relationships that are established to avoid violent conflicts.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penitenciário - Facções - Instituição-prisão - Processos e organizações grupais - Sistemas complexos.

KEYWORDS: Prison system - Prison gangs - Prison institution - Group processes - Group organization - Complex systems.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Os grupos no Presídio Central de Porto Alegre - 3. Instituição, grupos, facções e indivíduo - 4. Um sistema complexo, autopoiético e auto-organizativo - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os grupos humanos e seus processos no sistema penitenciário são pouco explorados pelos trabalhos científicos. Especificamente, no que diz respeito aos grupos dos presos organizados, encontram-se, na maioria das vezes, temáticas relacionadas à violência entre facções, suas ligações com o crime externo, as formas de organização dos presos com códigos rígidos e a ênfase nas lideranças. Segundo Sá,[1] a academia não demonstra compromisso com a questão penitenciária, preocupando-se somente em fazer o diagnóstico do cárcere e dos que nele vivem. Para esse autor, a academia deveria ter a humildade de buscar a compreensão das pessoas e da situação dentro da prisão, em uma relação de simetria e de ajuda e, se utilizar do diagnóstico para levantar as demandas no sentido da inclusão social desses indivíduos. É nessa mesma linha de pensamento que este artigo discute as relações entre as facções, as quais são compostas pelos presos organizados, e o grupo da segurança, formado por policiais militares no Presídio Central de Porto Alegre – PCPA. Dessa forma, põe-se em discussão um modo de conviver entre os dois grupos, o qual, do ponto de vista da sociedade, se caracteriza pela hostilidade. Visto de outro lugar, esses grupos desenvolvem acordos tácitos e explícitos, demonstrando uma relação de cooperação para reduzir a violência e a rivalidade a níveis toleráveis de convivência, assim diminuindo a tensão produzida nos indivíduos pela sensação de perigo pelo risco eminente de morte.

1. SÁ, Alvino Augusto. Transdisciplinaridade e Responsabilidade da Academia na Questão penitenciária. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias* 2/15-32. n. 1.

Apoiado em princípios sistêmicos complexos, a partir do biólogo Humberto Maturana e do sociólogo Edgar Morin, este artigo propõe a compreensão das relações que se estabelecem entre os referidos grupos no PCPA como um processo autopoiético e auto-organizativo. Para se chegar a esse entendimento, inicialmente se utiliza referenciais teóricos diversificados, que contribuem para que se compreenda melhor os processos institucionais, grupais e individuais na prisão.

O artigo contém três subdivisões entre essa introdução e as suas considerações finais. A primeira contextualiza o fenômeno, a qual especifica a situação atual dos grupos de presos no PCPA – denominada *Os grupos no Presídio Central de Porto Alegre* – e duas de caráter teórico – *instituição, grupos, facções e indivíduo* e *um sistema complexo, autopoiético e auto-organizativo.*

A contextualização serve para apresentar e dar visibilidade a um fenômeno pouco discutido nos estudos acadêmicos. Nesse mesmo sentido, a discussão teórica abre para uma compreensão embasada em autores que se dispuseram a investigar as instituições, os grupos e a prisão, mesmo que esses autores pertençam a epistemologias diferentes do pensamento sistêmico complexo. Para isso, procurou-se a todo instante recorrer ao *princípio dialógico*[2] como forma de contemplar lógicas do paradigma tradicional e do emergente num diálogo que supõe complementaridades e paradoxos e não redução a uma ou a outra lógica.

Vasconcelos[3] refere que uma fundamentação teórica em um estudo na perspectiva da complexidade deve assumir a multidimensionalidade do fenômeno social, trazendo para o debate interno um leque de perspectivas teóricas, disciplinares e paradigmáticas em um campo de alianças e contribuições interdisciplinares. Segundo Vasconcellos,[4] o pensamento sistêmico, como um emergente paradigma da ciência, integra os conhecimentos desenvolvidos pela ciência tradicional. Ele possibilita a reflexão sobre as implicações epistemológicas e ontológicas dos fenômenos, buscando ultrapassá-las sem negá-las.

A construção teórica: *instituição, grupos, facções e indivíduo*, será suporte para aprofundar a proposição central deste artigo na próxima subseção, que é discutir as relações entre os grupos de agentes e presos organizados a partir do pensamento sistêmico complexo, e aplicando, nessas relações, o princípio auto-organizativo e autopoiético. O argumento do artigo é de que esse sistema

2. MORIN, E. *Ciência com consciência.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. p. 189.

3. VASCONCELOS, Eduardo Mourão. *Complexidade e pesquisa interdisciplinar: epistemologia e metodologia operativa.* Petrópolis: Vozes, 2002.

4. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *O pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência.* Campinas: Papirus, 2003.

social se processa autopoieticamente, ou seja, se autoproduz em relações que primam pela transformação e conservação dos sistemas individuais e coletivos.

2. OS GRUPOS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

Fundado em 1959 com o nome de Casa de Prisão Provisória, o Presídio Central de Porto Alegre é hoje o maior estabelecimento penal do Rio Grande do Sul. É considerado a porta de entrada do sistema penitenciário do Estado, pois seu objetivo é receber homens presos em flagrante e capturados pela justiça, mantendo-os em regime fechado[5] em situação provisória, isto é, indivíduos que não foram julgados definitivamente. Entretanto, na atual população carcerária do PCPA, se misturam presos provisórios, condenados definitivos e, inclusive, presos que deveriam estar em unidades de regime semiaberto[6] por já terem recebido o benefício, mas que ficam aguardando vagas nesses estabelecimentos.

4.200 presos em cinco pavilhões e 18 galerias se organizam em grupos no interior da prisão. Os grupos são: os *crentes*, unidos pela prática religiosa evangélica ou católica, os *duque*, presos que praticaram crimes sexuais e criaram seu próprio espaço por não serem aceitos em nenhum outro grupo, e o grupo situado na galeria B2, que abriga indivíduos com nível de escolaridade superior, policiais civis, militares e funcionários penitenciários. Os outros grupos organizados são chamados de facções e se diferem dos demais por serem formados por presos com laços de pertencimento, fidelidade ou submissão aos líderes e se caracterizam pela rivalidade entre eles, alguns baseando suas ações no tráfico de drogas e até mesmo no crime externo aos muros da prisão.[7] No Presídio Central, os grupos/facções são denominados "Os Manos", "Os Unidos pela Paz" e "Os Abertos". Esses estão organizados em galerias, onde há, em média, 300 presos e, entre esses, aproximadamente 30 estariam ligados diretamente ao comando das facções, sendo esse subgrupo composto pelo líder e seus auxiliares. O líder é chamado de "plantão", "prefeito" ou "representante

5. É o regime que se caracteriza pelo maior controle e vigilância dos presos, sendo considerado um regime de contenção rigoroso onde o indivíduo cumpre a prisão provisória, preventiva ou a condenação no interior da prisão, sem os benefícios de saídas temporárias ou trabalho externo ao âmbito do presídio.

6. É o regime de transição do regime fechado para o regime aberto, no qual há um menor controle e vigilância, podendo o preso se beneficiar do trabalho externo e saídas temporárias.

7. ROLIM, Marcos. O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadine: garantias e regras mínimas para a vida prisional. *Separatas de discursos pareceres e projetos*. Brasília: Controle Documentação e Informação, 1999.

da galeria" e é escolhido pelo grupo de presos que estão comprometidos com a facção, levando em consideração sua capacidade de liderança, negociação e autoridade. O "representante de galeria"[8] é responsável pelo controle dos conflitos entre os presos das galerias e pela imposição das regras aos comandados e representa os presos nas reivindicações dirigidas ao comando da segurança.

Os três grupos/facções que se originaram no PCPA hoje cresceram significativamente em número de integrantes, tomando dimensões que possibilitaram sua expansão pelas unidades de regime semiaberto. O que antes era uma característica somente do presídio, no que diz respeito à facção no controle das galerias, atualmente é uma realidade também nas unidades de regime semiaberto. Cada estabelecimento penal de regime semiaberto tem uma facção no comando dos presos, impondo a eles seus códigos de conduta e regras de permanência. Para exemplificar, uma dessas facções domina os presos do Instituto Penal de Mariante e sua liderança permite que permaneçam nesse estabelecimento somente os indivíduos que pertenceram a esse grupo quando iniciaram o cumprimento da pena no PCPA ou aqueles presos que nunca integraram outro grupo rival a essa facção. Essa realidade, relacionada às perseguições de indivíduos por grupos rivais, está associada à grande parte dos motivos de fugas de presos no regime semiaberto.[9]

As facções constituem identidade por crenças, valores, formas de organização e participação nos jogos de poder da instituição, além das regras de conduta. Assim, as rivalidades entre esses grupos, se explicam por questões relativas a esses pontos. Entretanto, em síntese, a questão principal das desavenças no PCPA reside na incapacidade de uma facção aceitar a forma como outra facção se relaciona com o comando da Brigada Militar.

De maneira simplificada, pode-se dizer que, enquanto uma das facções colabora com a administração da Brigada, a outra tem como princípio não aceitar o controle, considerando-se inimiga do grupo da segurança ou de qualquer outro grupo organizado de presos. Existe ainda uma facção que não se posiciona nem contra nem a favor da administração do presídio e não considera os presos de outras facções como rivais.

Quanto ao grupo da segurança, a responsabilidade pela guarnição do Presídio Central desde o ano de 1995 é de competência da Brigada Militar. A troca de controle passou da Superintendência dos Serviços Penitenciários para a

8. Nomenclatura mais difundida no sistema penitenciário para designar o líder dos presos na galeria.

9. SALLIN, Vinícius. Motivos preponderantes do alto índice de fugas do regime semiaberto. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias* 2/87-96.

Brigada pelas recorrentes conturbações no presídio, as quais, na época, foram consideradas resultantes da falta de comando e das más estratégias de gerenciamento. O acontecimento principal que levou a essas mudanças está relacionado à repercussão do motim de 1994 no PCPA,[10] onde um grupo de presos de uma facção fez funcionários reféns e, em fuga pela cidade, promoveu uma madrugada de tensão em vários bairros de Porto Alegre.[11]

O grupo de oficiais e soldados designados para a missão de administrar o PCPA foi chamado de *Força Tarefa*. Entretanto, essa, que era considerada uma missão temporária da Brigada, tem 11 anos de atividade e tem sido automaticamente renovada a cada ano. Atualmente, esse grupo da Brigada é composto de 220 homens e mulheres. As mulheres desenvolvem suas funções nas salas de revistas, trabalhando diretamente na revista dos familiares que visitam os presos.

Nos anos 80 e 90 foram recorrentes os motins e tentativas de fuga no PCPA[12] e, com o objetivo de inibir essas ações que eram resultado das reivindicações não atendidas dos presos, a administração do presídio instaurou uma "linha estratégica de negociação", que se sustenta no reconhecimento institucional das facções.[13] Essa estratégia, iniciada em 1997, e que continua até hoje, aceita a participação dos presos nas decisões administrativas a partir de reuniões compostas pelos Representantes de Galeria e o comando da Brigada Militar.

Sallin e Seminotti,[14] diante dessas estratégias, sustentam que há entre as facções e a equipe da segurança uma relação de cooperação.

Nesse sentido, em entrevista ao jornal Zero Hora, 2004, o Promotor da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre ao referir-se aos códigos das facções, afirma: "O importante para as autoridades é admitir a existência dessas normas não escritas e tentar reduzir os atritos que possam levar às perturbações na rotina das casas prisionais".[15] Parece, com isso, demonstrar o reconhecimento e a importância das facções para a instituição prisional, inclusive nas instâncias superiores do Poder Judiciário.

---

10. ELMIR, Cláudio Pereira. *Anos 90* 12/535-553. n. 21-22.
11. COIRO, José Rafael Rosito; CASAGRANDE, Diego. *Porto Alegre: 48 horas sob terror. Melara e a rebelião no Hospital Penitenciário*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1997.
12. DORNELLES, Renato Nunes. *Falange gaúcha: O Presídio Central e a História do Crime Organizado no RS*. Porto Alegre: RBS Publicações, 2008.
13. GUINDANI, Miriam K. *Violência e prisão: uma viagem na busca de olhar complexo*. Tese de doutorado em Serviço Social, Faculdade de Serviço Social, PUC-RS, 2002.
14. SALLIN, Vinícius; SEMINOTTI, Nédio. Facções na prisão sob o olhar da complexidade. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias* 4/89-103. n. 1.
15. ESPERANÇA, Clarice. Código das prisões. *Zero Hora*. Porto Alegre, 26.09.2004. p. 42.

As relações entre as facções, por seu representante de galeria, e o grupo de segurança, por policiais militares, se efetivam no chamado *Setor de Supervisão*. Esse setor tem como chefe um tenente e como adjuntos, três sargentos. A supervisão tem como objetivo receber, por parte dos presos representantes de galeria, reivindicações de caráter individual, como: providenciar atendimento técnico, incluindo médico, psicológico, social e jurídico, autorizar a entrada de materiais para artesanato ou equipamentos eletrônicos e informar o nome da pessoa que o preso quer que seja seu visitante ou, se necessário, fazer a troca desses nomes, além dos pedidos de transferência para outras unidades prisionais.

As demandas de caráter coletivo podem ser desde a instalação de lâmpada elétrica, de chuveiro ou tomada de luz na galeria para uso comum, até o pedido de providências para falta de água ou de energia elétrica. Existem também solicitações que visam alterar rotinas operacionais e administrativas da Brigada Militar. Algumas dessas geram certa tensão, por se tratarem de reclamações de abuso de agentes, tratamento desumano aos visitantes, demora nas transferências dos presos que já alcançaram o benefício do regime semiaberto, superlotação, alimentação precária e falta de atendimento médico, psicológico e jurídico. Outras questionam decisões que competem ao Poder Judiciário como, por exemplo, a reimplantação de revista íntima nos presídios, demora nas determinações judiciais de exames para troca de regime para presos que já atingiram o lapso temporal no regime fechado, questões burocráticas que dificultam a entrada dos visitantes e transferências dos líderes de facções para outras unidades.

Os impasses criados entre a expectativa dos presos em ter suas questões resolvidas e a impossibilidade momentânea da administração em atender a essas reivindicações, promovem desequilíbrios nas relações entre os dois grupos, que pode iniciar por uma "bateção"[16] ou greve de fome, podendo até chegar a um motim e, em consequência disso, a um possível confronto violento entre a equipe da segurança e os presos. Essas conturbações podem também gerar atritos entre grupos rivais de presos, se for uma questão que envolva luta de facções por maior espaço ou poder na prisão. Entretanto, o que atualmente vem ocorrendo é um processo de conciliação entre as partes, o qual prioriza a negociação e, consequentemente, a solução dos conflitos antes que esses se instalem.

Para ter uma melhor compreensão da dinâmica do presídio enquanto sistema mais amplo que envolve grupos na qualidade de sistemas menores é necessário fazer referência a um terceiro grupo: a equipe técnica, que é composta

16. Os presos de uma galeria ou de todo presídio batem nas grades com instrumentos metálicos, com objetivo de criar tensão entre os funcionários e de anunciar que estão preparados para um confronto.

por assistentes sociais, psicólogos, médicos, enfermeiros e advogados. Todos esses profissionais desempenham atividades em setores isolados entre si. No entanto, os psicólogos e assistentes sociais têm funções associadas nas ações chamadas de tratamento penal, que é o acompanhamento psicológico e social e avaliações para progressão de regime dos internos do PCPA. Mesmo que o grupo de técnicos não esteja diretamente ligado com as relações propostas neste ensaio, essa equipe se envolve em processos que dizem respeito a tais relações e é campo de fluxo de informações e comunicações entre presos e agentes.

3. INSTITUIÇÃO, GRUPOS, FACÇÕES E INDIVÍDUO

Segundo Foucault,[17] a prisão e a justiça penal funcionam como um espetáculo, fazendo crer que atendem a uma demanda social de necessidade de controle. A prisão sugere que os delinquentes estão bem disciplinados, inativos e isolados e que o aparelho policial continua vencendo a luta do bem contra o mal. Existe uma falsa ideia de assepsia em um sistema punitivo que, no entanto, produz violência e delinquência. Ocorre, assim, um processo circular no sistema: polícia, prisão e delinquência. Nesse processo, a polícia prende e dessa forma fornece à prisão o infrator. A prisão, por sua vez, transforma o infrator em delinquente, que quando alcança liberdade, novamente é alvo do controle policial e, na maioria das vezes, é mandado de volta à prisão. Assim se forma a clientela do sistema penitenciário. São indivíduos que recorrentemente serão presos ou perseguidos. São pessoas que passaram de infratores, alguns até ocasionais, para infratores-delinquentes, empurrados pelo sistema penal a um regime de exclusão. "A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes".[18]

Nesse sentido, Barata[19] se refere à "teoria das carreiras desviantes e do recrutamento dos criminosos", ou seja, o sistema penal produz um indivíduo que fica aprisionado em uma lógica de exclusão e delinquência e, de certa forma é o que explica o elevado número de reincidentes que compõe a atual população carcerária. A partir dessa concepção, que atribui à prisão a criação de sua própria clientela, pode-se avaliar a dimensão significativa e, de certa forma, preocupante que tem os grupos organizados no contexto atual do sistema penitenciário. Mesmo que suas relações sejam também de mútua cooperação, os homens presos são diariamente introduzidos em galerias e grupos, em um

17. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000.

18. Idem, p. 222.

19. BARATA, Alessandro. *Criminologia critica do direito penal: introdução a sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 180.

regime que deixa poucas escolhas que promovam seu afastamento de uma cultura de criminalidade, uso de drogas e exclusão, sendo jogados a toda sorte na dependência de presos institucionalizados. Apesar da forma mencionada, que indica uma realidade nessas organizações, que levam os presos ao subjugamento e à insegurança, as facções são, hoje, reconhecidas pelo grupo da administração, tendo legitimidade e poder para discutir e decidir procedimentos padrões e as relações na prisão.

Por esse motivo, é necessário discutir a participação das facções nas decisões administrativas e operacionais de qualquer estabelecimento prisional, nesse caso, do PCPA. Como indicamos, as facções são grupos estruturados a partir de um núcleo verticalizado de liderança, o qual impõe códigos de conduta e julgamentos aos internos de sua galeria. Dessa forma, o reconhecimento das facções, por parte da direção, fortalece esse tipo de liderança, reafirmando sua notoriedade no sistema penitenciário e o poder sobre o restante dos presos.

Esse poder se expressa desde o ingresso do indivíduo na galeria, onde se depara com uma organização social diferente da que vivia até então. Para ele, o grupo de presos, naquele local, pode ser um sinal de um mínimo de tranquilidade, por significar estar dividindo um espaço com pessoas, à primeira vista, com necessidades similares às suas. Entretanto, logo ele descobre que sua permanência e segurança nesse local dependem da sua disposição em seguir os códigos de conduta impostos pelo grupo que comanda a galeria.

Isso mostra que, na maioria dos casos, os sujeitos integram-se ao grupo não por se identificarem com a facção, e sim por uma questão de falta de opção: primeiro, por proteção a sua integridade física e, em segundo lugar, pela necessidade da socialização e adaptação ao meio social em que foram inseridos, processo esse que Bitencourt[20] chama de *prisionização*.

Aqui, colocam-se em destaque essas duas justificativas de adesão do preso ao grupo organizado como uma estratégia de simplificação de um fenômeno que se reveste de complexidade, ou seja, que a motivação para um sujeito participar de qualquer sistema social está, além disso e, assim devendo ser tratada como um fenômeno complexo, a partir de um conhecimento multidimensional que leva a questões interconectadas e multifatoriais.

Nesse sentido, Morin[21] explica que o pensamento complexo busca respeitar a todas as dimensões, reconhecer a existência de muitos fatores e, mesmo assim, fornecer algumas informações e simplificações como modos de enfrentar a complexidade.

---

20. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

21. MORIN, Edgar, op. cit.

No que diz respeito à primeira causa, a autopreservação do indivíduo, Danitz,[22] referindo-se às prisões americanas, afirma que as gangues nas prisões ou facções se originam de uma necessidade de defesa dos presos contra as extorsões, o racismo e ao que ele chamou de internos predadores, sendo esses indivíduos os que se fazem valer da força física e das armas para ter controle sobre os outros internos.

Segundo parece, Oldoni[23] se coloca na mesma linha de pensamento ao afirmar que no Brasil, o Comando Vermelho, a mais antiga facção do sistema penitenciário brasileiro, se originou nos anos 70 no Presídio da Ilha Grande no Rio de Janeiro, a partir da necessidade de defender os presos desprotegidos e aqueles sem qualquer assistência familiar.

Nessa perspectiva, Lourau se refere ao "bando"[24] como um tipo de grupo que se caracteriza por uma estratégia que consiste em esmagar ou rechaçar o bando vizinho, fazendo desse um adversário, indicando assim a fragilidade na segurança sentida no interior da prisão. O preso sabe que simplesmente por pertencer a uma galeria, onde um grupo está na liderança, faz dele um alvo de outro grupo rival. Então o que se espera é que o preso se aproxime das lideranças de sua galeria para sua segurança, ou seja, a coesão ao grupo é vista como prevenção à violência que paira no ambiente. Como forma de explicar a violência proposta pela facção ou bando, Lourau se refere a um "individualismo grupal",[25] querendo dizer, com isso, que esse tipo de grupo é uma unidade que tende a não reconhecer os demais grupos e a autoridade instituída como legítimas. Esse pensamento sugere que esse autor acompanha o pensamento comum entre os teóricos de pequenos grupos formalmente instituídos, os quais indicam que um conjunto de indivíduos é uma unidade que tende a ter uma mente comum[26] ou uma representação coletiva,[27] e uma única ideologia.[28]

---

22. DANITZ, Tiffany. The gangs behind bars (prison gangs). *Insight on the News* vol. 14. n. 36.

23. OLDONI, Fabiano. Uma abordagem acerca das relações de poder no interior das prisões. A morte como exteriorização maior deste poder. *Jus Navigandi*. n. 59. Ano 6. Teresina, out. 2002. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3250]. Acesso em: 20.04.2008.

24. LOURAU, R. *A análise institucional*. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 128.

25. Idem, p. 145.

26. ZIMERMAN, D. E.; OSORIO, L. *Como trabalhamos com grupos*. Porto Alegre: Artes Medicas, 1997.

27. PICHON-RIVIÉRE, Enrique. *O processo grupal*. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

28. BAULEO, A. *Ideologia, grupo y família*. Buenos Aires: Kargieman, 1975.

Nesse caso, a facção se caracterizaria por uma unidade-entidade que se opõe a qualquer outro grupo e a instituição em que está inserida. Lapassade,[29] nessa mesma linha de pensamento, refere que esse tipo de grupo, dito "natural" tem dois fatores de coesão principais: a necessidade humana de relações interpessoais e de segurança de cada indivíduo. A segurança é uma das finalidades explícitas do sujeito ao integrar um grupo na prisão, pois aquele que adere às normas desse grupo tem sua integridade física preservada. Já aquele que não, como afirma Lapassade, "o desviante",[30] é rejeitado por colocar um problema de insubordinação para o grupo e, no caso específico da prisão, será banido ou sofrerá violência física.

Esses problemas, resultantes da imposição dos códigos de conduta, demonstram que as facções não fogem à regra do que se escreve sobre psicologia dos grupos, inclusive no que diz respeito à origem e à definição de grupo de qualquer tipo e em qualquer contexto. Pichon-Rivière[31] define-os como indivíduos em uma situação de inter-relação, com objetivos em comum, baseados na cooperação, em códigos e em normas específicas. A facção, é claro, possui a ressalva de ser composta por indivíduos vivendo em uma situação de não liberdade e, de certa forma, coagidos a se agrupar.

O "processo de prisionização" ou a necessidade de socialização como segundo motivo para o sujeito integrar o grupo, segundo Bitencourt,[32] acontece com a entrada do indivíduo na prisão. Ele adapta-se ao modo de vida no cárcere e aceita os costumes e os códigos impostos pelo grupo dos presos que lá já estavam. "Adota, por exemplo, uma nova forma de linguagem, desenvolve hábitos novos no comer, vestir, aceita o papel de líder, ou de papel secundário nos grupos de internos, faz novas amizades etc.".[33] É como se dá o processo de socialização, sendo semelhante ao que ocorre com as crianças, quando estão apreendendo os modelos de comportamento social, como afirma Bitencourt,[34] ou seja, não há como viver num grupo sem submeter-se, mesmo que em parte, a sua cultura. Relativo a estes modelos de comportamento, Berguer e Luckmann explicam: "Toda atividade humana está sujeita ao hábito. Qualquer ação repetida torna-se moldada em um padrão, que pode em seguida ser reprodu-

29. LAPASSADE, G. *Grupos, organizações e instituições*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.
30. Idem, p. 71.
31. PICHON-RIVIÉRE, Enrique, op. cit.
32. BITENCOURT, Cesar Roberto, op. cit.
33. Idem, p. 171.
34. Idem.

zido com economia de esforço e que, *ipso facto*, é apreendida pelo executante como tal padrão".[35]

O preso, nesse processo de consolidação de rotinas e de novos hábitos, busca tornar o ambiente menos hostil. Com limitadas opções de escolhas de comportamento, engaja-se em modelos e fornece uma direção objetiva ao pensamento e às ações. Seus atos assim ficam em acordo com o meio, adaptado às circunstâncias do espaço onde vive, propiciando a ele o conhecimento de seus limites e uma relativa tranquilidade para transitar e se relacionar com segurança em um ambiente menos inóspito. Maturana[36] explica que um indivíduo humano se preserva e realiza como ser vivo e social quando sua conduta se adapta e participa da rede de interações que ocorre naquele sistema social. Na base da conservação da vida do ser humano está seu operar em acordo com o sistema social a que pertence. Prova disso é que se o elemento indivíduo não tem condutas apropriadas é eliminado pelo sistema, para a sobrevivência ou conservação do próprio sistema. Assim, Maturana[37] refere que existe uma pressão seletiva para a constituição de inter-relações entre as unidades integrantes de um sistema, nas quais acoplam e produzem relações constitutivas para a conservação do sistema. "Os sistemas sociais são constitutivamente conservadores".[38]

Einat,[39] estudando as prisões de Israel, concluiu que os presos aderem rapidamente aos códigos existentes na prisão, pelo sentimento de assistência mútua e altruísmo comum entre os internos. Engajar-se no processo social, mesmo em uma prisão, eleva a autoestima, indo na contramão do sentimento de autoanulação e desonra que ocorre logo que o indivíduo é aprisionado. Assim, pode-se afirmar que esse processo está caracterizado pela resistência à massificação e dependência propostas pela instituição. Trata-se de uma estratégia de resistência do preso ao sistema penitenciário, conforme conceituam Guimarães, Meneghel e Oliveira,[40] é uma oposição no sentido positivo, permi-

---

35. BERGUER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 77.

36. MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

37. _____. *De máquinas e seres vivos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

38. _____. *A ontologia da realidade* cit. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 201.

39. EINAT, Tomer; WALL, April. Language, Culture, and Behavior in Prision: The Israeli Case. *Asian Journal of Criminology* 1/173-189. n. 2.

40. GUIMARÃES, Cristian F.; MENEGHEL, Nazarath; OLIVEIRA, Carmem S. Subjetividades e estratégias de resistência na prisão. *Revista Psicologia: Ciência e Profissão* 4/632-645.

tindo a construção de um novo espaço, um novo modelo que desautorize os mecanismos de controle estabelecidos pela prisão.

Steinberg,[41] referindo-se às *prison gangs*, ou facções, na África do Sul, propõe que a identidade de grupo nasce de uma profunda necessidade humana de afirmar sua existência diante dos efeitos da prisão. Esse autor refere que a origem das facções está na busca da preservação da identidade e da autonomia dos integrantes dos grupos contra as normas rígidas institucionais. Nas palavras de Deleuze:[42] "Haverá sempre uma relação consigo que resiste aos códigos e aos poderes; a relação consigo é, inclusive, a origem dos pontos de resistência". Assim entendidas, as facções conferem ao grupo de presos um poder de resistência e reivindicação importantes, pois as ações são planejadas e comandadas pela liderança e seus liderados, submetidos a um código de lealdade ao grupo. São ações organizadas por presos organizados, motivadas também contra a imposição e violência institucional e contra administradores penais que não reconhecem os direitos humanos, no que diz respeito às condições mínimas de vida dos internos.

Wacquant[43] compara as prisões brasileiras a jaulas, dada a superlotação, a falta de luz, a péssima alimentação e a negação da assistência jurídica e dos cuidados elementares à saúde. Para Rolim,[44] essas condições de vida, especificamente nas prisões gaúchas, nas quais os presos vivem em galerias e se encontram, no mesmo local, todos os tipos crimes, favorecem os laços de pertencimento, fidelidade ou submissão aos "grupos organizados no mundo do crime".[45] O autor questiona a forma como o sistema penal administra as prisões no Rio Grande do Sul, no que se refere, primeiro, às condições de vida e, depois, à falta de separação dos presos, estando esses submetidos a uma política de amontoamento e indiferenciação, sendo essas características observáveis também no Presídio Central de Porto Alegre. Os presos primários, ou principiantes, ficam à mercê dos antigos, já identificados com o cárcere. O que se percebe nesses casos é que as administrações prisionais, sem políticas de tratamento penal, estão exclusivamente centradas na disciplina e no controle físico da "massa carcerária". Conforme Thompson,[46] esses modelos de adminis-

41. STEINBERG, Jonny. *The Number*. Cape Town: Jonathan Ball Publishers, 2004. Disponível em: www.nyamnjoh.com/2006/04/book_review_the.html.

42. DELEUZE, G. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 111.

43. Wacquant, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

44. ROLIM, Marcos, op. cit.

45. Idem, p. 44.

46. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

tração explicam as conturbações decorrentes das reivindicações. São modelos verticais no estilo "braço forte", ou seja, que têm dificuldade de reconhecer os direitos constitucionais e humanos dos presos e, por isso, tendem a enfrentar problemas com os levantes reivindicatórios. Carvalho[47] refere que a rebelião e o motim são os últimos recursos do preso para defender seus direitos diante de uma instituição desumana. Goffman[48] salienta que o bem estar do preso não é o propósito do sistema penitenciário, considerando a prisão uma instituição por natureza opressora e totalitária. Em seu clássico livro *Manicômios, prisões e conventos*, qualifica-a como uma *instituição total*, sendo essa "um local de residência e trabalho, onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla, por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e fortemente administrada"[49] e que dentro da proposta da prisão está o processo de despersonalização do indivíduo.

Continuando a analisar a instituição prisão pelo foco da dominação ao preso, Goffman[50] utiliza-se das peculiaridades existentes nas relações entre o grupo diretivo, responsável pela segurança, e o grupo dos presos para apresentar as implicações da imposição da disciplina da guarda aos presos. Assim, ele refere que essas relações assimétricas têm consequências no preso, as quais enumerou, entre outras, como *institucionalização*, *mortificação* e *mutilação do eu*.

Por outro lado, há indicações de que a instituição, diante da emergência dos grupos organizados, cria mecanismos para aproximar-se dos presos, imprimindo simetria às relações entre presos e agentes de segurança. A administração e segurança instituem outro modo de operar com o objetivo de não perder poder, mantendo o controle institucional ao preso.

Nesse sentido, Lourau, em 1973, já se referia ao processo institucional, no qual forças sociais marginais e minoritárias começam a ser reconhecidas pelas forças instituídas. Essas forças, que antes eram de oposição, são integradas com o objetivo de diminuir a resistência aos códigos institucionais.[51] A instituição-presídio, a partir de mecanismos de vigilância e controle, incorpora em sua jurisdição as facções, dando a elas notoriedade, legitimidade e poder de

47. CARVALHO, Salo. Pena e garantia: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

48. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

49. Idem, p. 212.

50. Idem.

51. Apud COIMBRA, Cecília M. B. Os caminhos de Lapassade e da análise institucional. *Revista do Departamento de Psicologia – UFF* 7/52-80. n. 1.

cogerenciar o interior da prisão. Segundo essa compreensão, se poderia pensar que se trata de uma estratégia prisional para fazer cessar as ações violentas e a consequente repercussão negativa na mídia.

Qualquer violência na prisão, tanto dos presos, com motins e fugas, quanto dos agentes de segurança, por agressão a presos, produzem um clima de insegurança na população e, em decorrência disso, críticas à administração pública. Portanto, do ponto de vista dessa, a estratégia a partir de parcerias com os grupos organizados no PCPA seria desejável.

4. UM SISTEMA COMPLEXO, AUTOPOIÉTICO E AUTO-ORGANIZATIVO

Partindo da afirmação de Morin, de que "todos os objetos que conhecemos são sistemas, ou seja, estão dotados de algum tipo de organização",[52] pensa-se que o sistema é uma unidade múltipla complexa, organizada e capaz de se auto-organizar.[53] É um conjunto de unidades-indivíduos diferentes, encaixados e articulados, com uma organização que regula, dá sentido com qualidades e propriedades, que não possui essas unidades-indivíduos quando separadas.[54] No que tange à complexidade desses sistemas, Morin refere que esses se caracterizam por uma extrema quantidade de interações e interferências entre um grande número de unidades, somadas às incertezas, acasos e ordens e desordens.[55]

Pensar sobre esses sistemas é penetrar em um novo paradigma da ciência, onde o fenômeno que emerge do conjunto é contextualizado em sua multidimensionalidade, levando em consideração as circunstâncias em que ele acontece. O observador, na descrição de um fenômeno sistêmico complexo, amplia o foco, vendo relações entre os elementos do sistema e entre os sistemas como uma teia de relações recursivas interligadas.[56] A visão complexa é integradora, afasta a disjunção e a simplificação, propondo a instabilidade e a relatividade como caráter dinâmico, em contraposição à ideia de estabilidade e realidade. Esses conceitos se propõem a ultrapassar os pressupostos exclusivamente objetivos, assinalando que o conhecimento científico é resultado, também, da

52. MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, Dora F. (org.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto alegre: Artes Médicas, 1996. p. 278.

53. _____. *Ciência com consciência cit.*

54. _____. Epistemologia da complexidade cit.

55. _____. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

56. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de, op. cit.

intersubjetividade, ou seja, de uma construção social, e a "realidade" é uma construção do observador em constante transformação e imprevisibilidade pelas recorrentes emergências.

No caso do sistema social, Morin[57] explica que a organização encadeia relações entre indivíduos, ligando-os inter-relacionalmente e tornando-os participantes de um todo auto-organizável. Significa o surgimento de novas organizações ou estados a partir de processos sociais auto-organizadores, fazendo com que a ordem se restabeleça em sistemas caóticos, assim trazendo renovação pela própria desordem.[58] A desordem é motivo e ocasião para outros arranjos entre as unidades de um conjunto, que buscarão uma nova organização que faça sentido às circunstâncias. Um sistema em desequilíbrio torna-se ativo explorando sem parar novas possibilidades, permitindo que o mesmo passe espontaneamente de um estado não organizado para um estado organizado.[59]

A organização característica desses sistemas sociais complexos, que Capra[60] chamou de *redes sociais*, é um padrão não linear de organização que utiliza a comunicação como modo de reprodução e de sua auto-organização. São múltiplos elos de realimentação, onde os valores, as crenças e as condutas dos seus participantes são continuamente comunicadas, modificadas e preservadas. Esse processo, por sua vez, aparece como qualidade de um sistema social, no cooperar entre seus elementos, entre os sistemas e entre o sistema e o entorno para se autoproduzirem e equilibrarem-se, ou seja, se auto-organizarem. Do ponto de vista de Morin[61] "uma sociedade se auto-organiza permanentemente por meio de desordens e conflitos, que por um lado comprometem sua organização e, por outro, recuperam sua vitalidade".

Com essas noções, podemos pensar que as facções constituem o que Morin refere como "desvio inovador, uma brecha, uma ruptura",[62] é a emergência no sentido de uma crise que cria condições para a transformação institucional. Assim, diante de uma nova organização do sistema social, proposta pelas facções, o sistema PCPA, na lógica da reorganização, procura uma resposta e, nesse caso, institui uma parceria na gestão da prisão.

---

57. MORIN, Edgar. *Método 1: a natureza da natureza*. Porto Alegre: Sulina, 2003.
58. Idem.
59. PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
60. CAPRA, Frijof. *Conexões ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2002.
61. MORIN, Edgar. *Ciência com consciência* cit., p. 122.
62. _____. *Método 4: habitat, vida, costumes, organização*. Porto Alegre: Sulina, 1998. p. 39.

No mesmo sentido das ideias de Morin, Maturana[63] traz o conceito de "perturbação inovadora", como sinônimo de ruído, sendo um processo em emergência, dinâmico e contínuo que fomenta propriedades sustentáveis ao sistema a partir de relações de acoplamento, ou seja, a partir de interações entre seus elementos/sistemas e sistemas/meio na produção do próprio sistema.

Para esses autores, o inesperado e o emergente propõem a reorganização no sistema, revolucionando todo o campo de crenças, emergindo assim, uma nova organização. As facções, enquanto um desvio em relação à norma, ao estabelecido, colocam abaixo a verdade reinante, no caso do presídio, de que somente a instituição tem o poder sobre a vida dos presos, ou seja, a emergência dessa nova organização pressiona para uma mudança institucional, reorganizando processos e rompendo com normas instituídas. Com isso, mostra-se um outro modelo de administrar o sistema penitenciário, sendo as facções reconhecidas pela instituição como parceiras ou colaboradoras na tomada de decisões. Assim, as facções, enquanto brechas emergentes, incitam a transformação da organização, propondo uma relação de cooperação entre o sistema constituído pelo grupo de presos e da segurança.

Esses grupos se inter-relacionam e cooperam num processo de manutenção do equilíbrio de um sistema que, a todo instante, pela peculiaridade de suas lógicas, no seu sentido amplo, tendem ao paradoxo, ao confronto, e à rivalidade. A parceria daria o tom de afrouxamento e consenso em relação aos códigos, às normas e à cultura de cada grupo para favorecer a convivência pacífica. Parte-se aqui do pressuposto de que esses sistemas sociais, grupo-sistema e sistema-meio se comunicam, ora desequilibrando, ora equilibrando o sistema prisional, em processos alternados e concomitantes.

A cooperação entre os indivíduos dos grupos da segurança e dos presos organizados objetiva trazer equilíbrio intra e intersistêmico, de forma a diminuir os conflitos no sistema penitenciário e, mais especificamente, no PCPA, ou seja, buscando sua estabilidade interna, entre seus elementos, e externa, com outros sistemas-grupos.

Para compreendermos esse processo interno e externo grupal, conta-se com as ideias de Ayestarán,[64] o qual refere que os grupos, como sistemas, se caracterizam pela sua permeabilidade, atuando de forma aberta e fechada. Quando aberto, o sistema mantém trocas com o meio, inclusive com outros sistemas. Quando fechados, se organizam de forma a fazer sentido para si mesmos,

63. MATURANA, Humberto. *De máquinas e seres vivos* cit., p. 102.

64. AYESTARÁN, Sabino. *El grupo como Contrucción Social*. Rubi: Plural, 1996.

construindo assim sua própria complexidade. No caso do presídio, as relações entre os grupos em questão demonstram essa qualidade de abertura e clausura sistêmica, possibilitando a comunicação entre os grupos para definir as características do sistema maior, que é o próprio presídio, em uma perspectiva de equilíbrio desse sistema-meio. O fim dos motins e a autopreservação do sistema-grupo significa a preservação do sistema-instituição. Nesse caso, a auto-organização se caracteriza pela aproximação de dois sistemas-grupos em recorrentes interações com o objetivo de autopreservação.

Maturana[65] dá o nome de *autopoiese* a essa qualidade de um sistema ou organismo, e explica que é a capacidade autônoma do organismo de se produzir, conduzindo sua própria preservação. Ao estender tal conceito aos sistemas humanos, esse autor afirma que o sistema social autopoiético, mesmo que nele seja possível reconhecer conflitos, ocorre na recorrência de interações cooperativas, na qual os seres vivos se realizam como seres vivos. Os grupos sociais, nesse processo, se relacionam em cooperação, buscando a conservação e estabilidade do sistema no qual estão inseridos. No centro do processo autopoiético social estão a abertura, a flexibilidade e o diálogo, no qual acontece o que Maturana[66] chamou de "linguajar", ou seja, a expressão dos indivíduos no fluxo de informações que geram a construção das redes que constituem o fundamento social. As relações e seus significados garantem o caráter autopoiético e autorregenerador dos sistemas sociais. Morin[67] refere que a *autopoiese* aplicada em um sistema social se caracteriza pela reorganização incessante desse sistema por meio de desordens, antagonismos, conflitos, os quais comprometem a organização e ao mesmo tempo é o que possibilita a sobrevivência ao sistema.

Na relação entre os humanos em um sistema social fica clara a proposta do pensamento sistêmico complexo em ultrapassar as dicotomias criadas pelo cartesianismo entre o todo e as partes.[68] Segundo Alves e Seminotti,[69] um olhar complexo não pode ver o indivíduo e o grupo ou as partes e o todo isoladamente. Trata-se de uma relação de interdependência que os considera em uma mesma ordem de importância. Nesse sentido, Morin estabeleceu como prin-

---

65. MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade* cit.
66. _____. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001. p. 178.
67. MORIN, Edgar. *A religação dos saberes: o desafio do Século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
68. MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade* cit.
69. ALVES, Miriam C.; SEMINOTTI, Nedio. O pequeno grupo e o paradigma da complexidade em Edgar Morin. *Psicologia USP* 17/113-133. n. 2.

cípio da complexidade o *hologramático* que sustenta que a parte está no todo, mas que o todo se inscreve, também, na parte.

Aplicando esses princípios para a questão da prisão, há condições de compreendê-la enquanto um sistema-instituição-prisão e de dar a devida importância aos sistemas-grupos que compõem esse sistema maior e, em consequência, aos sujeitos que integram esses grupos, qualificando-os como unidades e também como sistemas. Para Morin,[70] o princípio *hologramático*, unido ao *recursivo*, sintetizam esse modo de compreender um fenômeno que envolve o sistema todo e as partes, reconhecendo que cada uma dessas instâncias é produtora e causa da outra, que por sua vez é produtora de si mesma. O terceiro princípio, proposto por Morin[71] e que é fundamental no pensamento complexo, é o princípio *dialógico*, o qual propõe se unir e complementar os dois primeiros, por permitir "um pensamento capaz de unir conceitos que tradicionalmente se opõem, considerados racionalmente antagônicos, e que até então se encontravam em compartimentos fechados",[72] ou seja, promovendo o diálogo entre os paradoxos indivíduo e grupo, grupo e instituição ou parte e todo.

Sintetizando tal questão, Alves e Seminotti[73] afirmam: "o grupo que produz sujeitos, que, por sua vez, produzem o grupo". Enfim, "isso significa que se abandone um tipo de explicação linear por um termo de explicação em movimento circular, no qual vamos das partes para o todo, do todo para as partes".[74]

São esses princípios do pensamento complexo, que chamam a atenção para a necessidade de ligar, unir o conhecimento das partes-elementos ao conhecimento dos conjuntos ou sistemas compostos por essas partes.[75] As partes, enquanto sujeitos-indivíduos, são as impulsionadoras das inter-relações. As diversidades e singularidades geram o grupo e a própria organização, sendo ele produto e produtor do sistema.[76]

---

70. MORIN, Edgar. *Método 5: a humanidade da humanidade – A identidade humana*. Porto Alegre: Sulina, 2002.
71. _____. Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura. In: SILVA, Juremir M.; MARTINS, Francisco M. (orgs.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.
72. Idem, p. 114.
73. ALVES, Miriam C.; SEMINOTTI, Nedio, op. cit., p. 128.
74. MORIN, Edgar. *Ciência com consciência* cit., p. 182.
75. Idem.
76. ALVES, Miriam C.; SEMINOTTI, Nedio, op. cit., p. 128.

Na dimensão de um enfoque individual do sujeito-indivíduo-sistema como produtor e produto do sistema, esse é concebido com autonomia e dependência. *Autonomia*, enquanto agente que trabalha para construir e reconstruir seu modo de vida e operar com informações obtidas na relação com outros sistemas e se autopreservar. E *dependência*, na medida em que depende da energia e da informação de outros sistemas e meio.[77] Essas duas instâncias são constitutivas da subjetividade do indivíduo pelo caráter de possibilitar integrar a um só tempo o individual e o coletivo. Isto é, incluir um nós em meu eu e meu eu em um nós e, assim, introduzir em minha subjetividade os que pertencem ao meu círculo de relações.[78]

Assim, busca-se considerar a importância dos processos subjetivos que Alves e Seminotti, por um olhar sistêmico complexo, concebem o pequeno grupo como algo produzido em rede e na inter-relação dos indivíduos dentro de grupos sociais, culturais e de espécies biológicas.[79]

A noção de subjetividade, enquanto ideias, afetos e significados individuais que se constrói a partir das vivências sociais e da constituição biológica,[80] no pensamento sistêmico complexo é expandida pelo termo intersubjetividade. Esse termo re-significa o individual, elevando a coletividade e suas relações ao *status* de determinante do indivíduo e, da mesma forma, dialogicamente, reconhece a singularidade de cada ator envolvido no processo grupal com sua história e como protagonista da "realidade" em que está inserido, reafirmando à já referida qualidade de produto e produtor do social.

No que tange os aspectos de intersubjetividade, Morin[81] refere que o ser humano se produz na convivência, sendo essa uma necessidade genuína humana; quer dizer, o social é constitutivo do sujeito, mesmo que dentro dele exista a dicotomia entre o medo de se relacionar e a necessidade e o prazer de se comunicar com o outro. Se as pessoas que vivem e trabalham no presídio, em sua organização, forem entendidas como um sistema social, serão reconhecidas nas relações e na linguagem que elas estabelecem, como o que Maturana chamou de "coordenações consensuais",[82] as quais são comportamentos comunicativos

---

77. MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*... cit.
78. _____. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2006.
79. ALVES, Miriam C.; SEMINOTTI, Nedio, op. cit., p. 113-133.
80. BOCK, A. M. B.; FURTADO, O.; TEIXEIRA, M. L. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia*. São Paulo: Saraiva, 1999.
81. MORIN, Edgar. *Método 5*... cit.
82. MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana* cit., p. 178.

através de símbolos, gestos, palavras, sons, que fazem sentido aos indivíduos envolvidos nessas comunicações e que produzem e dão identidade ao sistema ao qual esses indivíduos pertencem.

A partir desses conceitos, se objetiva dar ênfase ao preso e ao agente de segurança como indivíduos e, além disso, reconhecer a importância dos movimentos individuais de aproximação, comunicação e objetivos comuns na administração de conflitos no presídio.

São essas aproximações, ações solidárias, cooperativas, ou mesmo de rivalidade e poder, de caráter individual, que se revelam os objetivos grupais. Maturana[83] refere que as relações de acoplamento de terceira ordem, aqui entendidas como as interações entre humanos, são comunicações, trocas de informação, que vão, ao longo do processo, gerando o sistema social, o qual, por sua vez, gera os indivíduos. Nas palavras de Morin, isso seria o já referido "processo recursivo da complexidade".[84]

Alinhado a esse pensamento, Capra[85] aponta que os atos comunicativos, que ocorrem entre humanos, dão origem a mais atos comunicativos e formam a rede social autopoiética, e é nessa ação que eles se autoproduzem. Mameluque, referindo-se ao sistema penitenciário, declara que cada indivíduo tem significativas capacidades de transformar seu ambiente pela linguagem e pelo trabalho e por agir por si mesmo, decidir.[86] Nessa linha de raciocínio se encontra Castoriadis, para o qual "a natureza e a essência do homem é precisamente essa capacidade, essa possibilidade em um sentido ativo, positivo não predeterminado de ter formas distintas de existência social e individual".[87]

A capacidade do indivíduo de transformar, interagir, se relacionar e se autoproduzir enquanto ser humano, como viemos apontando, se processa com a motivação de preservação. São observáveis as relações que ocorrem em nível cooperativo, mesmo entre os sujeitos que apresentam diferenças no âmbito das competências e de poder outorgados pela instituição, como seguranças e presos em uma prisão. Nesse sentido, Maturana[88] afirma que num sistema social as interações são baseadas na solidariedade.

---

83. _____. *De máquinas e seres vivos* cit.
84. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo* cit., p. 74.
85. CAPRA, Frijof. *A teia da vida*. São Paulo: Cutrix, 2002.
86. MAMELUQUE, M. da G. C. A subjetividade do encarcerado, um desafio para a psicologia. *Revista Psicologia: Ciência e Profissão* 4/620-631.
87. CASTORIADIS, Cornélius. *El ascenso de la insignificância*. Madrid: Rogar, 1998. p. 109.
88. MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade* cit.

Relacionados a esse assunto, autores que estudaram a prisão, como Goffman[89] e Bitencourt,[90] afirmam que, nas formas de convivência em uma instituição desse tipo, pode haver relações de afeto entre os membros da equipe diretiva e os presos e que, nesse segundo grupo, não existe somente a apologia a valores desviados, visto que são comuns sentimentos de lealdade, generosidade e confiança mútua. São sentimentos de simpatia que se estabelecem na prisão, mesmo entre grupos dos quais se espera apenas rivalidade. Portanto, são relações complexas que, em grande parte, reproduzem o que se observa em qualquer outra sociedade, ou seja, gratidão, generosidade e cooperação.

Ao dar ênfase à colaboração e à cooperação, Maturana[91] afirma que um sistema social é resultado de uma rede de interações cooperativas. Para esse autor, o social está fundado no reconhecimento do outro. Em outras palavras, o social se realiza no acoplamento entre seus membros. A cooperação é que dá sustentabilidade a uma rede e é o que delimita e caracteriza um sistema, buscando constantemente sua vitalidade, baseando-se em trocas comunicativas, auxílio mútuo e a aceitação do outro.[92]

Pode-se entender esses aspectos como estratégias de autopreservação do indivíduo contra doença mental e alívio da angústia perante uma instituição que oferece pressões e sofrimento psíquico. Nesse caso, a prisão propõe, ao indivíduo que nela habita ou trabalha, a formação de relações amistosas e de parceria, como gratificação em contrapartida ao ambiente insalubre, ao risco à integridade física, à disciplina rígida, à hierarquia acentuada e à desvalorização social.

De outra forma, se a prisão fosse um ambiente de relações exclusivamente de competição e rivalidade, estar-se-ia diante de uma organização apenas em desequilíbrio, sem a estabilidade das relações que permite, na recursão, alternar os processos e se reorganizar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões aqui realizadas evidenciam que as relações no Presídio Central de Porto Alegre e, de forma mais abrangente, no sistema penitenciário são complexas e não podem ser tratadas apenas pela simplificação, mas também

89. GOFFMAN, Erving, op. cit.

90. BITENCOURT, Cesar Roberto, op. cit.

91. MATURANA, Humberto. *Da biologia à psicologia*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

92. _____. *De máquinas e seres vivos* cit.

pela complexidade. As linhas de pensamento nessa discussão vêm de inúmeras direções, e, em alguns casos, até se chocam. Contudo, elas não se excluem, procurando respeitar a multidimensionalidade dos fenômenos complexos.

Diferentes perspectivas teóricas e conceitos podem trazer contribuições importantes na articulação de um tema, sem que ocorra uma dispersão teórica ou perda do foco. Nesse caso, as articulações de diferentes teorias indicaram que o homem preso, integrado a um grupo organizado na prisão, é um agente que exerce uma força contra pressões vindas do sistema penal, o qual tem como representantes diretos a instituição e seus agentes de segurança. E, assim, diretamente no que implica a participação do preso nas facções, chegamos às simplificações necessárias de que é um processo humano individual, biológico e social de se relacionar e, ao mesmo tempo, se defender.

Todos esses construtos serviram de base para aprofundar a discussão em torno das relações que se estabelecem entre os grupos organizados de presos e os agentes de segurança no PCPA, na perspectiva de que indivíduo, grupo e instituição sejam sistemas em comunicação, cada um na busca de sua autopreservação, mas também, com interesse na preservação do sistema mais amplo do qual fazem parte. As relações amistosas e cooperativas entre os grupos em questão são propostas auto-organizadoras, as quais buscam o equilíbrio sistêmico como autopreservação do grupo e, por conseguinte, do indivíduo.

No sistema penitenciário, os seus subsistemas-grupos e elementos-indivíduos interagem em rede, ora desorganizando-se pelas circunstâncias de um sistema em constante tensão e crise, ora se organizando pela cooperação de seus indivíduos por estados de preservação.

As relações que se estabelecem nesse ambiente, entre os grupos, possibilitam um avanço qualitativo no entendimento da questão penitenciária: primeiro, por descortinar parcerias entre grupos que, por questões de todo o tipo, tendem à rivalidade e, segundo, por mostrar uma estratégia institucional que dá manutenção aos grupos organizados no interior da prisão com o objetivo de minimizar os conflitos.

Desde essa perspectiva se propõe pensar o sistema penitenciário a partir da aproximação de concepções antagônicas. O presídio, que é palco de violência, poder perverso e preconceito, também demonstra nas relações entre seus internos presos e os trabalhadores, agentes de segurança, relações de cooperação e solidariedade. O que se compreende é que esse é um processo natural biológico, humano e complexo de se auto-organizar e se transformar para melhores condições que vislumbrem a preservação do indivíduo e do sistema.

Essas considerações, relativas aos fenômenos dos grupos-facções e suas relações com os grupos de agentes de segurança, sob o enfoque da complexidade, remetem a uma fidelidade ao pensamento complexo e impõem que se diga que o pesquisador se inclui como participante, reconhecendo que o fenômeno estudado tem uma dimensão maior do que o olhar proposto.[93] Nesse caso, o observador, enquanto tal, permanece necessariamente sempre em um domínio descritivo, vale dizer, em um domínio cognoscitivo relativo, ou seja, não é possível a descrição de uma realidade absoluta.[94] Além disso, nesse momento, no interior do PCPA e sistema penitenciário, podem estar emergindo fenômenos que provoquem transformações significativas e, assim, comecem a configurar relações de forma diferente das que se afirmou aqui. No entanto, para a complexidade, a verdade é sempre relativa, ou seja, como refere Capra[95] "na ciência lidamos com descrições limitadas e aproximadas da realidade".

O objetivo principal deste artigo foi dar visibilidade e discutir relações entre grupos, focando de maneira mais contundente as facções. O autor se colocou na posição de tradutor das peculiaridades dessas relações de cooperação, sem o intuito de julgá-las do ponto de vista ético ou de vê-las numa perspectiva de um jogo de poder. Espera-se que uma compreensão proposta pelo pensamento complexo reconheça os fenômenos de forma relativa, multidimensional e tecidos em rede e, mais, que seja um modo de desacelerar a visão parcial que promove o preconceito contra o homem preso.

Enquanto se pensa que os grupos organizados são apenas mais uma expressão da criminalidade contemporânea, neles estão implicadas as dimensões históricas, econômicas, biológicas, afetivas, institucionais e de interdependência direta com a sociedade, mais especificamente com o homem livre e comum. Nesse sentido, as facções, demonstram ser uma emergência e a expressão de um desequilíbrio em um fluxo natural do sistema prisional e, necessários para sua re-organização.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Miriam C.; SEMINOTTI, Nedio. O pequeno grupo e o paradigma da complexidade em Edgar Morin. *Psicologia USP*. vol. 17. n. 2. p. 113-133. São Paulo: USO-IP, 2006.

93. MORIN, Edgar. *Método 5*... cit.

94. MATURANA, Humbrto. *De máquinas e seres vivos* cit.

95. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de, op. cit., p. 50.

AYESTARÁN. Sabino. *El grupo como contrucción social.* Rubi: Plural, 1996.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BAULEO, A. *Ideologia, grupo y família.* Buenos Aires: Kargieman, 1975.

BERGUER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade.* Petrópolis: Vozes, 1995.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas.* São Paulo: Ed. RT, 1993.

BOCK, A. M. B.; FURTADO, O.; TEIXEIRA, M. L. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia.* São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPRA, Frijof. *Conexões ocultas.* São Paulo: Cultrix, 2002a.

_____. *A teia da vida.* São Paulo: Cutrix, 2002b.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantia: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTORIADIS, Cornélius. *El ascenso de la insignificância.* Madrid: Rogar, 1998.

COIMBRA, Cecília M. B. Os caminhos de Lapassade e da análise institucional. *Revista do Departamento de Psicologia – UFF.* vol. 7. n. 1. p. 52-80. Rio de Janeiro: UFF, 1995.

COIRO, José Rafael Rosito; CASAGRANDE, Diego. *Porto Alegre: 48 horas sob terror. Melara e a rebelião no Hospital Penitenciário.* Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1997.

DANITZ, Tiffany. The gangs behind bars (prison gangs). *Insight on the News.* vol. 14. n. 36, 28.09.1998.

DELEUZE, G. *Foucault.* São Paulo: Brasiliense, 1998.

DORNELLES, Renato Nunes. Falange gaúcha: *o Presídio Central e a história do crime organizado no RS.* Porto Alegre: RBS Publicações, 2008.

EINAT, Tomer; WALL, April. Language, Culture, and Behavior in Prision: The Israeli Case. *Asian Journal of Criminology.* vol. 1. n. 2. p. 173-189, jan. 2007.

ELMIR, Cláudio Pereira. *Anos 90.* vol. 12, n. 21-22, p. 535-553. Porto Alegre, jan.-dez. 2005.

ESPERANÇA, Clarice. Código das prisões. *Zero Hora.* Porto Alegre, 26.09.2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Petrópolis: Vozes, 2000.

GILL, A. Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social.* São Paulo: Atlas, 1999.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GUIMARÃES, Cristian F.; MENEGHEL, Nazarath; OLIVEIRA, Carmem S. Subjetividades e estratégias de resistência na prisão. *Revista Psicologia: Ciência e Profissão*. n. 4. ano 26. p. 632-645. Brasília, 2006.

GUINDANI, Miriam K. *Violência e prisão: uma viagem na busca de olhar complexo*. Tese de doutorado em Serviço Social, Faculdade de Serviço Social, PUC-RS, 2002.

LAPASSADE, G. *Grupos, organizações e instituições*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.

LAROUSSE CULTURAL. *Dicionário de Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

LOURAU, R. *A análise institucional*. Petrópolis: Vozes, 1995.

MAMELUQUE, M. da G. C. A subjetividade do encarcerado, um desafio para a psicologia. *Revista Psicologia: Ciência e Profissão*. n. 4. ano 26. p. 620-631. Brasília, 2006.

MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

_____. *Da biologia à psicologia*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

_____. *De máquinas e seres vivos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *A religação dos saberes: o desafio do Século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, 2002.

_____. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, Dora F. (org.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto alegre: Artes Médicas, 1996.

_____. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

_____. Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura. In: SILVA, Juremir M; MARTINS, Francisco M. (orgs.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto alegre: Artes Médicas, 2003.

_____. *Método 1: a natureza da natureza*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

_____. *Método 4: habitat, vida, costumes, organização*. Porto Alegre: Sulina, 1998.

_____. *Método 5: a humanidade da humanidade – A identidade humana.* Porto Alegre: Sulina, 2002.

OLDONI, Fabiano. Uma abordagem acerca das relações de poder no interior das prisões. A morte como exteriorização maior deste poder. *Jus Navigandi*. n. 59. ano 6. Teresina, out. 2002. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3250]. Acesso em: 20.04.2008.

PICHON-RIVIÉRE, Enrique. *O processo grupal*. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

ROLIM, Marcos. O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadine: garantias e regras mínimas para a vida prisional. *Separatas de discursos pareceres e projetos*. Brasília: Controle Documentação e Informação, 1999.

ROMERO, Sonia. Conceituação e técnicas de aplicação dos grupos focais. In: SCARPARO, Helena (org.). *Psicologia e pesquisa: perspectivas metodológicas*. Porto Alegre: Sulina, 2000.

SÁ, Alvino Augusto. Transdisciplinaridade e responsabilidade da academia na questão penitenciária. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. vol. 2. n. 1. p. 15-32. Pelotas, jan.-dez. 2003.

SALLIN, Vinícius. Motivos preponderantes do alto índice de fugas do regime semiaberto. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. vol. 2. n. 1. p. 87-96. Pelotas, jan.-dez. 2003.

_____; SEMINOTTI, Nédio. Facções na prisão sob o olhar da complexidade. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. vol. 4, n. 1, p. 89-103. Pelotas, jan.-dez. 2005.

STEINBERG, Jonny. *The Number*. Cape Town: Jonathan Ball Publishers, 2004. Disponível em: [www.nyamnjoh.com/2006/04/book_review_the.html].

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. Complexidade e pesquisa interdisciplinar: epistemologia e metodologia operativa. Petrópolis: Vozes, 2002.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *O pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 2003.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZIMERMAN, D. E.; OSORIO, L. *Como trabalhamos com Grupos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil, de Fernando Salla – *RBCCrim* 71/364;
- A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional, de Camila Caldeira Nunes Dias – *RBCCrim* 86/393;
- Sobre a pena de prisão, de Dani Rudnicki – *RT* 727/345; e
- A sujeição pela disciplina: religião e castigo na prisão, de Camila Caldeira Nunes Dias – *RBCCrim* 73/268.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 813/584 e *RT* 897/658.

Veja também Legislação

- Prevenção e repressão ao crime organizado: Lei 9.034/1995.