52348

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 87 • nov.-dez. / 2010

Revista
BRASILEIRA de
Ciências Criminais
Ano 18 • n. 87 • nov.-dez. / 2010

Presidência **Sérgio Mazina Martins**
Coordenação **Ana Elisa Liberatore S. Bechara**

Diretoria da Revista

COORDENAÇÃO – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado 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, 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, Flávia Rahal, Karyna Sposato, 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, Ivete 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 María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-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, 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 18 • n. 87 • nov.-dez. / 2010

Coordenação
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

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

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Revista
Brasileira de
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 87 • nov.-dez. / 2010

Presidência
Sérgio Mazina Martins
Coordenação
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

© edição e distribuição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

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.

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 reproção total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Gráfica e Editora Ripress Ltda. CNPJ 00.480.416/0001-54

Impresso no Brasil: [11-2010]
Profissional
Fechamento desta edição: [08.11.2010]

EDITORA AFILIADA

Sumário

I. Direito Penal

1. Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal
   Bruno Moura 7

2. Supressão de parcela da prescrição retroativa: inconstitucionalidade manifesta
   Cezar Roberto Bitencourt 38

3. La "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español
   Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Eduardo A. Fabián Caparrós 57

4. 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
   Luís Greco 84

5. Uma teoria social do bem jurídico
   Roland Hefendehl 103

6. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação
   Ulysses Gomes Bezerra 121

7. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria
   Urs Kindhäuser 150

II. Processo Penal

1. Nulidade na oitiva de testemunhas por uma interpretação conforme do art. 212 do CPP
Felipe Daniel Amorim Machado 165

2. "Agente infiltrado" – estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal
Renato Stanziola Vieira 188

III. Crime e Sociedade

1. Democracia na gestão da segurança pública
Antonio Henrique Graciano Suxberger 233

2. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo
André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth 277

3. Direito penal secundário, inflação legislativa e *white-collar crimes*
Guilherme Gouvêa de Figueiredo 298

4. Merton com energia, Katz com estrutura: a sociologia do revanchismo e a criminologia da transgressão
Jock Young 344

5. Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero
Maria Palma Wolff e Márcia Elayne Berbich de Moraes 375

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 397
Temas 399

IBCCRIM – Diretoria da Gestão 2009-2010 403

Normas de Publicação para Autores 405



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2009/2010

Diretoria Executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1.º Secretária
Juliana Garcia Belloque

2.º Secretário
Cristiano Avila Maronna

1.º Tesoureiro
Édson Luís Baldan

2.º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

Carina Quito
Carlos Alberto Pires Mendes
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Sérgio Salomão Shecaira
Theodomiro Dias Neto

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

História
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

16.º Seminário Internacional
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

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
André Pires de Andrade Kehdi

Cursos
André Adriano Nascimento Silva

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Luciano Anderson de Souza

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Teles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadorias Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

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

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

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

52350

I Direito Penal

1
Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal

Bruno Moura

Mestrando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. Advogado.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo analisa as razões materiais e normológicas da distinção entre injusto e culpa no direito penal desde a perspectiva da diferenciação entre a questão da ilicitude e a questão da imputação. A primeira distinção será defendida contra os ataques da teoria da imputação elaborada por Jakobs e Lesch e da teoria da infração desenvolvida por Freund.

Palavras-chave: Direito penal – Injusto – Culpa – Delimitação.

Abstract: The article analyzes the substantial and normologic reasons for the distinction between unfair and guilt in Criminal Law from the perspective of the differentiation between the question of wrongdoing and the question of attribution. The first distinction will be defended against the attacks from the theory of imputation designed by *Jakobs* and *Lesch* and the theory of the infraction developed by *Freund*.

Keywords: Criminal Law – Unfair – Guilt – Delimitation.

Sumário: 1. Introdução – 2. A distinção – 3. A agressão: 3.1 A teoria da imputação de Jakobs e Lesch; 3.2 A teoria da infração de Freund – 4. A defesa – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas e abreviaturas

1. Introdução

À medida que multiplica e rarefaz seus traços, a sociedade contemporânea também apaga certas linhas demarcatórias do tradicional modo de inteligir o real. Os limites se diluem. A fronteira entre o interno e o externo torna-se obscura e se extingue num *continuum* de volatilidade.[1] Este esfumaçar alcança com especial vigor as dimensões positiva e dogmática do direito penal.[2] Inclusive o alicerce da construção analítica da teoria do delito: a distinção entre injusto e culpa.[3]

Em 1991, durante o simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em homenagem a Claus Roxin, Schünemann[4] e Cortes Rosa[5] destacaram a importância funcional daquela distinção e a necessidade de defendê-la frente aos perigos de relativização. Naquela altura a maior ameaça advinha da teoria das *autênticas causas de exclusão do injusto penal*.[6]

A agressão atual é bem mais grave e emana de duas fontes não tematizadas naquele contexto: a teoria da imputação de Jakobs e Lesch

1. Sobre a imagem da linha enquanto *topos* argumentativo: Faria Costa, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 26 e ss.
2. Um exemplo em: Moura, Bruno; Machado, Fábio; Miranda, Wesley. A (re)normativização do direito penal frente aos direitos difusos. *RBCCrim*, n. 70, São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 71-90.
3. Faria Costa, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 193.
4. Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld. *Coimbra-Symposium*, p. 149 e ss.
5. Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem. *Coimbra-Symposium*, p. 183 e ss.
6. Günther, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlu* . Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 301 e ss., p. 393-396. Para o autor, algumas tradicionais causas de justificação (v.g., o consentimento presumido, o direito de correção dos pais e as indicações legais do aborto) e de exculpação (v.g., o estado de necessidade exculpante e o excesso na legítima defesa) reduzem o grau de injusto para um nível inferior ao limiar de merecimento de pena (*Strafwürdigkeitsschwelle*) e excluem apenas a antijuridicidade penal do fato, deixando intacta sua antijuridicidade geral. Por isto são *echte Strafunrechtsausschlie ungsgünde*. As causas que afastam a antijuridicidade geral (v.g., o estado de necessidade justificante e a legítima defesa) são *unechte Strafunrechtsausschlie ungsgründe*.

e a teoria da infração de Freund. Nos seus estreitos limites, o estudo pretende identificar as linhas básicas destas orientações (*item 3*) e avaliar sua plausibilidade (*item 4*). Neste quadro conflitual, permitir-nos-emos atuar em "legítima defesa" daquele dualismo nos planos material e normológico. Uma defesa cauta, sem excessos de qualquer tipo.[7] Não da função, mas do *ser* da distinção.[8]

2. A DISTINÇÃO

Durante mais de dois séculos, o conceito de *imputatio* (Zurechnung) desenvolvido por Pufendorf no contexto da *Jurisprudentia Universalis*[9] foi considerado "o ponto central das funções do juiz penal".[10] A teoria do delito era uma *Imputatio* – ou Zurechnungslehre.[11] É neste contexto – especialmente no século XVIII – que surgem as primeiras manifestações da diferenciação entre as regras pelas quais um fato *prima*

7. A metáfora não é casual. O tratamento do excesso na legítima defesa se situa na fronteira entre o ilícito e a culpa. Sobre isto: HEUCHEMER, Michael; HARTMANN, Benjamin. Grundprobleme des Notwehrexzesses – § 33 StGB: eine Vorschrift im Schnittfeld von Schuld- und Notwehrlehre. *JA* 31, 1999, p. 165 e ss., onde destacam que a expressão "não será punido" (§ 33 do *StGB*) revela a abstenção do legislador quanto à posição sistemática do instituto. Este caráter-limite também se mostra na tese que assenta a impunidade do excesso na dupla redução da culpa (*Theorie der doppelten Schuldminderung*). Informativo e crítico: MOTSCH, Thomas. *Der straflose Notwehrexzess*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 56-60. Também não por acaso, Günther considera o dispositivo uma autêntica causa de exclusão do injusto penal.

8. Tomando emprestadas as palavras de FARIA COSTA. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 112: "O que procuramos é, em termos simples, a razão de ser e não a razão de funcionar".

9. Informativo: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 55 e ss., onde transcreve (p. 55) a lição de Pufendorf em 1660: "Uma *actio* que pode se guiar por uma norma moral e cujo acontecer ou não acontecer está ao alcance da pessoa pode ser imputada a esta pessoa".

10. MERKEL, Adolf. *PG*. Trad. Pedro Montero. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 67.

11. WELZEL, Hans. Die Deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre. *JuS* 6, 1966, p. 422 e 424.

facie antijurídico aparece como *justificado* e aquelas pelas quais um fato definitivamente antijurídico é *exculpado*.[12]

Esta distinção começa a se consolidar apenas na virada entre os séculos XIX e XX, momento a partir do qual aquele *Kernpunkt* passa a residir no conceito de ação humana (*menschlichen Handlung*), compreendida como substrato naturalístico a ser adjetivado pelos atributos jurídico-penalmente relevantes:[13] o delito se torna uma ação típica, antijurídica e culposa[14] e da reunião – lógica ou material[15] – entre tipicidade e antijuridicidade resulta o supraconceito de injusto (Unrecht),[16] que ao lado do conceito de culpa (Schuld), passa a compor aquele *fundamentalen Dualismus* que Küper considera pertencer às *Trivialitäten der Deliktssystematik*.[17] Não por acaso, há mais de quatro décadas Welzel afirmou ver nesta distinção "o mais importante progresso científico das últimas duas ou três gerações",[18] juízo confirmado por Roxin, para quem "a distinção entre injusto e culpa vale devidamente como uma das mais importantes perspectivas materiais que nossa ciência jurídico-penal

12. Embora com uma terminologia embrionária e confusa. Sobre isto: HRUSCHKA, Joachim. Op. cit., p. 27, 28 e 89-99, com referência a Grotius, Kant, Gentz e Daries.
13. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 422 e 424.
14. Informativo: JESCHECK, Hans-Heinrich. Neue Deutsche Verbrechenslehre und ihre praktische Bedeutung. *Correia-LH*, p. 258-260.
15. Sobre a discussão quanto à relação entre tipicidade e antijuridicidade: KINDHÄUSER, Urs. *AT*, p. 56-58.
16. *Rechtswidrigkeit* e *Unrecht* deixam de ser sinônimos a partir de Welzel. A "antijuridicidade" é o predicado não valorativo que expressa a contradição de um comportamento humano com mandatos ou proibições jurídicas. O "injusto", o "torto", é o objeto do juízo de antijuridicidade, i.e., a própria conduta antijurídica. Enquanto categoria agregadora de aspectos de merecimento e de necessidade de pena, o injusto é suscetível de gradações qualitativas ou quantitativas. Informativo: CORTES ROSA, Manuel. *Direito penal. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996, p. 183.
17. Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. *JuS* 27, 1987, p. 81.
18. Die Deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre. *JuS* 6, 1966, p. 421, onde destaca que o *StGB* entrou em vigor (1871) sem conhecê-la.

alcançou nos últimos cem anos".[19] Figueiredo Dias e Costa Andrade destacam o ilícito-típico e a culpa como as duas categorias fundamentais do delito[20] e Faria Costa enxerga na distinção a "espinha dorsal de toda a construção do crime até os nossos dias".[21]

Este *modelo de construção bipolar*[22] resulta dos esforços teórico-práticos da tradição alemã. O primeiro passo foi dado em 1867, quando Jhering desenvolveu o conceito de *antijuridicidade objetiva* (*objektiven Rechtswidrigkeit*) e rompeu com a máxima *nenhum injusto sem culpa* (*Kein Unrecht ohne Schuld*). Pouco depois, Liszt, Beling e Radbruch assumiram este ponto de partida e evidenciaram a distinção entre *Rechtswidrigkeit* e *Schuld* em função da separação entre os lados objetivo-externo-causal e o subjetivo-interno-anímico do fato. Esta distribuição foi questionada pelo sistema neo-clássico de delito através da descoberta dos elementos subjetivos do injusto e dos elementos objetivos da culpa e da formulação da *normative Schuldlehre*. O finalismo deu continuidade à subjetivização do injusto, destacando a ação humana como unidade subjetivo-objetiva, transferindo o dolo para o tipo legal de crime e concebendo a culpa como puro juízo de censurabilidade do autor pela defeituosa formação da vontade, fundada no poder agir de outra maneira (*Andershandelnkönnen*). O injusto se torna o objeto de valoração do juízo de culpa.[23] O funcionalismo manteve no essencial esta estrutura, enriquecendo o injusto através do resgate da teoria da imputação objetiva e amarrando a culpa às necessidades preventivas de pena.[24]

19. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. *Henkel-FS*, p. 171.
20. *Direito penal. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996, p. 259 e ss. Ainda: Figueiredo Dias, Jorge de. *PG*, p. 262 e ss.
21. *O perigo em direito penal*... cit., p. 441.
22. Figueiredo Dias, Jorge de. Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. *Jornadas de direito criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 47.
23. Informativos: Welzel, Hans. Op. cit., p. 421-425; Lesch, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1999, p. 1-16.
24. Informativo: Greco, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *RBCCrim* 32, 2000, p. 131-154. A introdução da categoria *responsabilidade* por Roxin não significou a relativização da distinção entre o ilícito e o

O sucesso desse *modus operandi* reside na crença de que o desmembramento da teoria do delito em diversos níveis de valoração (*Wertungsstufen*) escalonados um sobre o outro (*aufeinander*) oferece um alto grau de racionalidade, igualdade e segurança na aplicação do direito penal.[25]

3. A AGRESSÃO

Deixando de lado as múltiplas – e suficientemente discutidas – resistências teóricas e práticas experimentadas pela distinção,[26] centraremos nossa atenção naquelas duas específicas *perturbações* que motivaram o presente estudo. São duas diversas manifestações do funcionalismo: enquanto a primeira concebe a teoria do delito como *teoria da imputação*, a segunda postula uma *teoria da infração*.[27]

terceiro nível da teoria do delito. Sobre isto: AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. *Grundfragen*, p. 97 e ss.

25. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 421; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 259; SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung... cit., p. 153 e 154, onde aponta o *Gleichheitsgrundsatz* como base do sistema.

26. Basta mencionar: a distinção francesa entre *élément légal*, *élément matériel* e *élément moral*; a tópica anglo-saxônica e a distinção entre o delito fundado no princípio *actus non facit reum, nisi mens sit rea* ("o ato não faz de ninguém culpado, a não ser que a mente seja culpada") e as *defenses*; a jurisprudência italiana e a distinção entre os lados *oggettivo* e *soggettivo* do fato; a teoria unitária do estado de necessidade, a teoria da responsabilidade pelo fato, a teoria do espaço livre do Direito e a teoria das causas de exclusão do injusto penal nos espaços alemão e espanhol. Informativos: HIRSCH, Hans Joachim. Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht. *RuE*, p. 28 e 39-42; SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung... cit., p. 149-156; ROXIN, Claus. Rechtfertigungs – und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlie ungs gründen. *JuS* 28, 1988, p. 428-431; MARINUCCI, Giorgio. Rechtfertigung und Entschuldigung im Italianischen Strafrecht. *RuE*, p. 54 e 55. O pensamento lusitano aparece como o porto mais seguro. Informativo e com referências: CORTES ROSA, Manuel. Op. cit., p. 187.

27. Sobre estas duas classes de teorias: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 18 e 33-36, onde indica os critérios gerais de classificação. As teorias da infração ou da antinormatividade são formuladas a partir da norma de conduta (dimensão prospectiva). Concebem o destinatário como *pessoa real* ou *existente* e o delito como relação individual sujeito-norma. Tendem à limitação ontológica, ao subjetivismo e ao fechamento e atribuem pouco valor aos elementos analíticos posteriores à verificação do ilícito. As teorias da

3.1 A teoria da imputação de Jakobs e Lesch

Segundo Jakobs, pena e delito são fenômenos que expressam sentido, i.e., estão relacionados no plano simbólico-comunicativo: o delito é a afirmação que questiona a vigência da norma (perturbação) e a pena é a resposta que confirma ou reafirma esta vigência (estabilização).[28]

Mas a norma objeto de tutela penal não é uma "direção de conduta" (*Leitung des Verhaltens*), mas sim a "determinação do juízo social sobre a conduta no plano da direção da comunicação" (*Leitung der Kommunication*).[29] Nestes termos, *uma norma é real quando oferece um padrão racional para a interpretação da conduta de uma pessoa.*[30] Trata-se apenas de uma *expectativa social institucionalizada* – cuja vigência é contrafaticamente assegurada através de uma sanção – destinada não ao *individuum* – *psychophysisches system* orientado pelo código prazer/desprazer –, mas à *Person* – sistema normativo orientado pelo código dever/liberdade – enquanto indivíduo que desempenha um papel (Rolle), precisamente

imputação são construídas a partir da norma de sanção (dimensão retrospectiva). Concebem o destinatário como "pessoa construída" e o delito como atribuição de responsabilidade pela perturbação social. Tendem à normativização extrema, ao objetivismo e à abertura e deslocam o centro de gravidade do delito para o momento posterior à antinormatividade. Ainda sobre a distinção, sem detalhes: HAFFKE, Bernhard. Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung. *Coimbra-Symposium*, p. 93.

28. JAKOBS, Günther. *AT*, p. 35 e ss.; idem. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung das "alteuropäischen" Strafrechts? *ZStW* 107, 1995, p. 847-849.

29. JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 52 e 53, onde aponta que "as normas não causam nenhuma conduta, senão oferecem motivos ao executor e neste sentido podem guiar condutas: a reconfortante representação de uma ordem bem estabelecida pode formar um motivo para se adaptar. Mas não é isso o que importa. Pois a norma pode ser violada, mas quando esta violação é tratada como tal, se mostra a realidade da norma: caso contrário (sem sua realidade), não seria um ato de violação".

30. Idem, p. 53 e 133.

o papel de cidadão fiel ao Direito, aquele cujo desempenho é garantido pelo direito penal.[31]

Segundo Jakobs, a fronteira entre "natureza" e "sentido" jurídico-penalmente relevante é funcionalmente determinada pelo conceito de *culpa*. Para o direito penal existe *apenas a expectativa de ausência de culpa*, i.e., de uma suficiente fidelidade ao Direito. Isto significa que a norma constrói seu próprio destinatário como sujeito capaz de culpa, i.e., dotado de competência (*Zustandigkeit*) para cumprir aquele *dever de prestação de uma suficiente fidelidade ao Direito*.[32]

Ao encarnar a *perturbação social* (*soziale Störung*) frente à qual reage o direito penal, a culpa passa a ocupar o centro da teoria do delito e se converte em pressuposto do próprio conceito de ação jurídico-penalmente relevante. Segundo Jakobs, o conceito de ação limitado à vulneração da norma de comportamento *fica no meio do caminho* – pois o injusto não produz a pena por si mesmo – e deve ser ampliado até a culpa para abarcar o *completo programa do direito penal*. A ação jurídico-penal – enquanto expressão de sentido num esquema objetivo de interpretação, i.e., como resultado de um processo de imputação, precisamente da imputação da culpa – é *converter-se a si mesmo em culpável*, i.e., a *assunção culpável da competência pela lesão à vigência da norma*.[33]

O conceito de injusto se torna[34] um mero *conceito auxiliar* (*Hilfsbegriff*), cuja missão é apenas tornar mais manejável o conceito de culpa.

31. JAKOBS, Günther: *AT*... cit., p. 7-9; *Norm, Person, Gesellschaft*... cit., p. 132-135; *ZStW*... cit., p. 847 e ss.

32. JAKOBS, Günther: *ZStW*... cit., p. 865, onde define (p. 859) a competência ou responsabilidade como "âmbito de tarefas atribuído"; *Norm, Person, Gesellschaft*... cit., p. 134, onde sublinha que a *Schuldzurechnung* "corresponde ao auto-governo esperado, onde o "eu" é constituído como pessoa fiel à norma". Ainda sobre a *Zuständigkeit* e suas duas espécies: *AT*... cit., p. VII, VIII, 7 e 8.

33. Idem. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 123 e 124; idem. *AT*... cit., p. 125 e 126.

34. Inicialmente Jakobs não marginaliza o conceito de injusto, senão apenas o integra no *tipo total de culpa* (*Gesamtschuldtatbestand*): JAKOBS, Günther. *AT*... cit., p. 416, 417, 469, 475, 493 e ss. As coisas mudam em 1992, no estudo sobre o conceito jurídico-penal de ação. Sobre este giro radical: SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. *Roxin-FS*, p. 14, 15 e 18.

Curto: *esgota-se na didática.*[35] Nesta esteira, o injusto significa apenas uma presunção (*Vermutung*) da existência da culpa enquanto *expressão de sentido defeituosa*: não confirmada esta presunção, aquilo que parece ser comunicação se revela na realidade como natureza e a expectativa normativa se transforma em expectativa cognitiva.[36] Para o direito penal, injusto sem culpa e falta de injusto são equivalentes: *a ação e a imputação da culpa – que por sua vez pressupõe a imputação do injusto – são o mesmo.*[37] Eis o retorno ao conceito hegeliano de ação: o delito é a imputação objetiva de culpa.[38]

Lesch assume estas noções jakobsianas – pena, norma, pessoa e imputação[39] – e intensifica sua vinculação ao sistema hegeliano de delito. Segundo o discípulo de Jakobs, a separação entre o *fato* – evento pertur-

35. Jakobs, Günther: *ZStW*... cit., p. 864; *Estudios*... cit., n., p. 123 e 124, onde aponta que a *versão ampliada* do conceito de ação é a única compatível com o direito penal da culpa.

36. Jakobs, Günther: *ZStW*... cit., p. 864 e 865, onde acrescenta que o tratamento do injusto não culposo "não é uma tarefa genuinamente penal" e o direito penal não pode defini-lo; *Estudios*... cit., p. 121-123, onde sublinha que o injusto não é a perturbação social a ser eliminada pelo direito penal (pois do contrário este deveria reagir frente a todo o injusto, o que não ocorre exatamente nos casos de ausência de culpa). Jakobs assinala que embora a vulneração da norma possa ocorrer sem culpa, sem esta não existe uma "lesão jurídico-penalmente relevante à vigência da norma". Detrás da norma de comportamento, cuja violação constitui a ação de injusto, existe outra norma: "não sejas culpável!". Somente aquele que viola a norma de conduta sendo culpável "vulnera *esta* norma" e é "*esta* vulneração da norma que constitui a lesão à vigência da norma".

37. Jakobs, Günther. *Estudios*... cit., p. 123 e 124. Estas ideias são sintetizadas por Jakobs no prólogo à obra.

38. Idem, p. 121, onde transcreve Hegel: "A manifestação de vontade como vontade subjetiva ou moral é ação. (...) Apenas a manifestação de vontade moral é ação"; *ZStW*... cit., p. 864 e 865.

39. Lesch, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 203-210, 276 e 277, onde sublinha (p. 202) que a função diretiva de condutas é "incompatível com a função retroativa da pena" e que o conceito funcional de injusto penal nada tem a ver compreensão do preceito penal como "norma de valoração e/ou de determinação", pois é deduzido da função de asseguramento de expectativas: "as normas se estruturam como expectativas contrafaticamente estabilizadas" e não prometem nenhuma conduta adequada à norma, senão a proteção da expectativa. O direito penal leva em conta não o "conteúdo", mas a "vigência da norma", i.e., o "dever mesmo".

bador juridicamente desaprovado – e seu *autor* – sujeito responsável –, na qual se funda originariamente a distinção entre injusto e culpa, constitui um inadmissível naturalismo.

Esta separação entre imputação objetiva e imputação subjetiva apenas teria sentido se o sujeito fosse empiricamente concebido como *Mensch – unidade zoológico-psicológica* ou *psycho-physisches System*. As coisas são diferentes quando o sujeito é definido como *Person*, i.e, como uma *construção concebida de modo especificamente normativo*: o decisivo é não o juízo psicológico sobre dados internos, mas sim a relação normativa da vontade com o fato socialmente perturbador, i.e., o descumprimento ou lesão do dever pessoal de prestar suficiente fidelidade ao Direito. Isto significa que a imputação jurídico-penal como um todo é sempre objetiva.[40]

É neste contexto que Lesch pretende uma revisão funcional do conceito de delito. O ponto de partida reside na compreensão da pena como compensação funcional da culpa (*funktionaler Schuldausgleich*), nos termos da tradição hegeliana. O injusto penal funcional não é uma contradição com o comportamento fixado como conteúdo do dever normativo, mas um ataque ao *dever em si mesmo* (*Sollen selbst*), i.e., uma contradição com a obrigatoriedade da regra simbolizada através do dever, uma demonstração da falta de consenso sobre a vigência da norma para a situação de fato. Não é a modificação empírico-real do mundo exterior, mas sim *Kommunikation, expressão de sentido de uma pessoa formalmente racional*. E o sentido expressado não pode ser verificado sem considerar esta pessoa: "o *fato* não pode ser separado do *autor* e a imputação penal não serve para fabricar uma vinculação entre fato e autor, mas sim para estipular *o que é realmente um fato*".[41]

Uma vez que a função social da pena reside na negação do fato e não na desvaloração/reprovação eticizante do autor como *perversus* ou *malignus homo*, a culpa é sempre culpa pelo *fato* (*Tatschuld*) e nunca culpa do *autor* (*Täterschuld*), constituindo uma defeituosa realização da

40. Lesch, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 3-6, 204 e 205, onde considera que a teoria do injusto pessoal não constitui um verdadeiro sistema, pois mistura duas formas de sujeito: *sistema biopsíquico* no injusto doloso e *pessoa* no injusto culposo.

41. Lesch, Heiko Hartmut. Unrecht und Schuld im Strafrecht. *JA* 34, 2002, p. 608 e 609, com destaques no original; idem, *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 203-204 e 278.

vontade, i.e., a "perturbação social em si mesma" (*soziale Störung selbst*). Nestes termos, *o injusto penal não é nenhum mero conceito auxiliar para a verificação da culpa* – diferentemente do proposto por Jakobs –, senão "é a própria culpa jurídico-penal" (*strafrechtliche Schuld selbst*), definida segundo o princípio da culpa pelo fato como "perturbação social a ser compensada pela pena".[42]

Neste espeque, a distinção entre injusto e culpa se torna um axioma obsoleto e o *conceito de culpa deve ser revisto e ampliado para alcançar a afirmação do injusto objetivo do autor e, portanto, o próprio delito.*[43] Nas incisivas palavras de Lesch: "culpa penal, injusto penal e delito podem ser reformulados adequadamente como sinônimos"[44] e "enquanto tipo de injusto, o tipo penal é idêntico ao tipo de culpa ou tipo de delito e designa a suma dos elementos do crime".[45] Retoma-se também aqui o conceito hegeliano de ação.[46]

42. Lesch, Heiko Hartmut: *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 205, 206 e 277; *JA* 34... cit., p. 609.
43. Idem, ibidem; Lesch, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 15, onde enfatiza que ao invés de manejar tal axioma, a teoria funcional pretende que "a qualidade material do fato, a pessoa do autor e a imputação sejam iluminadas pela teoria da pena num contexto sistemático".
44. Lesch, Heiko Hartmut: *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 207, 277 e 280; *JA* 34... cit., p. 609.
45. Idem, p. 280.
46. Lesch, Heiko Hartmut. *JA* 34... cit., p. 609 e 610. O conceito funcional de delito formulado por Lesch é composto por três elementos ou momentos: a *capacidade de imputação* enquanto competência do autor para expressar um sentido penalmente relevante, resultado de uma atribuição que abarca a condição de pessoa natural do sujeito, a capacidade intelectual e física para cumprir a norma e a cogniscibilidade da pretensão de vigência de norma; realização de um *risco não permitido* genuinamente penal, enquanto violação objetiva do dever independente de qualquer dado psíquico-subjetivo; o específico *tipo de injusto ou de culpa*, enquanto categoria que subordina a vontade particular expressa na infração do dever a uma forma externa definidora do risco permitido e de outros pressupostos (modos de conduta, resultado, dolo, intenções especiais, etc.). Lesch não diferencia entre causas de justificação e causas de exculpação, considerando ambas como causas de exclusão da realização do risco não permitido (*Zurechnungsausschließungsgründe*). Distingue apenas entre as causas relacionadas ao alcance da obrigatoriedade da norma (v.g., o consentimento, o estado de necessidade justificante, a legítima defesa e a colisão de deveres) e as causas fundadas na inexigibilidade (v.g., o estado de necessidade exculpante e o excesso na

3.2 *A teoria da infração de Freund*

Desde uma perspectiva metodológica algo diversa, Freund expressamente aplaude[47] a diluição promovida por Jakobs e Lesch. Sem embargo, para o professor de Marburgo, a prerrogativa na construção da teoria do delito não cabe ao conceito de ação – inclusive na formulação jakobsiana – ou de conduta humana, mas sim ao conceito de injusto, pois o decisivo não é a determinação do objeto da valoração jurídico-penal, mas sim a própria valoração jurídico-penal em questão, no sentido de que as consequências da punição de uma pessoa em particular sejam juridicamente adequadas.[48]

Segundo Freund, a missão preventiva do direito penal se densifica na proteção de duas diferentes espécies de bem jurídico: enquanto a *norma de conduta* tutela os bens jurídicos em sentido clássico – vida, liberdade, patrimônio, etc. –, a *norma de sanção* tutela o bem jurídico *vigência da norma de conduta*. Neste espeque, a função da pena é a eliminação do perigo de dano à vigência da norma criado pelo delito, i.e., o restabelecimento da paz jurídica perturbada através da adequada reação desaprovadora à infração da norma.[49]

O delito é uma *conduta pessoal defeituosa especificamente típica* e se decompõe em duas categorias fundamentais: o "injusto pessoal da conduta" (*personales Verhaltensunrecht*) reside na infração qualificada da norma de comportamento e os "outros requisitos da sanção" (*weitere*

legítima defesa). Sobre isto: Idem, *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 210-275 e 278-280, onde resume (p. 263): "a sistematização destas causas de exclusão da imputação não pode se limitar à tradicional distinção entre 'tipicidade', 'antijuridicidade' e 'culpa' (...), pois devem ser desenvolvidas em teorias individuais com bases próprias".

47. FREUND, Georg. *AT*... cit., p. 128 e 129, onde se refere ao "fracasso" e à "insustentabilidade" da separação.

48. Idem, p. 25-27, onde propõe (p. 21-28) uma específica funcionalização da teoria do injusto pessoal rumo a uma "teoria pessoal do delito" e resume no prefácio à obra: "os pressupostos de um fato punível são funcionalmente determinados tendo em vista as consequências jurídicas em questão – condenação e punição de determinada pessoa".

49. Idem, p. 1-10 e 33-35.

Sanktionserfordernisse) reúnem aqueles elementos que, ao lado do injusto pessoal, determinam a necessidade de pena.[50]

Para Freund, a norma de conduta é um imperativo de conduta e entre suas condições de legitimidade[51] está a imputabilidade do destinatário, que deve ser sempre uma "pessoa responsável", i.e., um sujeito capaz de culpa.[52] Neste sentido, o injusto pessoal da conduta abarca não apenas a conduta típica e a ausência de causas de justificação, mas também a ausência de causas de exclusão da culpa ou de exculpação. Curto: inclui o "*Schuld-Aspekte*".

A conduta típico-antijurídica é resultado de um juízo de desaprovação jurídico-penal provisório ou sob reserva (*Vorbehaltsurteil*) e constitui apenas o *específico injusto de conduta*, i.e., não constitui automaticamente um injusto pessoal. A grave reprovação particularmente associada à reação jurídico-penal exige do injusto da conduta um peso correspondente, capaz de convertê-lo em *conduta pessoal defeituosa suficientemente relevante*. Este "peso suficiente" (*hinreichendes Gewicht*) necessário para a emergência do injusto pessoal da conduta e para a justificação da punição é determinado pela *culpa*.[53]

Sem uma suficiente culpa não há nenhuma conduta pessoal defeituosa jurídico-penalmente relevante, i.e., não há nenhum injusto pessoal de conduta. As causas de exclusão da culpa – casos de ausência

50. Estes outros elementos são o resultado da conduta típica, as condições objetivas de punibilidade, a acusação formal (interesse público especial) e a ausência de prescrição: idem, p. 49-67, 458 e 459.

51. A norma de conduta exige uma dupla legitimação. A primeira mora na proteção de bens jurídicos. A segunda reside na "especial responsabilidade" (*Sonderverantwortlichkeit*) do destinatário da norma para a evitação do curso portador da ameaça de dano aos bens jurídicos, i.e., na existência de um especial motivo para a obrigatoriedade do dever de determinada pessoa. Esta responsabilidade nada mais é do que a posição de garante, que para Freund vale não apenas para os delitos omissivos impróprios, mas também para os delitos comissivos. Sobre estas "duas colunas" de fundação da norma: idem, p. 33-49.

52. Idem, p. 124.

53. Sobre tudo isto: idem, p. 123-135 e 458, onde aponta (p. 123) que o tradicional termo "*ohne Schuld*" é tão equívoco e dependente do contexto, que pode inclusive significar "conduta não injusta". Segundo Freund (p. 124 e 125), o *Schuldprinzip* veda a arbitrária censura da conduta defeituosa como falha pessoal.

de infração da norma, i.e., de falta de um injusto pessoal de conduta (inimputabilidade e erro de proibição inevitável) – e de exculpação – casos de infração da norma nos quais falta um injusto pessoal de conduta suficientemente relevante (estado de necessidade exculpante e excesso na legítima defesa) – excluem o injusto penal.[54] Neste quadro, o comportamento de um incapaz de culpa não é nenhuma infração da norma, muito menos uma conduta defeituosa jurídico-penalmente reprovável – pois não representa nenhum perigo de lesão à vigência da norma – e deve ser filtrada já no âmbito da tipicidade, de modo a evitar a indevida desvaloração do sujeito através da etiquetagem de sua conduta como *típico-antijurídica*.[55]

Em outros termos, a existência de culpa é pressuposto do injusto de conduta enquanto infração da norma e a existência de uma culpa suficientemente relevante é pressuposto do injusto penal enquanto injusto pessoal.[56] Segundo Freund, "a culpa é renunciável enquanto categoria independente", pois o aspecto decisivo – os *Schuldfaktoren* – deve ser acomodado já no âmbito do injusto jurídico-penalmente relevante. Reformulado: a imposição da pena exige um injusto pessoal de conduta suficientemente relevante e "esta suficiente relevância do injusto pessoal da conduta não é imaginável sem a culpa".[57] Está em tela uma "construção monolítica do delito" (*einstufigen Deliktsaufbau*).[58]

4. A DEFESA

Estas propostas envolvem profundas questões filosóficas, metodológicas e dogmáticas que se refletem sobre toda a teoria do delito e que merecem uma pormenorizada análise, evidentemente, inviável nos

54. As primeiras excluem a própria tipicidade da conduta e as segundas são "quase-justificações" (*Nahezu-Rechtfertigung*). Como são manejadas no âmbito do tipo ou da justificação, tais causas não carecem de um princípio geral de fundamentação: idem, p. 128-133.

55. Idem, p. 124, 125, 128, 132 e 133, onde acrescenta que, na perspectiva da exclusão da sanção penal, não importa se o sujeito atuou de modo justificado ou apenas sem culpa. Freund argumenta (p. 125) que seria igualmente ridículo censurar um doente mental que mata seu enfermeiro e um leão que mata seu tratador.

56. Idem, p. 27.

57. Idem, p. 130.

58. Idem, p. 130 e 131, onde se refere também a um "*einstufige Modell*".

estreitos limites deste trabalho. Entretanto, esta restrição *brevitatis causa* não nos impede de "arriscar" algumas breves considerações quanto ao essencial.

Nota-se que os modelos rompem com a tradicional forma piramidal de compreender o sistema de delito (*Begriffspyramide*) – construído a partir de diversas e sucessivas relações de subordinação[59] – e sustentam um arranjo sistemático monolítico construído em função da culpa ou do injusto. Em todo caso, esta fuga é metodológica e materialmente impossível.

1. A teoria da imputação de Jakobs e Lesch se assume em total desvinculação com a realidade empírica. Esta renúncia consagra um *modus operandi* puramente circular[60] e exaltado através de uma "terminologia esotérica para seus entusiastas",[61] do qual resultam conceitos completamente vazios de qualquer conteúdo descritivo e axiológico, pois deduzidos exclusivamente do sistema jurídico. Este *circulus vitiosus* converte as categorias dogmáticas em meras etiquetas arbitrariamente preenchidas por um nebuloso decisionismo.[62] Em menor medida, a teoria da infração de Freund incide nas falhas típicas do funcionalismo.[63]

As propostas ignoram a matriz ontoantropológica do direito penal, i.e., aquele primeiro e invariante momento da essência do nosso modo-de-ser comunitário. Evidentemente, o ser-pessoa não é mero sistema biopsíquico, mas também não é uma construção normativa definida em função de competências.[64] Trata-se da categoria ético-axiológica fundante

59. Não nos termos kelseneanos, mas no sentido da teoria dos conjuntos: cada nível sistemático posterior é um subconjunto do anterior. Informativo: SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung... cit., p. 153 e 154.

60. Lesch glorifica a "*Zirkularität*" do conceito funcional de injusto penal (Op. cit., n. 23, p. 278 e 279).

61. SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als... cit., p. 16.

62. Uma profunda crítica deste "*empiriefreien Normativismus*" em: idem, p. 15 e ss.

63. Uma completa análise do funcionalismo em: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O funcionalismo jurídico. *Digesta*. vol. 3, p. 199-318.

64. A matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo não é nenhuma relação de garantia, pois é manifestação densa e primeva do modo-de-ser pessoa, *i.e.*, expressão ontológica do ser-aí-diferente. Sobre isto: FARIA COSTA, José de *O perigo em direito penal*... cit., p. 443-447. Crítico ao conceito jakobsiano de *Zuständigkeit*: SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik

do sentido do Direito, densificada pelos pares autonomia-participação e solidariedade-responsabilidade.[65] O "eu" é originária e ontologicamente permeabilidade à diferença, i.e., abertura para e com o "outro". É ser-relacional, projeto irremediavelmente frágil e vulnerável que apela ao cuidado alheio. É ser-aí-diferente, simultaneamente, ser-individual e ser-social comunitário, pensado e reconhecido por si mesmo e pelo outro como unidade responsável de sentido. É "ser-aí-diferente-com-os-outros", i.e., "ser-aí-diferente" comunitariamente inserido, mergulhado em teias de recíprocas relações de "cuidado-de-perigo".[66] Sem nunca deixar de ser um "homem de carne e osso", empírico-concreto, verdadeiro homem *dolens*.[67] Nestes termos, a ação humana emerge como reformulação do ser-pessoa, i.e., também como elemento pré-jurídico e ontologicamente determinado, certamente não como categoria causal, final, psíquico ou espiritual, mas social. Curto: é *relatio* entre os homens[68].

2. O sentido primário que inunda as relações sociais – a *Sorge* comunitária – se refrata naqueles dois pilares – condensados no princípio geral da justiça material – do "Estado-de-Direito–Material" que valem como fundamentos do desvalor jurídico-penal: o *princípio da segurança de todos os cidadãos* e o *princípio da culpa*.[69]

als...cit., p. 19 e 20, onde assinala que a "competência" é uma metáfora para reformular o destinatário da norma sem definir o seu conteúdo.

65. Sobre este reconhecimento do homem como pessoa: CASTANHEIRA NEVES, Antonio: O princípio da legalidade criminal. *Digesta*. vol. 1, p. 414-416; Pessoa, direito e responsabilidade. *RPCC* 6, 1996, p. 30 e ss.

66. Sobre o cuidado (*Sorge*) como núcleo da matricial estrutura ontológico-social do ser-pessoa: FARIA COSTA, José de: *O perigo em direito penal*... cit., p. 391, 398-401, 418-427, 443, 451, 586 e 588; *Noções fundamentais*... cit., p. 223 e ss.

67. Idem, p. 69 e ss. No mesmo sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als... cit., p. 24, para quem o direito de proteção à personalidade pertence ao "homem real individual e não ao generalizado portador de papéis, pois o mal da pena não se aplica a um papel abstrato, mas a um homem real de carne e osso"; KINDHÄUSER, Ürs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Lima: Grijley, 2007, p. 77-82; CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *RPCC*... cit., n. 65, p. 30 e ss.

68. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*... cit., p. 418 e ss.

69. Idem, p. 248-252. No mesmo sentido, Schünemann aponta a danosidade social qualificada e a reprovabilidade qualificada como os dois critérios reitores do desvalor jurídico-penal (*strafrechtlichen Leit-Unwerte*) e princípios

O primeiro entrega ao Estado o cuidado da constituição da sociedade, i.e., o cuidado para com as pessoas. Trata-se da tarefa de assegurar ao "ser-aí-diferente" as condições de abertura solidária com que "eu me seguro com e pelos outros".[70] Em outros termos, entra em cena aquela danosidade social[71] qualificada (*qualifizierte Sozialschädlichkeit*)[72] que constitui o ilícito penal enquanto ruptura da originária relação onto-antropológica de cuidado, dogmaticamente decodificada em termos de ofensa a bens jurídico-penais.[73]

O segundo princípio significa que a dignidade da pessoa humana só encontra seu pleno e verdadeiro sentido quando trespassada em seu reverso pela noção de responsabilidade, que por sua vez pressupõe um "poder agir de outra maneira" fundante do defeituoso uso da liberdade individual. A responsabilidade convocada pelo cuidado é eticamente fundada: aquele que cuida é necessariamente comprometido perante o cuidar-se de si mesmo, o cuidar dos outros e o cuidar-se para com os

fundamentais da teoria geral do delito (Strafrechtsdogmatik als... cit., p. 23 e ss.; Die Funktion der Abgrenzung... cit., p. 161 e ss.). Mas enquanto o autor alemão considera estes princípios como decisões político-criminais definidoras das estruturas lógico-objetivas jurídico-penalmente relevantes que os densificam, a perspectiva aqui sustentada arranca das estruturas objetivo-materiais informadoras do matricial modo-de-ser comunitário e considera aqueles como refrações normativas que se especificam como valores inerentes ao próprio sentido do direito penal.

70. Faria Costa, José de. *O perigo em direito penal*... cit., p. 248, 249, 367, 368, 410 e ss., 460 e 465.

71. Sobre a *Sozialschädlichkeit* como imprescindível dimensão empírica do sistema jurídico-penal: Hassemer, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. Aufl. München: Beck, 1990, p. 25 e 26.

72. Schünemann, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung... cit., p. 175, 179, 181 e 182. Também no sentido de um injusto qualificado, especificamente jurídico-penal: Günther, Hans Ludwig. Op. cit., p. 393-396; Costa Andrade, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. *RPCC* 2 (1992), p. 184, 190, 196-199.

73. Um profundo estudo sobre o princípio da ofensividade como fundamento do injusto penal: D'Avila, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 39 e ss.

outros.[74] Também informada pelos critérios de merecimento e necessidade de pena, a culpa emerge como reprovabilidade qualificada (*qualifizierte Vorwerfbarkeit*) assentada na evitabilidade e na exigibilidade.[75]

3. Este étimo fundante se reflete na estrutura e no conteúdo da norma jurídico-penal, que não pode ser compreendida em termos subjetivistas e imperativistas, tampouco em termos puramente objetivos e axiologicamente neutros que degradam o ser humano à condição de mero objeto de sanção.[76] Em ambos os casos o indivíduo não é tomado a sério como pessoa. A correta compreensão das normas penais depende do reconhecimento de que o "dilema dos destinatários" (*Adressatendilemma*) não se refere apenas à oposição entre "homem concreto particular" e "homem padrão abstrato",[77] pois deve passar tanto pelo ser humano afetado – *verdadeiro constituinte do Estado* – quanto pelo intérprete/julgador.[78]

A norma jurídico-penal é uma realidade poliédrica, multifacetada: texto-norma e norma-texto;[79] norma de valoração e norma de determinação;[80] norma de conduta e norma de sanção.[81] Mas estas manifestações não bastam para apreender seu pleno e real sentido. É preciso ver mais fundo e enxergar os dois distintos universos de regras lógico-deônticas que a densificam: o sistema das *regras de comportamento* e o sistema das *regras de imputação*.

As *regras de comportamento* atuam em dimensões temporais distintas. Na dimensão *prospectiva*, são instrumentos de orientação

74. Faria Costa, José de. *O perigo em direito penal*... cit., p. 251-253. Sobre a culpa e a responsabilidade: Castanheira Neves, Antonio. *RPCC*... cit., n. 65, p. 30 e ss.

75. Schünemann, Bernd. Strafrechtsdogmatik als... cit., p. 24 e 25; idem. Die Funktion der Abgrenzung... cit., p. 160 e 161.

76. Em crítica ao imperativismo e à "expectativa de conduta institucionalizada", defendendo uma postura conciliadora: Silva Sánchez, Jesús-María. Op. cit., p. 21-31.

77. Lesch, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 234.

78. Eser, Albin. Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht. *Lenckner-FS*, p. 36 e 37.

79. Faria Costa, José de. Noções fundamentais... cit., p. 142 e ss.

80. Bockelmann, Paul; Volk, Klaus. *AT*, p. 34 e 35.

81. Haffke, Bernhard. Op. cit., p. 89 e ss., onde define o injusto e a culpa a partir da norma de sanção.

social, i.e., modelos de configuração dirigidos à generalidade das *pessoas*: pretendem influir nos processos de formação de vontade e conformar o mundo da vida. São *mandatos* ou *proibições* que indicam ao destinatário o que deve fazer ou deixar de fazer[82] ou ainda *permissões* que indicam ao destinatário o que lhe está permitido fazer ou deixar de fazer.[83] Em outros termos, apontam *ex ante facto* (pré-escrevem) ao indivíduo como proceder para se comportar conforme o Direito e informam sobre as possíveis consequências jurídicas da conduta. Na dimensão *retrospectiva*, as regras de comportamento não são proibições, mandatos ou permissões, mas sim "parâmetros de medição", enquanto *tipos de delito* – omissivos ou comissivos – ou *tipos de justificação* que carregam um juízo de valoração negativa ou positiva do qual resulta a (anti)juridicidade da conduta (*atuou antijuridicamente* ou *não atuou antijuridicamente*). Dirigem-se ao *julgador*, que avalia *ex post facto* o conteúdo de (des)valor do comportamento na medida indicada pelos tipos.[84] Ambas as dimensões atuam em conjunto.[85]

As *regras de imputação* atuam apenas na dimensão *retrospectiva* e se dirigem unicamente ao *julgador*, encarregado de valorar o fato *ex post*. Tais regras se movimentam em dois planos. A *imputação de primeiro nível* consiste em atribuir a uma pessoa a produção de um sucesso concreto como realização de uma ação relevante em circunstâncias relevantes ou a não produção de um sucesso concreto como omissão de uma ação relevante em circunstâncias relevantes – "relevante" – *relevante para um eventual juízo de antijuridicidade sobre o fato*. Esta atribuição transforma um acontecimento (*actio*) ou não acontecimento em *factum* – *factum commissionis* (*actio libera*) ou *factum omissionis* (omissão de uma *actio libera*) – no sentido originário do termo, i.e., em algo *feito* por uma pessoa no exercício de sua liberdade (*imputatio facti*). Isto ocorre apenas

82. V.g.: "não deves matar".

83. V.g.: "numa situação de legítima defesa, te está permitido matar o agressor se isto for necessário".

84. V.g.: "quem matou atuou antijuridicamente" ou "não atuou antijuridicamente quem matou o agressor para repelir uma agressão injusta, sendo a morte um meio necessário para a defesa".

85. Hruschka, Joachim. Op. cit., p. 21, 22, 28, 29 e 64. No mesmo sentido, mesmo sem diferenciar expressamente: Eser, Albin. Op. cit., p. 42, 45 e 46. Geralmente as normas de conduta são consideradas apenas na dimensão prospectiva. Por todos: Haffke, Bernhard. Op. cit., p. 92.

quando o sujeito tinha à sua disposição uma alternativa de comportamento, i.e., estava em condições de omitir o fato cometido ou executar o fato omitido. A existência desta *capacidade de ação* origina o dever de omitir a ação proibida ou de realizar a ação mandada ou ainda a faculdade de realizar a ação ou a omissão permitidas. Em suma, trata-se do juízo pelo qual alguém é declarado *autor* (*causa libera*) de um *fato*.[86]

A *imputação de segundo nível* é um juízo sobre o merecimento do fato (*iudicium de merito facti*). Mais precisamente, consiste na atribuição do *fato ilícito* ao demérito do *autor*. Depois de desvalorar o fato na medida indicada pelas regras de conduta na dimensão retrospectiva, o julgador imputante avalia se o fato antijurídico deve ou não ser atribuído à pessoa imputável que atuou com conhecimento da ilicitude e que teve um motivo para omitir a ação proibida ou executar a ação mandada e que não teve nenhum contra-motivo compreensível que pudesse impedir o dificultar sobremaneira a adoção de um comportamento lícito. A presença desta *capacidade de motivação* origina o dever de se comportar conforme o Direito. Esta imputação a título de *culpa* (*zur Schuld*) envolve o reproche da pessoa do autor em razão da conduta considerada "incorreta" e se funda numa segunda e diversa manifestação da liberdade (*imputatio juris*).[87]

O operador encarregado da concretização da regra de comportamento na dimensão prospectiva deve obedecer a uma ordem lógica de juízos: (a) o juízo de imputação de primeiro nível decide se um acontecer ou um não acontecer deve ser considerado como realização ou omissão de uma ação, i.e., como *fato classificado de tal modo*; (b) o juízo de (anti)juridicidade emitido na medida indicada pelas regras de comporta-

86. V.g.: se *A* quebra uma vidraça sem ser empurrado, o sucesso lhe será imputado como uma ação de danos. A impossibilidade física, a necessidade física (*vis absoluta*) e a falta dos conhecimentos necessários para a execução de determinada ação ou para a evitação de determinado acontecimento são causas excludentes desta imputação. Sobre tudo isto: HRUSCHKA, Joachim. Op. cit., n. 9, p. 30, 33, 34 e 64; idem. Ordentliche und au erordentliche Zurechnung bei Pufendorf. *ZStW* 96, 1984, p. 672 e 673. No mesmo sentido: KINDHÄUSER. Op. cit., n. 67, p. 19 e ss.

87. O erro de proibição e a inexigibilidade excluem a imputação. Sobre tudo isto: HRUSCHKA, Joachim: Op. cit, n. 9, p. 29, 30, 33-36 e 64; idem. Op. cit., n. 86, p. 673-674. No mesmo sentido: KINDHÄUSER, Ürs. Op. cit., n. 67, p. 19 e ss. Informativo sobre a teoria de Hruschka: LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 210.

mento na dimensão de parâmetro avalia se o fato é ajustado ou contrário à regra de conduta na dimensão prospectiva – afere a (in)existência de uma *infração* da norma enquanto violação do dever de ação ou omissão – e demarca o universo dos fatos jurídico-penalmente (ir)relevantes; (c) o juízo de imputação de segundo nível inscreve ou não o injusto penal na culpa do autor.[88]

As relações entre estes juízos articulam a teoria geral do delito: o juízo de imputação de segundo nível pressupõe e implica o juízo de antijuridicidade, que, por sua vez, pressupõe e implica o juízo de imputação de primeiro nível. Curto: a *culpa* do *autor* pressupõe sempre o *injusto* do *fato* e a existência de um fato ilícito-típico independe do juízo de culpa.[89]

Diferentemente das regras de comportamento e de imputação no primeiro nível, as regras de imputação no segundo nível são normas de tratamento (*Behandlungsnormen*), referidas ao modo com que o julgador maneja ou manuseia a infração da norma de conduta na perspectiva da imposição da sanção,[90] sobretudo à reprovabilidade individual (*individuelles Vorwerfbarkeit*) da conduta ilícita[91] enquanto não apenas limite,

88. Hruschka, Joachim. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? *JZ* 40, 1985, p. 3. Com maiores detalhes: idem, n. 9, p. 22, 23, 30, 32-35, 39, 64 e 65. Hruschka entende (p. 30, 32 e 64) que o juízo de ilicitude reside na pura "subsunção do fato à lei" (*applicatio legis ad factum*). Sem embargo, a realização do Direito é sempre um juízo analógico espiralado. Assim: Hassemer, Winfried. Op. cit., p. 273: "a aplicação jurídica é um processo *circular* entre a lei e o caso, comparável a uma *espiral*, que se eleva, se corrige e se aperfeiçoa num processo de recíproca compreensão entre norma e realidade" (destaque no original). Ainda: Castanheira Neves, Antonio. O princípio da legalidade... cit., n. 65), p. 421 e ss.; Bronze, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 875-976.

89. Hruschka, Joachim. Op. cit., n. 88, p. 3; idem. Op. cit., n. 9, p. 34, 37, 39, 64 e 65. Fundamentando a distinção entre injusto e culpa a partir da diferenciação entre regras de conduta e normas de tratamento: Eser, Albin. Op. cit., p. 38 e 43-46.

90. Eser, Albin. Op. cit., p. 37, 38, 41, 42, 45 e 46, onde destaca que estas normas vão além da imputação da culpa, pois o tratamento da infração alcança todas as regras de exclusão e medição da pena.

91. Idem, p. 37 e 38.

mas também fundamento da pena.[92] Em todo caso, se a antijuridicidade de um fato não leva forçosamente à imputação do injusto penal à culpa do autor, a diferenciação entre o ato de imputação de segundo nível e o ato de aplicação do Direito que conduz à verificação da antijuridicidade do fato tem um "peso próprio e especial" (*eigenes, besonderes Gewicht*).[93]

O conceito reduzido[94] de imputação jurídico-penal aqui defendido se opõe ao conceito inflacionário dominante – que distingue entre imputação objetiva, subjetiva, pessoal e individual[95] – e evidencia a fundamental distinção entre *objeto* – o acontecimento/não acontecimento e a danosidade social encarnada no injusto penal – e *fundamento* – a liberdade e seu uso defeituoso – da imputação:[96] o injusto é objeto da censura de culpa.[97]

Imputar é "colocar algo na conta do autor".[98] Trata-se de um específico juízo de valoração através do qual se atribuiu *algo* a uma *pessoa*[99] como derivado de sua liberdade.[100] Neste sentido, a imputação é sempre pessoal e subjetiva, pois considera as capacidades de ação e de motivação

92. Sobre isto: Faria Costa, José de. *O perigo em direito penal*... cit., p. 373-397.

93. Hruschka, Joachim. Op. cit., n. 86, p. 674.

94. Esta caracterização da concepção de Hruschka em: Lesch, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 2.

95. Imputação pessoal da conduta externa, imputação objetiva e subjetiva do comportamento ilícito, imputação objetiva do injusto de resultado e imputação individual da culpa. Por todos: Rudolphi, Hans-Joachim. Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen. *Grundfragen*, p. 75-84.

96. Sobre a importância da distinção: Kindhäuser, Ürs: Op. cit., n. 67, p. 12-21; Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung. *GA* (2007), p. 447-450, onde resume (p. 449): "a culpa não é uma propriedade a ser acrescentada de modo (apenas) aditivo ao injusto, assim como uma maça pode ser vermelha e independentemente disto suculenta, senão ela tem o injusto como objeto".

97. Idem, n. 15, p. 55.

98. Merkel, Adolf. Op. cit., p. 67.

99. Enquanto "centro ético de imputação": Figueiredo Dias, Jorge de. Op. cit., n. 20, p. 271.

100. Hruschka, Joachim. Op. cit., n. 9, p. 19-24 e 31, onde distingue entre "explicação" de um acontecimento físico e "compreensão" enquanto entender hermenêutico baseado na co-subjetividade.

de um determinado indivíduo na concreta situação de fato.[101] Certamente pode-se dizer que o delito é algo imputado a uma pessoa. Mas isto não prejudica a distinção entre *imputação* e *infração* no seio da compreensão analítica do conceito de crime.

4. Agora um retorno à perspectiva material. O direito penal não tematiza apenas as manifestações de liberdade do autor (fato e culpa). Pelo contrário, seu núcleo reside na especial danosidade social encarnada na ofensa a bens jurídico-penais. A definição dos específicos valores jurídico-criminais cuja negação constitui o fato jurídico-penalmente relevante não pertence à teoria da ação (imputação de primeiro grau), nem à teoria da culpa (imputação de segundo grau), mas à teoria do ilícito-típico, que mediatiza as refrações da primeva relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo ao nível da normatividade jurídico-penal. Através desta refração ou mediação a relação comunicacional entre homens se transforma em comunicação destruidora de uma valorada relação de cuidado-de-perigo. Este é o exato ponto de passagem da ação *wertfrei* à ação jurídico-penal relevante, no qual emerge a "ação de ilícito-típico".[102]

O injusto penal tem natureza material-objetiva e autônoma em face do juízo de culpa. Mais: independe da imputabilidade do autor. A norma de conduta compreende todos os pressupostos da lesividade social, mas

101. Neste sentido: KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., n. 67, p. 21-28. Consideramos os elementos trabalhados pela "teoria da imputação objetiva" como critérios de causalidade normativa a serem observados durante o juízo de ilicitude-tipicidade. Críticos daquela teoria e defensores de um conceito jurídico-penal de causalidade: idem, p. 87 e ss.; LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez et al. Lima: Grijley, 2003, p. 59 e ss.

102. Neste contexto, o tipo legal de crime é a *ratio relevans* da ilicitude. Sobre tudo isto, com especial destaque para o conceito de refração: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*... cit., p. 396, 397, 421-440, 454 e 464-466. No mesmo sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 254-256, 259 e ss., onde salientam a "necessidade de a teoria da ação ceder a primazia à teoria da realização típica do ilícito". Ainda sobre a prioridade do ilícito penal: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., n. 20, p. 265 e ss.

não a capacidade de cumprimento (*Normbefolgungsfähigkeit*) pelo autor individual. Exige apenas a capacidade de ação em sentido estrito.[103]

O juízo de culpa estabelece quando o autor da ruptura da relação ontoantropológica de cuidado pode ser reprochado pelo defeituoso exercício da liberdade. Trata-se sempre da *culpa do autor pelo fato*. Este é o verdadeiro sentido da culpa enquanto responsabilidade pessoal (*persönlichen Verantwortlichkeit*) pelo ilícito-típico.[104] Tudo isto significa que "antijuridicidade e culpa devem ser não apenas diferenciadas, mas também separadas".[105] Certamente o injusto penal também é pessoal,[106] mas sua pessoalidade advém da imputação de primeiro nível e não precisa ser novamente atribuída antes do juízo de imputação de segundo nível.

Embora o desvalor da ação de ilícito-típico independa do desvalor da falha pessoal do *autor* no cuidar de si e do outro, o ilícito penal e a culpa são categorias/juízos complementares igualmente relevantes no juízo global de desvalor do delito e são formalmente tematizadas pelo *Straftatbestand* agregador do *Unrecht* – e do *Schuldtatbestand*,[107] sem que isto signifique a indevida inclusão do tipo de ilícito num "tipo total de culpa".[108]

103. Do contrário, a negação da norma seria por si mesma a negação daquela capacidade, que apenas pode ser avaliada e constatada em face de uma norma cuja existência seja totalmente desvinculada do próprio poder-agir-de-outra-maneira. O direito penal só pode cumprir sua missão se o valor dos bens protegidos e a exigência de proteção forem simbolicamente comunicados independentemente da possibilidade de observância pelo autor individual. Sobre isto: SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung... cit., p. 166 e ss. No mesmo sentido: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*... cit., p. 409, 410 e 444; HRUSCHKA, Joachim. Op. cit.. n. 9, p. 30 e 32; KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., n. 67, p. 12 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 17 e 32; ESER, Albin. Op. cit., p. 50; BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. Op. cit., p. 33 e 34.

104. MARINUCCI, Giorgio. Op. cit., p. 61 e ss.

105. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. Op. cit., p. 33.

106. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., n. 20, p. 271: "todo ilícito penal é ilícito pessoal".

107. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *AT*... cit., p. 5 e 6. Sobre a distinção entre tipo-de-ilícito e tipo-de-culpa: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., n. 20, p. 263-278.

108. Cfr. nota 34.

5. Estas considerações se refletem nas diferenças entre as causas de justificação (*Rechtfertigungsgründe*) e exculpação (*Entschuldigungsgründe*). Enquanto as primeiras se baseiam na prevalência do interesse juridicamente preponderante, as segundas se fundam na inexigibilidade.[109] Enquanto as primeiras podem ser deduzidas do ordenamento jurídico como um todo, as segundas são exclusivamente jurídico-penais.[110] Não por acaso, existe uma inegável diferença material entre a conduta que escapa da pena por ser socialmente tolerada e aquela objeto de uma excepcional indulgência do legislador.[111]

6. Mas esta distinção material e lógico-deontológica entre ilícito penal e culpa não é apenas uma formulação teórica, pois dela derivam diversas e importantes consequências práticas, inclusive reconhecidas pelo legislador. Estes efeitos se espraiam por vários setores da teoria do delito.

Em primeiro lugar, a culpa do agressor é irrelevante para o regime legal da legítima defesa (art. 25 do CP), que pressupõe apenas a antijuridicidade do ataque a ser repelido: as causas de justificação excluem e as causas de exculpação admitem – respeitados os limites ético-sociais – aquela prerrogativa do atacado.[112]

Em segundo termo, o princípio da acessoriedade limitada (art. 29 do CP) afasta a punibilidade da participação em um fato principal lícito. Isto porque quando uma conduta é juridicamente permitida, toda contribuição à sua realização deve receber a mesma valoração. Diferentemente, a participação em um injusto não culposo é punível, salvo se concorrer

109. Figueiredo Dias, Jorge de. Op. cit., n. 20, p. 390, 391 e 608-611; Roxin, Claus. Op. cit., n. 26, p. 426 e 427, onde funda as exculpantes na ausência de necessidade preventiva de pena.

110. Marinucci, Giorgio. Op. cit., p. 66.

111. Roxin, Claus. Op. cit., n. 26, p. 427 e 428.

112. Figueiredo Dias, Jorge de. Op. cit., n. 20, p. 417, 424 e 425; Hirsch, Hans Joachim. Op. cit., p. 29 e 30. Jakobs (*AT*... cit., p. 338 e 339) e Freund (Op. cit., p. 108) exigem uma agressão culposa, enquanto Lesch (*Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 273 e 280) entende que o conceito de "agressão antijurídica" deve ser desenvolvido pela teoria da legítima defesa. Ocorre que o legislador não pretende privar a vítima do exculpado do direito de legítima defesa e este direito não está a serviço da punição do agressor, senão apenas define quem atua de forma lícita e quem atua de forma ilícita num contexto de agressão. Sobre isto: Roxin, Claus. Op. cit., n. 26, p. 428.

na pessoa do partícipe a mesma causa que exclui a culpa do autor ou outros fatores de exclusão da pena.[113]

Ademais, a diferenciação é condição de existência do modelo de dupla via (*zweispuriges System*) de sanções penais consagrado pelas legislações modernas: enquanto a pena depende da culpa do agente e nela encontra sua limitação, a medida de segurança se contenta com a existência de um ilícito-típico (arts. 96 a 98 do CP) e é limitada pelo principio da proporcionalidade.[114]

Por último, a distinção é relevante para a compreensão do regime do erro: enquanto o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação é tratado como erro de tipo excludente do dolo (art. 20, § 1.°, do CP), o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exculpação é em princípio irrelevante.[115]

113. Figueiredo Dias, Jorge de. Op. cit, n. 20, p. 828-831; Roxin, Claus. Op. cit., n. 26, p. 427. Jakobs (*ZStW*... cit., p. 863) exige uma acessoriedade rigorosa (fato principal culposo), Freund (Op. cit., p. 272 e 273) entende que um fato antijurídico existe apenas quando a punição do autor falha por incapacidade de culpa e Lesch (Op. cit., n. 23,, p. 273 e 280) considera que o conceito de "fato antijurídico" deve ser desenvolvido pela teoria da participação. Cabe enfatizar que a decisão do ordenamento sobre a situação de colisão de interesses é uma tomada de postura baseada em critérios objetivos vigentes na vida social e que projetam efeitos que ultrapassam a pessoa individual. Sobre isto: Hirsch, Hans Joachim. Op. cit., p. 30.

114. Schmidhäuser, Eberhard. Der Begriff der Strafe in der deutschen strafrechtswissenschaft der Gegenwart. *Correia-LH*, p. 524, 525 e 536. Ainda: Figueiredo Dias, Jorge de. Op. cit., n. 20, p. 100 e ss.; Roxin, Claus. Op. cit.,n. 26, p. 427. Freund (Op. cit., p. 124) reconhece este valor da distinção. Para Lesch (Op. cit., n. 23, p. 225, 226 e 273), a medida de segurança (prospectiva) é um instrumento de direito policial totalmente desvinculado da pena (retrospectiva). A relação entre pena e medida de segurança é particularmente controvertida no pensamento de Jakobs, que no âmbito do "direito penal do inimigo" transforma a pena numa medida de segurança que pressupõe um crime.

115. Excepcionalmente, o § 35, II, do *StGB* exclui a culpa nos casos de erro invencível quanto aos pressupostos fáticos do estado de necessidade exculpante. Sobre tudo isto: Roxin, Claus. Op. cit., n. 26, p. 429; Hirsch. Hans. Joachim. Op. cit., p. 30.

5. Conclusão

O exposto acima evidencia que é difícil encontrar um critério de escalonamento inequívoco entre ilícito penal e culpa quando ambas as categorias são igualmente funcionalizadas desde a perspectiva dos fins das penas.[116] A dificuldade se agrava quando acompanhada pela hipertrofia do conceito de imputação e pela hipotrofia da compreensão das normas penais.

O delito é dupla manifestação de liberdade passível de imputação.[117] Mas também é manifestação de uma qualificada danosidade social, tematizada como infração normativa assentada na ofensa aos específicos valores jurídico-penais. Nesta trilha, ilícito penal e culpa são categorias que se diferem tanto na dimensão material, quanto na dimensão normológica.[118] Nas palavras de Figueiredo Dias: "cada uma delas tem a sua via própria de ligação e cada uma delas, sobretudo, põe o seu próprio problema".[119]

Schünemann acusou Jakobs de confundir o conceito de ação com o conceito de delito.[120] Jakobs respondeu a esta crítica com uma pergunta: "o que interessa jurídico-penalmente a não ser o delito?".[121] Ousamos responder: interessa o injusto penal enquanto qualificada ofensa àqueles

116. Como reconhece Schünemann (Die Funktion der Abgrenzung...cit., p. 205). Torna-se difícil, mas não impossível, como evidenciam autores funcionalistas como Roxin, Schünemann, Figueiredo Dias e Costa Andrade, os quais conservam e reforçam o valor sistemático da distinção enquanto pedra de toque da teoria do delito.

117. modelo aqui apresentado se limita à imputação ordinária. Sobre a chamada *imputação extraordinária*, na qual o autor é responsável pelas causas de exclusão da imputação ordinária (vg. a imprudência no primeiro nível e o erro de proibição evitável no segundo nível): Hruschka, Joachim. Op. cit., n. 9, p. 35, 36, 55 e ss.; idem. Op. cit., n. 86, p. 661 e ss.

118. Schünemann enxerga na linguagem cotidiana um fundamento adicional da distinção (Die Funktion der Abgrenzung...cit., p. 157 e 158). Sem embargo, a ambigüidade, a vagueza, a porosidade e o caráter emotivo da linguagem ordinária a impedem de atuar como meta-linguagem da linguagem jurídico-penal. Sobre isto: Castanheira Neves, Antonio. O princípio... cit., n. 65, p. 436-448.

119. Figueiredo Dias, Jorge de. Op. cit., n. 22, p. 65.

120. Crítica repetida em: Op. cit., n. 34, p. 18.

121. *ZStW*... cit., n. 28, p. 865: "und was interessiert strafrechtlich au erhalb des Verbrechens?"

específicos valores. A *perturbação social* da qual deve cuidar o direito penal está encarnada no ilícito-típico. Este é o definidor do *jurídico-penalmente relevante*. Um exemplo sutil: para a valoração jurídico-penal não é a "mesma coisa" matar em legítima defesa e matar em excesso de defesa astênico. O que deve ser ampliado para abarcar o *completo programa do direito penal* não é o injusto penal, mas sim a discussão quanto ao *Adressatendilemma*.

6. Referências bibliográficas e abreviaturas

Amelung, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. *Grundfragen*, p. 85-102.

Bockelmann, Paul; Volk, Klaus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Neubearbeitete Aufl. München: Beck'sche Verlagsbuchhandelung, 1987.

Bronze, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 875-976.

Castanheira Neves, Antonio. O princípio da legalidade criminal. *Digesta*. vol. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 349-473.

_____. O funcionalismo jurídico. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. 3. p. 199-318.

_____. Pessoa, direito e responsabilidade. *RPCC* 6, 1996, p. 9-43.

Cortes Rosa, Manuel. Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem. *Coimbra-Symposium*, p. 183-211.

Costa Andrade, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. *RPCC* 2, 1992, p. 173-205.

D'Avila, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

Eser, Albin. Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht. *Lenckner-FS*, 1998. p. 25-54.

_____ et al (hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998.

_____; Perron, Walter (hrsg.). *Rechtfertigung und Entschuldigung. Band III*. Max-Planck-Institut für Strafrecht: Freiburg im Breisgau, 1991.

Faria Costa, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

Figueiredo Dias, Jorge de. *Direito penal. Parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

_____. Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. *Jornadas de direito criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983. p. 43-83.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Direito penal. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996.

FREUND, Georg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. 2. Aufl. Berlin-Heidelberg: Springer, 2009.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *RBCCrim*, n. 32, São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 120-163.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG, 1983.

HAFFKE, Bernhard. Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens – und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung. *Coimbra-Symposium*, p. 89-96.

HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. Aufl. München: Beck, 1990.

HEUCHEMER, Michael; HARTMANN, Benjamin. Grundprobleme des Notwehrexzesses – § 33 StGB: eine Vorschrift im Schnittfeld von Schuld – und Notwehrlehre. *JA* 31, 1999, p. 165-169.

HIRSCH, Hans Joachim. Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht. *RuE*, p. 27-54.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

_____. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? *JZ* 40, 1985, p. 1-10.

_____. Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. *ZStW* 96, 1984, p. 661-702.

JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? *ZStW* 107, 1995, p. 843-876.

_____. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos et al. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Dritte, erheblich veränderte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Aufl. Berlin-New York: De Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Neue Deutsche Verbrechenslehre und ihre pratktische Bedeutung. *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 257-279.

KINDHÄUSER, Urs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Lima: Grijley, 2007.

_____. Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung. *GA* 154/8, 2007, p. 447-468.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2008.

KÜPER, Wilfried. Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. *JuS* 27, 1987, p. 81-92.

LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez et al. Lima: Grijley, 2003.

LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1999.

_____. Unrecht und Schuld im Strafrecht. *JA* 34, 2002, p. 602-610.

MARINUCCI, Giorgio. Rechtfertigung und Entschuldigung im Italianischen Strafrecht. *RuE*, 1991, p. 55-67.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: B de F, 2006.

MOTSCH, Thomas. *Der straflose Notwehrexzess*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

MOURA, Bruno; MACHADO, Fábio; MIRANDA, Wesley. A (re)normativização do direito penal frente aos direitos difusos. *RBCCrim* 70, São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 71-90.

PERRON, Walter. Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen. *RuE*, 1991, p. 79-116.

ROXIN, Claus. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. *Henkel-FS*, 1974, p. 171-196.

_____. Rechtsfertigungs – und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen. *Jus* 28, 1988, p. 425-433.

_____ (hrsg). *Festschrift für Heinrich Henkel* Berlin: Walter de Gruyter, 1974. p. 171-196.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen. *Grundfragen*, 1984, p. 69-84.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1984.

_____. Der Begriff der Strafe in der deutschen strafrechtswissenschaft der Gegenwart. *Correia-LH*, 1984, p. 523-537.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld. *Coimbra-Symposium*, 1995, p. 149-182.

_____. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. *Roxin-FS*, 2001, p. 1-32.

_____ et al (hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York: de Gruyter, 1984.

_____ et al (hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001.

_____; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (hrsg.). *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

WELZEL, Hans. Die Deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre. *JuS* 6, 1966, p. 421-425.

AT – Strafrecht. Allgemeiner Teil.

Correia-LH – *Correia*. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

GA – *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag.

JA – *Juristische Arbeitsblätter*. Köln: Luchterhand.

JuS – *Juristische Schulung*. München-Berlin-Frankfurt: Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

JZ – *Juristen Zeitung*. Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr.

RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT.

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Ed.

StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemão).

ZStW – *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: de Gruyter.

52351

2
Supressão de parcela da prescrição retroativa: inconstitucionalidade manifesta

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha. Professor do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUC-RS. Advogado Criminal e Parecerista.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Constitucional

RESUMO: O artigo busca analisar criticamente a constitucionalidade da supressão de parcela temporal no cálculo da prescrição retroativa em matéria penal. Partindo da concepção de que o instituto da prescrição tem fundamento político, sustenta-se sua inconstitucionalidade por violar os princípios da proporcionalidade e da duração razoável do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição retroativa – Intervenção penal – Princípios constitucionais – Punibilidade.

ABSTRACT: This article critically analyses the Judicial review of the supression of temporal plot in the calculation of retroactive prescription in criminal subject. From this conception that the prescription of the institute has a political view, it sustains its unconstitutionality by violating the principles of proportionality and reasonable length of the process.

KEYWORDS: Retroactive prescription – Criminal intervention – Constitutional principles – Punishability.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares – 2. Supressão de parcela do lapso prescricional e violação do princípio da proporcionalidade – 3. Violação da garantia constitucional da duração razoável do processo.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Preliminarmente, convém destacar que o reconhecimento do direito à prescrição embasa-se em *fundamento político*, impedindo que o indivíduo permaneça indeterminadamente sob a ameaça de uma sanção estatal. Quando decorre determinado período de tempo da prática de um

crime, sem que tenha sido reprimido, o *alarma social* desaparece pouco a pouco, e acaba apagando-se de tal modo que provoca a ausência do interesse que fez valer a pretensão punitiva. Giulio Battaglini[1] afirmava, a seu tempo, que com a prescrição "cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos, a atenua ou a enfraquece". Na realidade, com o decurso do tempo e a inércia do Estado, a pena perde seu fundamento, esgotando-se os motivos do poder punitivo para desencadear a punição respectiva.

Ademais, é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um crime, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua inobservância é um ônus que não deve pesar somente contra o indivíduo processado. A *prestação jurisdicional* tardia, salvo naquelas infrações constitucionalmente consideradas imprescritíveis, não atinge o fim da jurisdição, qual seja, a realização da *Justiça*. Não há interesse social nem legitimidade política em deixar o criminoso indefinidamente sujeito a um processo, desrespeitando todos os fins pretendidos pelas teorias da pena. Com o decurso do tempo, o acusado já *expiou*, ainda que indevidamente, a *culpa* com as angústias sofridas e com os remorsos que o assaltaram (*expiação temporal*). Por outro lado, longo hiato temporal faz surgir grande dificuldade em coligir provas que possibilitem uma justa apreciação dos fatos, cuja apuração torna-se mais incerta, e a defesa do acusado mais difícil e precária.

O instituto da prescrição – admitido desde o século VIII pelo direito romano (*Lex Julia de adulteriis*)[2] – atende a inúmeros objetivos, dentre os quais, evitar a eternização da persecução penal, garantir a duração razoável do processo (arts. 5.°, LXXVIII, da CF/1988, arts. 7.°, 5, e 8.°, 1, do Pacto de San José da Costa Rica), respeitar a dignidade humana etc.

A regra geral na Constituição Federal é da *prescritibilidade* das infrações penais, excluindo expressamente apenas as hipóteses constantes dos incs. XLII e XLIV de seu art. 5.°. Em outros termos, considerou *imprescritíveis* somente o *racismo* (Lei 7.716/1989) e *os crimes decorrentes da*

1. Battaglini, Giulio. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Junior, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1973. vol. 1, p. 82.

2. Von Liszt, Franz. *Tratado de direito penal allemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Co., 1899, p. 478.

ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (Leis 7.170/1983 e 9.034/1995). Os prazos, contudo, em que esta prescrição pode configurar-se é objeto da legislação infraconstitucional, que pode legislar sobre prescrição, desde que – *além de respeitar a garantia da duração razoável do processo* – não a suprima ou não a exclua, ainda que parcialmente, tornando inócua ou contraditória sua regulamentação, como ocorre com a previsão trazida pela Lei 12.234/2010.

Embora a Lei 12.234/2010 não tenha suprimido o instituto da prescrição de nosso ordenamento jurídico, ao excluir a *prescrição retroativa* em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da *proporcionalidade* e da *duração razoável do processo*. A violação aos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os –, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que por ventura possam ser atingidos.

A Lei 12.234/2010,[3] surpreendentemente, estabelece novas regras para a *prescrição da pretensão punitiva*, particularmente em sua modalidade *retroativa*. Com alterações nos arts. 109 e 110 do CP, o novo diploma legal altera limites da *prescrição propriamente dita* e suprime parcela da *prescrição retroativa*. Ambas permitiam reconhecer a prescrição desde o

3. "Lei 12.234, de 5 de maio de 2010.
Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.
O Presidente da República:
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
Art. 1.º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.
Art. 2.º Os arts. 109 e 110 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:
'Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1.º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
(...)
VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.
(...)'
'Art. 110. (...)
§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena

seu nascedouro, isto é, inclusive entre a prática do fato e o recebimento da denúncia. A prescrição pela pena concretizada na decisão condenatória, após o trânsito em julgado para a acusação, pode ser *retroativa*, *intercorrente* ou *superveniente*. Pois a Lei 12.234/2010 passou a proibir o reconhecimento desta prescrição entre a prática do fato delituoso e o recebimento da denúncia, permitindo, desta forma, que polícia e Ministério Público possam retardar, impunemente, as investigações criminais, bem como o início da ação penal em até vinte anos. Como destaca Pierpaolo Bottini, "não se questiona aqui, no entanto, a pertinência dos prazos prescricionais, a dificuldade de investigações, e sua eventual contribuição para a impunidade. O que se discute, em verdade, é a racionalidade de estabelecer prazos prescricionais distintos para situações factualmente idênticas – o mesmo crime antes e depois do recebimento da denúncia – e de estabelecer prazos idênticos para situações factualmente distintas – crimes diferentes, praticados por agentes distintos, com culpabilidade e reprovabilidade em graus diferenciados terão o mesmo prazo prescricional regulado pelo máximo da pena em abstrato".[4] Na realidade, a não individualização dos prazos prescricionais tanto quanto a não individualização da pena configura resposta *desproporcional* ao equiparar infrações graves e leves.

Indaga-se, afinal, por que a pena concreta fixada pelo magistrado pode retroagir para o cálculo da prescrição entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, mas não entre a prática do fato e a admissão da denúncia ou queixa? Qual o fundamento lógico, jurídico ou político para essa restrição normativa? Qual seria o elemento relevante que justificaria esse tratamento diferenciado ao mesmo instituto em situações ontologicamente iguais?

Não há respostas lógicas, coerentes, jurídicas ou políticas para essas indagações, eis que o disposto nos arts. 2.º e 4.º da Lei 12.234/2010

aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2.º (Revogado).'

Art. 3.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4.º Revoga-se o § 2.º do art. 110 do Código Penal.

Brasília, 5 de maio de 2010; 189.º da Independência e 122.º da República."

4. Bottini, Pierpaolo. Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/10. *Boletim IBCCrim*, n. 211, ano 18, jun. 2010, p. 06-07.

afronta o bom senso, a equidade, a isonomia, a proporcionalidade, a razoabilidade e a própria culpabilidade. Indiscutivelmente, trata-se de meio inadequado para combater a invocada impunidade, a despeito de representar uma forma eloquente de o Estado reconhecer a sua incompetência e o seu despreparo para combatê-la.

Incensurável, no particular, a contundente e procedente crítica de Roberto Delmanto Junior, que, por sua pertinência, pedimos *venia* para transcrevê-la: "Lamentamos que, sob o discurso de evitar a impunidade, em vez de se aparelhar a polícia e dela exigir eficiência, se tenha concedido verdadeiro estímulo à letargia policial, somado ao excesso de poder no tempo. O mesmo se aplica ao Ministério Público que, a partir de agora, poderá demorar 12, 16 ou até 20 anos para oferecer uma denúncia! É a inversão de tudo, e com ofensa ao direito dos cidadãos presumidos inocentes, de serem julgados com prazo razoável como manda a Constituição".[5] Nesta linha é delineada a inconformidade de René Ariel Dotti que professa: "Ao agredir a letra e o espírito da Constituição, o legislador de ocasião reencarnou, em pleno Estado Democrático de Direito – assim proclamado no primeiro artigo da Carta Política – o jurista da ditadura militar, ao reinstalar no sistema penal a regra da supressão. Com efeito, a Lei 6.416, de 24.05.1977, sancionada pelo General Ernesto Geisel, sendo Ministro da Justiça, Armando Falcão, excluiu o tempo decorrido entre o fato e a denúncia – ou queixa – para o reconhecimento da prescrição pela pena concretizada".[6]

A regência inicial baseada na prescrição *in abstracto*, isto é, com base na pena máxima cominada, deve-se exclusivamente a inexistência de elementos para a individualização da pena, *in concreto*, que demanda a existência do *devido processo legal*. Encontrada a pena aplicável, evidentemente, será ela o parâmetro para o exame da incidência da prescrição em todo o seu percurso, sendo vedada a supressão de qualquer de suas fases, antes ou depois do recebimento da denúncia. Aliás, esta é a pena *justa* de que falava Von Liszt, qual seja, a pena *necessária* e *suficiente* para a prevenção e repressão do crime, individualizada nos termos do art. 59 e ss. do CP brasileiro. O objetivo da prescrição pela pena *in concreto* é

5. Delmanto Junior, Roberto. A caminho de um Estado policialesco. *O Estado de S. Paulo*, 02.06.2010, p. A2.

6. Dotti, René Ariel. A inconstitucionalidade da Lei 12.234/10, Aberto mais um dos caminhos em direção ao Estado policialesco. *Informativo Migalhas*. Disponível em: [www.migalhas.com.br]. Acesso em: 20.10.2010.

compatibilizar a extinção da punibilidade com o grau de culpabilidade do autor e, por consequência, de reprovabilidade do comportamento do agente, devidamente reconhecido em sentença. O raciocínio, destaca Bottini, é simples: se há um novo patamar máximo de pena fixado pelo Juiz, fundado na culpabilidade do agente, comprovada na instrução criminal, é com base nele que são estabelecidos e examinados os prazos prescricionais, que valem para toda extensão do período prescricional, inclusive, por óbvio, entre o cometimento do crime e o recebimento da denúncia.[7]

Em outros termos, a *prescrição retroativa* é um corolário dos princípios da personalidade e da individualização da pena, além de demonstrar, *in concreto*, que é exatamente a sanção merecida desde o momento em que se consumou o fato delituoso (e não aquela abstratamente prevista na norma incriminadora, que apenas tem a função de estabelecer os limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o magistrado deverá dosar a pena aplicável ao caso concreto).

Trata-se, na verdade, de odioso e *equivocado retrocesso* imposto pelo legislador infraconstitucional com esse diploma legal, afrontando, além dos princípios da *proporcionalidade* (proibição de excesso) e da *própria culpabilidade*, a garantia constitucional da *razoável duração do processo*, conforme demonstraremos adiante. A irrazoável demora da investigação, do processo, enfim, da *persecutio criminis* atinge diretamente a dignidade da pessoa humana (que não pode ficar *ad eterno* sob suspeita ou investigação estatal). Com efeito, a aplicação da pena depois de decorrido um longo período de tempo encontrará, com certeza, um acusado completamente modificado, distante, diferente daquele que praticou a infração penal, é como se fosse outro homem que estaria sendo julgado e não aquele que cometeu a infração penal.[8] Não se pode olvidar que em um Estado Constitucional Democrático de Direito a lei penal não vige somente para punir o infrator, mas igualmente para proteger o cidadão contra os abusos frequentemente praticados pelo Estado, constituindo uma espécie de Carta Magna do cidadão investigado, contra os abusos do poder repressivo estatal.

7. Bottini, Pierpaolo. Op. cit., p. 06-07.

8. Idem. Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 812.

Passamos a examinar, primeiramente, a violação do princípio da proporcionalidade e, posteriormente, a violação do princípio da razoável duração do processo.

2. Supressão de parcela do lapso prescricional e violação do princípio da proporcionalidade

Qual seria o fundamento lógico, jurídico ou político para que o tempo de prescrição contado após o recebimento da denúncia seja diferente daquele contado antes deste fato? Haveria algum fundamento de outra natureza, dentro da razoabilidade?

No sistema penal brasileiro os prazos prescricionais estão diretamente vinculados à duração das penas, nos termos contidos no art. 109 do CP. Dito de outra forma, a extensão do prazo prescricional está diretamente relacionada à gravidade da pena tanto daquela cominada (art. 109, CP) quanto a que for concretizada na decisão condenatória (art. 110, CP). Comprova-se aqui, claramente, a adoção do *princípio da proporcionalidade*, ou seja, à pena mais grave corresponde a lapso prescricional mais extenso; à pena menos grave, corresponde a prescrição em menor prazo.

A prescrição *in abstracto* trabalha com uma pena hipotética, ante a ausência de uma pena real, que só poderá existir, isto é, somente se concretizará em futura decisão condenatória, quando surgirá a verdadeira pena, não somente a pena legal, mas a pena justa. A prescrição abstrata desconsidera a individualização da pena e a culpabilidade de cada um, pairando apenas como limite máximo, ante a ausência da pena individualizada, e cederá somente quando esta passar a existir, sem possibilidade de ser elevada (com trânsito em julgado para a acusação). Constata-se que na hipótese da prescrição abstrata não existe *proporção* entre culpabilidade, pena e prescrição real, trinômio que somente aparecerá quando for a pena individualizada em decisão condenatória; embora exista proporcionalidade, é verdade, entre os lapsos prescricionais e a gravidade das sanções cominadas (*in abstracto*), como destacamos acima, ainda que sobre uma pena hipotética.

Enfim, concretizada a condenação, desaparece a razão de ser da *pena hipotética*, que perde sua função indicadora dos limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o juiz deve dosar a pena final. Consequentemente, a prescrição com base na pena abstrata, isto é, hipotética, deixa de produzir qualquer efeito sobre o condenado, cujo lapso prescricional

passará a ser medido pela pena real, que é sua pena individualizada, após o trânsito em julgado para a acusação. O sistema é justo – destaca Herman Herschander[9] – "pois respeita a proporcionalidade que deve informar a resposta estatal à infração, moldando ao mesmo tempo a pena e os prazos para o exercício da resposta penal". A pena concretizada torna efetivos a individualização da pena e o devido processo legal (arts. 1.°, II, III, 4.°, II, 5.°, XXXV, XLVI,[10] LIV,[11] LXXVIII,[12] §§ 1.°, 2.° e 3.°, 93, IX, da CF).

Por outro lado, não se pode esquecer que a culpabilidade é a medida da pena, a qual não pode ir além desse limite. Dessa forma, deve-se reconhecer que a culpabilidade repercute diretamente na pena e indiretamente na prescrição. Nesse sentido, por sua pertinência, invocamos a conclusão de Herman Herschander,[13] *in verbis*: "Há, portanto, no direito penal vigente, uma busca de proporcionalidade entre culpabilidade, pena e prescrição. A culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição". Consequentemente, desta inafastável correlação entre *culpabilidade, pena e prescrição* pode-se concluir que, assim como a Constituição assegura expressamente, como garantia fundamental, a individualização da pena, implicitamente, está impondo a individualização da prescrição, que se configura com a prescrição pela pena *in concreto*. Portanto, a prescrição, necessariamente, deve guardar *proporção* com a pena aplicada (individualizada); logo, a supressão do lapso prescricional entre o fato e o recebimento da denúncia viola os

9. Herschander, Herman. Lei 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa a individualização do prazo prescricional. *Boletim do IBCCrim*, n. 212, ano 18, jul. 2010, p. 07.
10. "XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
    a) privação ou restrição da liberdade;
    b) perda de bens;
    c) multa;
    d) prestação social alternativa;
    e) suspensão ou interdição de direitos".
11. "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".
12. "LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
13. Herschander, Herman. Op. cit., p. 07.

princípios da proporcionalidade, da culpabilidade, da individualização da pena e da própria prescrição. Com efeito, como destaca Herman Herschander, "a concretização da pena concretiza igualmente o prazo da prescrição. Individualizada a pena, estará individualizada a prescrição".

Postas essas considerações, deve-se concluir que, inevitavelmente, a Lei 12.234/2010 – ao suprimir o tempo decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia – afronta o *princípio da proporcionalidade*, em seu trinômio *adequação* (o ato surtirá o fim pretendido, com eficiência e eficácia?), *necessidade* (há outro meio menos lesivo de se atingir esse fim além do proposto, com a mesma eficácia, ainda que com menos eficiência?) e *proporcionalidade em sentido estrito* (é compatível o benefício colhido com a lesão causada?), conforme demonstraremos adiante.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos idos de 1789, já exigia expressamente que se observasse a *proporcionalidade* entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada.[14] No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5.°, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5.°, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5.°, XLII, XLIII e XLIV), determinação de penas alternativas para *infrações de menor potencial ofensivo* etc.

Desde o *Iluminismo* procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos. Nesse sentido, ilustra Mariângela Gama de Magalhães Gomes, afirmando: "No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo".[15] Com efeito, as ideias do *Iluminismo* e do *Direito Natural* diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo

14. Art. 15: "A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito".

15. Gomes, Mariângela Gama Magalhães. *Princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 40-41.

das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente *proibição de excesso*. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como os da proporcionalidade, da razoabilidade, da lesividade e da dignidade da pessoa humana.

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça – resulta *vinculado* em relação aos *fins eleitos* para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre *vinculada axiomaticamente* pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não apenas como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um *vínculo constitucional* capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: (a) *adequação teleológica*: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da própria Constituição Federal — vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); (b) *necessidade* (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; (c) *proporcionalidade* "stricto sensu": todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais.[16]

O campo de abrangência, e, por que não dizer, de influência do *princípio da proporcionalidade*, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente, a aplicação deste princípio atinge o *exercício imoderado de poder*, inclusive do próprio Poder Legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a

16. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356-397.

finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do "poder de fazer leis *had hocs*", revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o *vício de inconstitucionalidade*. Segundo o magistério do Min. Gilmar Mendes,[17] "a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de Poder Legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip*; *Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito".

Registre-se, por oportuno, que o *princípio da proporcionalidade* aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o *legislador*, a Administração e o Judiciário, tal como lembra Canotilho.[18] O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente o *princípio da proporcionalidade*, como estamos demonstrando. O *Poder Público* não pode agir com excesso, especialmente em matéria criminal, considerando-se que toda atividade estatal é regida pelo princípio de proporcionalidade.[19] *Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato*

17. MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

18. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 264.

19. Os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de *princípios fungíveis* e que, por vezes, utiliza-se o termo "razoabilidade" para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o *princípio da proporcionalidade* tem origem germânica, enquanto a *razoabilidade* resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. *Razoável* é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.

estatal ao princípio da proporcionalidade viabiliza o controle de sua razoabilidade, que inclui, inclusive, a fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Assim, *a razoabilidade exerce função controladora* na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

Nesse mesmo sentido, invocamos, por sua pertinência, passagem do voto antológico do Min. Celso de Mello, em cautelar concedida nos autos do processo da ação com pedido de MC no HC 94.404/SP,[20] nos seguintes termos: "Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5.º, LV, da CF, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público".

Esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico, alguma forma ou algum meio de, se não evitá-los, pelo menos, questioná-los, ou mesmo reduzi-los a níveis toleráveis: a única possibilidade em um Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do *controle de constitucionalidade* exercido pelo Poder Judiciário. "A função jurisdicional nesse controle [adverte o doutrinador argentino Guillermo Yacobucci] pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente *pela importância do bem jurídico protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular*".[21] O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação "custo-benefício" para o cidadão e para a própria ordem jurídica.

20. Informativo do STF n. 516, Brasília, 18 a 22.08.2008 .

21. Yacobucci, Guillermo. *El sentido de los princípios penales*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 339.

Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, *pela adequação* espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir estes objetivos. Nessa linha, destaca Gilmar Mendes,[22] a modo de conclusão: "em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou *relevância* no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado* – e completa Gilmar Mendes – de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)".

3. Violação da garantia constitucional da duração razoável do processo

A organização política e jurídica de todas as nações independentes confere ao Estado as condições, os meios e toda a estrutura necessária para desenvolver a persecução penal em *prazo razoável*, nos moldes assegurados não apenas pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos como também pela nossa Carta Maior (art. 5.°, LXXVIII). Não se pode ignorar que a excessiva demora (além do prazo razoável) da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente a *inoperância do Estado* que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em *tempo razoável*. O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair sobre os ombros do cidadão acusado, preso ou solto. Aliás, nesse sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, tem recomendando uma releitura do tempo do processo, que não pode ser confundido com o tempo absoluto e objetivo, devendo relacionar-se à subjetividade individual do acusado, que não se interrompe e nem se suspende em momento algum. Beccaria, a seu tempo, já afirmava que mais que a gravidade ou extensão da pena, é a celeridade processual que pode produzir os melhores efeitos sobre o acusado.

22. Mendes, Gilmar. *Direitos fundamentais*... cit., p. 50.

Vários organismos internacionais têm se preocupado com a *razoabilidade* do prazo processual, reconhecendo que o seu alongamento desmesurado ofende, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a *Convenção Europeia de Direitos Humanos* (1950), assegurou o direito à duração razoável do processo, prevendo em seu art. 6.°, 1, o seguinte:

"Toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de *um tempo razoável*, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada. A sentença deve ser lida publicamente, mas o acesso à sala de audiência pode ser vetado à imprensa e ao público durante todo o processo ou parte dele, no interesse da moral, da ordem pública, ou da segurança nacional de uma sociedade democrática, quando o exigirem os interesses dos menores ou a tutela da vida privada das partes, em que a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça."

Na mesma linha, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*, estabelece em seu art. 7.°, 5: "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e *tem o direito de ser julgada em prazo razoável* ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

Incensurável Ana Messut, nesse sentido, quando afirma que o processo penal encerra em si uma pena (la pena del banquillo)*, ou conjunto de penas, se preferirem, que mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra seu preço e sofre um sobrecusto inflacionário proporcional à sua duração.*[23] Com efeito, o processo penal, mesmo considerado como instrumento de garantia de direitos fundamentais, pode significar um grave prejuízo ao acusado, especialmente quando se alonga além do prazo razoável, na medida em que denigre, macula e enxovalha a honra e a dignidade do cidadão processado. A despeito da presunção constitucional de *não culpabilidade*, aos olhos da sociedade o processado é um malfeitor, desonrado e infrator que merece ser castigado. Dito de outra forma, na concepção da opinião pública o "investigado" é presumidamente culpado, exatamente o contrário da presunção constitucional.

23. Messuti, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 33.

Ademais, não raro, a persecução penal pode ensejar várias limitações aos direitos individuais, tais, como, ônus de comparecer aos atos processuais, sob pena de condução, dever de comunicar ao juiz a mudança de endereço, restrição à sua locomoção, anotação da distribuição da ação penal, indisponibilidade de seus bens, mesmo os não relacionados com a suposta infração penal (sem se falar em frequentes e desnecessárias prisões cautelares) etc.

Para quem é processado criminalmente o tempo arrasta-se letargicamente num clima de angústia, insegurança e ansiedade, transformando-se em pena por excelência, tão ou mais angustiante que a própria pena privativa de liberdade. Além disso, "a inegável restrição da liberdade que o processo acarreta, associada ao sentimento de incerteza a respeito da futura submissão à medida extrema da privação da liberdade, provoca sensação de angústia que, mesmo estando solto o acusado, se confunde, ainda que guardadas as proporções, com as sensações experimentadas dentro do cárcere". Nesta linha, destacam Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró:[24] "Outra questão de suma relevância brota da análise do 'Caso Metzger', da lúcida interpretação do TEDH no sentido de que o reconhecimento da culpabilidade do acusado através da sentença condenatória não justifica a duração excessiva do processo. É um importante alerta, frente à equivocada tendência de considerar que qualquer abuso ou excesso está justificado pela sentença condenatória ao final proferida, como se o 'fim' justificasse os arbitrários 'meios' empregados".

Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não é apenas um instrumento destinado apenas à efetivação do poder de punir, mas também meio de garantia contra os excessos do poder repressivo estatal. A nova ordem democrática procura conter a natural ânsia de exasperação punitiva do poder constituído, exigindo que o processo não se conduza somente com objetivo repressor, mas que se transforme também em instrumento de garantia do indivíduo perante o Estado. Na realidade, é inadmissível que se interprete restritivamente o disposto no art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, como, desafortunadamente, vem fazendo, majoritariamente, a jurisprudência brasileira, ou seja, limitando-se a relaxar a prisão cautelar quando eventualmente existente. Desta forma, a demora excessivamente injustificada em solucionar os casos penais impõe que o Estado, por inoperância, incompetência ou inaptidão "abra

24. Lopes Jr., Aury; Badaró, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 128.

mão" de seu poder de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do acusado ou investigado a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia enquanto se desenrola o processo.

Embora os textos jurídicos não o digam expressamente, o processo penal, via de regra, tem um *marco temporal*, além do qual não pode subsistir, por ultrapassar o *prazo razoável* assegurado na Constituição Federal. Este marco, que é individualizado pela gravidade da infração penal objeto da persecução penal e da sanção correspondente, abstratamente considerada, encontra-se inserto no art. 109 do CP. Concretamente, este lapso temporal adequa-se – na ausência de outra previsão infraconstitucional – às determinações constantes dos arts. 110 (pena concretizada) e 117 (causas interruptivas),[25] ambos do mesmo diploma penal material.

Aliás, ao contrário do que geralmente ocorre, com a *definição do prazo razoável*, em termos de prescrição dispõe-se claramente de dados objetivos para a definição do que seja a *duração razoável* para o exercício da persecução penal. Estes dados (marcos temporais), repetindo, estão contidos nos arts. 109 c/c 110 do CP. Em outros termos, referidos *lapsos temporais* enunciados nesses dispositivos representam o *tempo razoável* considerado pelo legislador para início e conclusão da *persecutio criminis*.[26] Assim, o *tempo razoável* oscilará segundo a gravidade da infração penal, v.g., vinte anos, o prazo mais elástico, para os crimes mais graves (art. 109, I, CP), e dois anos, o prazo mais exíguo, para as pequenas infrações (arts. 114, I, e 109, VI, CP).[27] Esses prazos, por si mesmos longos, são consideravelmente ampliados pelas causas interruptivas constantes do art. 117 do CP e seus incisos, na medida que reiniciam sua contagem, desde o início: interrompida a prescrição, volta a correr novamente, por inteiro. Em outras palavras, o prazo prescricional, pela pena *in concreto*, pode ocorrer várias vezes, no mesmo processo, desde que incompleto. Significa reconhecer que não há prazo fixo para o término ou duração do processo penal, variando segundo o caso concreto, nos limites, logicamente, estabelecidos pelo disposto nos arts. 109 e 110 do CP, e, agora,

25. Além das eventuais causas modificativas do curso prescricional (v.g., arts. 115, 116 etc.).

26. *Não confundir com o prazo regular para a instrução criminal (hipótese de réu preso), antes de 81 dias, agora, após a reforma processual, em torno de 100 dias, segundo a doutrina especializada.*

27. Este limite foi elevado para três anos pela Lei 12.234/2010.

sob a garantia constitucional, de não poder ultrapassar sua *duração razoável*. Evidentemente, na ótica do legislador, nos dispositivos que acabamos de referir está identificado o lapso temporal que é considerado *prazo razoável* (atualmente reconhecido como garantia constitucional), dentro do qual o Estado pode e deve exercer a *persecutio criminis*.[28]

Nessas condições, como suprimir parte desse tempo – entre o fato e o recebimento da denúncia –, (que pode ser fatal para a pretensão punitiva), para o fim de excluí-lo, pura e simplesmente, da garantia constitucional definida como duração razoável do processo? Teria legitimidade o legislador infraconstitucional para excluir lapsos temporais do cômputo do prazo razoável, quiçá, tornando inócua sua garantia constitucional? Quais seriam os limites para essa suposta liberalidade?

Com efeito, excluir o tempo anterior ao recebimento da denúncia significa dar *carta branca* às autoridades repressoras – desrespeitando a garantia da duração razoável do processo – para "engavetarem" os procedimentos investigatórios, perenizá-los, usá-los quando bem entenderem, como "moeda de troca", instrumentos de corrupção, de chantagem, pairando, ilegitimamente, como espada de Dámocles, que a qualquer momento pode recair sobre a cabeça do investigado/processado.

Não se pode ignorar, por outro lado, os naturais efeitos estigmatizantes do processo penal, cujo alongamento funciona como uma verdadeira pena, sem julgamento, sem condenação e sem individualização. Destaque-se, nessa linha, a eloquente manifestação de Ferrajoli: "é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje se pode falar em valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena, mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão".[29]

28. O Código de Processo Penal paraguaio, em seu art. 136, determina a extinção do processo que perdure mais de quatro anos, em primeiro grau, ou mais de cinco anos, neles computado o tempo para julgamento dos recursos.

29. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 588.

Seguindo essa orientação pode-se concluir que o tempo é essencialmente corolário do poder punitivo, especialmente quando submete o cidadão a um processo penal, que se mostra abusivo quando ultrapassa o *prazo razoável*, justificando-se a corajosa e exemplar decisão do magistrado Marcos Peixoto, em sentença proferida no Processo 2006.038.004747-1, na 2.ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu, no qual, salientou que, diante de um processo arrastado por excessivo período de tempo, submeter o acusado à pena significa afrontar suas funções ao invés de realizá-las. Desta forma, a demora injustificada em dar resposta aos casos penais impõe que o Estado, por inoperância própria, "abra mão" de seu direito de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do réu a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia.

Um processo que perdura por tempo superior aos marcos estabelecidos nos arts. 109 e 110 do CP, ou seja, além do *prazo razoável garantido* pela nossa Carta Política, sem perspectiva de conclusão final viola flagrantemente a garantia da *duração razoável do processo* (art. 5.º, LXXVIII, CF), vulnera o devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF) e a segurança jurídica (5.º, XXXIII, CF), e, por consequência, atinge a própria dignidade da pessoa humana. O *direito a um processo em tempo razoável é* inerente ao *devido processo legal. Em outros termos, o processo com duração razoável é uma consequência inafastável do* due process of Law, *com o qual se confunde.*

Concluindo, deve-se sopesar, de um lado, os valores constitucionais do *exercício do poder-dever de julgar* (art. 5.º, XXXV, CF) e, de outro, o *direito subjetivo à razoável duração do processo*, aliás, reforçado, com o que denominou Dotti, a "cláusula de eficiência", qual seja, o Estado assegurando os "(...) meios que garantam a celeridade de sua tramitação" –, (art. 5.º, LXXVIII da CF/1988). Referido princípio, – *razoável duração do processo* –, é chancelado pelo conhecido Pacto de San José da Costa Rica (arts. 7.º, 5, e 8.º, 1). Eventual dúvida dirime-se em favor da prevalência dos direitos fundamentais do jurisdicionado, como asseguram o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de outras convenções internacionais.

Enfim, pode-se questionar a prescrição, os prazos, a morosidade judicial, e sua relação com a impunidade. Tais questionamentos, no entanto, não legitimam a criação de distorções que desrespeitem os princípios da proporcionalidade, da duração razoável do processo e da

culpabilidade, fazendo incidir, de forma idêntica, a norma penal sobre comportamentos ontologicamente diferentes, sem um mínimo de individualização. Ora, a nova regra afronta estes princípios, pois o lapso prescricional deixa de relacionar-se com o fato delituoso concretamente, bem como com a individualização da responsabilidade penal; na verdade, passa a ser pautado apenas pela pena abstratamente cominada, mesmo após a devida instrução criminal, a individualização da pena e a adequada resposta penal, principalmente no período compreendido entre o fato e o recebimento da denúncia, que pode ser desarrazoadamente longo, e, agora, sem ser considerado.

Ante todo o exposto, por mais que se procure salvar o texto legal, tentando dar-lhe uma interpretação conforme a Constituição Federal, não vemos, contudo, outra *alternativa razoável*, que não *a declaração de sua inconstitucionalidade* por violar tanto o princípio da *proporcionalidade*, como o princípio da *duração razoável do processo*, afastando-se sua aplicação.

52352

3
La "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El trabajo analiza la evolución del delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento español en relación con su autonomía respecto del delito antecedente, haciendo especial referencia a la reciente reforma operada por la ley orgánica 5/2010, de 22 de junio.

PALABRAS-CLAVE: Blanqueo de capitales – Receptación – Encubrimiento – Reformas penales.

ABSTRACT: This paper analyzes the development of money laundering in the Spanish Law regarding its autonomy with the precedent crime, with a key reference to the recent reform under the Organic Law 5/2010 of June 22nd.

KEYWORDS: Money laundering – Receiving – Accessory after the fact – Criminal reforms.

SUMÁRIO: 1. Planteamiento del problema – 2. La sustantividad propia del blanqueo de capitales – 3. Blanqueo y receptación – 4. El cuadro de delitos determinantes – 5. El problema del autoblanqueo – 6. La denominación del delito – 7. Conclusiones: la ley orgánica 5/2010 y la "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en España.

1. Planteamiento del problema

La Reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010[1] ha otorgado al delito de blanqueo de capitales una nueva configuración que, en el plano dogmático, parece haber completado su progresivo proceso de autonomía respecto de las previas actividades criminales económicamente productivas. Sin duda, cabe afirmar que la nueva reforma del Código Penal ha supuesto la "emancipación" de esta figura delictiva que se venía reclamando desde numerosos sectores.[2]

Hace ya más de dos décadas, la Ley Orgánica 1/1988 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento una figura delictiva con la intención –según rezaba la propia exposición de motivos– de "hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas". La redacción del art. 546 bis f) que se incorporó al entonces vigente texto punitivo fundamental supuso una importante novedad que, sin embargo, no tuvo demasiados efectos en la práctica. En todo caso, a los efectos del presente trabajo, interesa destacar las pautas técnicas conforme a las cuales el legislador construyó esta norma. Probablemente siguiendo el modelo ofrecido diez años antes en Italia con el delito de *riciclaggio* tipificado en el art. 648 bis de su Código Penal, la conducta fue tipificada en España como una modalidad específica de receptación, de modo semejante a como se hizo también en otros países de nuestro entorno, como Alemania o Bélgica. La STS 649/1996, de 07 de diciembre resume las relaciones y diferencias respecto del delito matriz:

1. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal*, *BOE* n. 152, de 23 de junio, p. 54811 y ss.
2. Lo cual no impide que haya quien considere que el cambio sobre la regulación del blanqueo sea "rechazable casi en su totalidad y carente de una explicación sobre su por qué", como entiende Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302), en Álvarez García, Francisco; González Cussac, José Luis (dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 339. En sentido diametralmente opuesto, valora que las reformas que experimenta el art. 301 son "todas ellas para bien" Alfonso Laso, Diego de. La modificación del delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y 302), en: Quintero Olivares, Gonzalo (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 254.

"La técnica que adoptaron nuestros legisladores fue la de adaptar el delito de receptación, que ya aparecía definido en el art. 546 bis a), a las nuevas necesidades de punición, refiriéndolo, no a los delitos contra los bienes objeto de la citada receptación genérica, sino a los delitos de tráfico de drogas de los art.s 344 a 344 bis b), con las ampliaciones que se estimaron precisas, de modo que en esta nueva figura de delito la acción de aprovechamiento puede realizarse no sólo en favor del sujeto activo de la infracción ('para sí', decía el art. 546 bis a)) sino también en beneficio de un tercero y, por otro lado, puedan ser objeto del aprovechamiento los mismos efectos del delito receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse".

Indudablemente, la adaptación de nuevas categorías delictivas a conceptos preexistentes mantiene intacta la estructura del texto legal en el que se aloja y evita perjudicar su sistemática.[3] Con todo, el planteamiento seguido entonces por el legislador español fue erróneo porque la receptación –o el encubrimiento, del que trae causa– es una cosa y el blanqueo es otra muy distinta, como veremos más adelante.

Ratificada por España la Convención de Naciones Unidas *contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, de 19 de diciembre de 1988 (en lo sucesivo, *Convención de Viena*),[4] la Ley Orgánica 8/1992[5] incorporó reformas al Código Penal hoy derogado que determinaron la evolución legislativa sobre la materia hasta el presente. Esta disposición

3. En tal sentido pareció pronunciarse Enrique Ruiz Vadillo (El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n. 1.641, 1992, p. 108) quien, refiriéndose críticamente a los cambios que proponía el Anteproyecto de Código Penal de 1992, señalaba que "el actual art. 546 bis, delito de receptación (...) con un pequeño retoque a determinados comportamientos, hubiera permitido, desde ya, el castigo de determinados blanqueos de dinero con el más incondicional respeto, por supuesto, al principio de legalidad". En sentido parecido, Díez Ripollés, José Luis. El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español, *Actualidad Penal*, n. 32, 1994, p. 590 y ss.
4. Instrumento de ratificación, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE*, n. 270, de 10.11.1990, p. 33062 y ss.
5. Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, *de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, *BOE*, n. 308, de 24.12.1992, p. 43861 y ss.

quiso adaptar nuestro sistema penal al programa político-criminal planteado en el citado Tratado, incorporando –entre otros cambios– los arts. 344 bis h) y 344 bis i) en materia de blanqueo de capitales.

Entonces ya fueron numerosas las voces críticas contra esta regulación. Nos interesa ahora destacar que la Ley Orgánica 8/1992, incomprensiblemente, no derogó el anterior art. 546 bis f), manteniendo con ello una doble regulación sobre una misma materia, pero en dos puntos completamente diferentes del Código: uno bajo los delitos contra la propiedad y otro entre los delitos contra la salud pública, y en ambos casos refiriendo los hechos tipificados a la actuación sobre bienes exclusivamente derivados del tráfico de drogas. Pero, sobre todo, merece la pena destacar el hecho de que el legislador aceptara lo que entonces fue calificado por Díez Ripollés como un acto de "colonización jurídica",[6] prácticamente transcribiendo lo previsto en el apartado 1.b) del art. 3.º de la *Convención de Viena* al Código Penal ahora derogado. Probablemente esta opción se considerara entonces acertada, pretendiendo demostrar el máximo cumplimiento posible de los compromisos asumidos tras la incorporación de nuestro Derecho a la *Convención de Viena*, objetivo que el legislador español incluso potenció con la adopción de figuras delictivas no exigidas en la misma.[7] Sin embargo, con este proceder se ignoró que el texto acordado bajo el paraguas de Naciones Unidas –una acumulación de conductas orientada a evitar la existencia de lagunas legales–[8] fue el resultado de la integración de muchas voluntades, ideologías y concepciones sociales y jurídicas diferentes. Creemos sensato afirmar que la Organización no quiso forzar a las Partes a que introdujeran una normativa absolutamente uniforme, sino que plasmaran en sus respectivos ordenamientos internos las directrices político-criminales contenidas en el Tratado, adaptándolas a los principios rectores de sus respectivos ordenamientos.[9]

6. La expresión procede de Díez Ripollés, José Luis. El blanqueo de capitales... cit., p. 601 y 602.
7. Como fue el caso de la tipificación del blanqueo por imprudencia grave, entonces recogido en el párrafo tercero del art. 344 bis h), del que trae causa el art. 301.3 del vigente Código Penal.
8. Bernasconi, Paolo. Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario, en :VV.AA. *Nuove prospettive di diritto penale bancario*, Padua: Cedam, 1988, p. 99 y 100.
9. En este, entre otros, vide Fabián Caparrós, Eduardo A.: Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación

Con todo, tanto el Proyecto de Código Penal de 1992[10] como, finalmente, la Ley Orgánica 10/1995,[11] asumieron buena parte de los criterios que guiaron la reforma de 1992. Sólo refiriéndonos a la redacción original del Código Penal hoy vigente, aunque su art. 301 trascendió más allá del ámbito del narcotráfico –castigando el blanqueo respecto de los bienes derivados de cualquier "delito grave"–, mantuvo una redacción prácticamente idéntica, reincidiendo en el *plagio* a la *Convención de Viena* y, lo que es peor, incorporándose en el Libro II al Capítulo XIV del amplio Título XIII bajo la denominación de "conducta afín a la receptación". De este modo, el nuevo Código aglutinó defectos en la nueva regulación, forzando la construcción de una figura que ha encajado con dificultades en el conjunto del sistema y que, por su excesiva dependencia del delito previo –aquél del que proceden los bienes que hay que blanquear–, contradice la autonomía que reclaman los compromisos internacionales asumidos por España y, desde la óptica del injusto que implica, ignora la sustantividad propia de su contenido material. La posterior Ley Orgánica 15/2003[12] reformó nuevamente el art. 301, aunque los cambios que operó sobre él –básicamente, la ampliación del cuadro de infracciones previas a cualquier delito– no supuso modificaciones sustanciales a los efectos que nos interesan.

Ley Orgánica 5/2010 ha realizado ciertos cambios sobre la regulación del blanqueo de capitales que pueden tener bastante trascendencia. Sin duda alguna, sobre su nueva redacción han influido los compromisos internacionales a los que venimos refiriéndonos, pero también creemos que también puede haber causado efecto una jurisprudencia que, aunque poco uniforme, ha venido admitiendo paulatinamente la autonomía de este delito. A nuestro juicio, estos cambios han favorecido la adaptación de la ley a la realidad que regula, a la propia fenomenología

del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI (1993), p. 616 y 617.

10. Proyecto de Ley 121/000102, *Orgánica de Código Penal*, *BOCG* de 23.09.1992, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n. 102-1, p. 1 y ss.
11. Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, *del Código Penal*, *BOE*, n. 281, p. 33987 y ss.
12. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, *BOE*, n. 283, p. 41842 y ss.

del blanqueo de capitales. Dedicaremos las próximas páginas al estudio de este "proceso de emancipación".

2. La sustantividad propia del blanqueo de capitales

A fecha de hoy, la práctica totalidad de los miembros de la Comunidad Internacional disponen en sus respectivos ordenamientos de tipos penales que, con mayor o menor amplitud, castigan el lavado de activos. También disponen de una normativa de carácter administrativo que impone criterios de actuación a los denominados "sujetos obligados", esto es, aquellos profesionales que operan en aquellos sectores a través de los cuales se pueden blanquear bienes.

Centrándonos en el ámbito exclusivamente penal, y valorada la cuestión desde la perspectiva de los principios limitadores y de la economía legislativa, si el blanqueo no implicara alguna clase de lesividad específica, no estaría justificada su expresa penalización. Cabría decir que quien disimula la procedencia delictiva de unos bienes para aparentar su licitud, o bien participa en el delito previo por haber acordado antes la ayuda (*pactum scœleris*),[13] o bien lo encubre.[14] Como es

13. La STS 5/1993, de 21 de enero, ya participaba de este planteamiento, descartando tanto la aplicación del entonces vigente art. 546 bis f) como del encubrimiento genérico, decidiéndose finalmente, no ya por la participación, sino incluso por una coautoría en el delito previsto en el art. 344 del viejo Código Penal –habida cuenta de la amplitud con la que estaba tipificado el tráfico de drogas, como hoy sigue estándolo en el vigente art. 368– al comprobarse que la autora de los hechos había pactado *ex ante* su colaboración. Remontándonos a hechos producidos antes de la entrada en vigor del art. 546 bis f), y aprovechando la amplitud del viejo art. 344 del Código Penal –actual art. 368– el AAN de 27.03.1989, confirmado en súplica por el AAN de 02.10.1989, accedió a conceder la extradición a Estados Unidos de unos ciudadanos británicos que habían sido reclamados a España por un delito de blanqueo de capitales derivados del narcotráfico, indicando que "la diferenciación de distintos actos o fases de un mismo delito, discriminados en otras legislaciones, raqueterismo, blanqueo de dinero y conspiración, no dejan de formar parte del núcleo del delito a que hace referencia nuestra legislación, pues son actos encaminados a favorecer, facilitar y encubrir, dicho delito tipo, no siendo la denominación que reciben elemento suficiente, bastando que el hecho pueda ser incardinado en el precepto para que el principio de doble incriminación se cumpla".

14. Abundando en los primeros pronunciamientos jurisprudenciales producidos en nuestro país, la STS 2116/1992, de 05 de octubre, aceptó este criterio, si

sabido, el ordenamiento jurídico podría ofrecer una solución genérica para ambas posibilidades, de modo que los mandatos internacionales se cumplirían sin necesidad de reformar las leyes. Sin embargo, el Derecho comparado demuestra que se ha optado claramente por tipificar específicamente el lavado, previendo la aplicación de penas que, con frecuencia, exceden a las establecidas para los responsables del delito previo.

En consecuencia, ¿el legislador actúa sólo por cumplir las normas internacionales o acaso lo hace porque hay motivos materiales que aconsejan a hacerlo? ¿La responsabilidad del blanqueador depende de la que derive de la comisión del delito previo? ¿Se equivocan las iniciativas internacionales cuando exigen una tipificación expresa?

Sería negar lo evidente que quien oculta el origen ilegal de unos bienes, blanqueándolos, perjudica la actuación de Jueces y Tribunales, pues dificulta la actuación de éstos frente a los responsables del delito previo, desvirtuando pruebas. Algo parecido cabría decir respecto de los intereses tutelados por la infracción antecedente, que también se ven vulnerados en la medida en que la legalización de los rendimientos permite el agotamiento de la misma, alentando con ello a sus autores a repetirla. Con todo, estos efectos lesivos no constituyen nada nuevo; tan sólo hablan de la pluriofensividad de la conducta y, eventualmente, nos pueden conducir al terreno de la concurrencia delictiva, frente a la que quien lave los bienes que haya obtenido no es acreedor de más pena que la que ya merezca por el delito previo.[15] En cualquier caso, no nos ofrecen motivos especiales para castigar específicamente el blanqueo porque sea "algo más" o "algo diferente" al encubrimiento, la receptación o la participación en el delito previo.

Desde hace tiempo se viene defendiendo que el blanqueo de capitales –muy especialmente, cuando está vinculado a la delincuencia organizada y a las enormes sumas que maneja– implica una antijuricidad material específica que lo singulariza; una lesividad de orden socio-económico. Ello justificaría la existencia de un título de imputación propio, pero no

bien optando el art. 546 bis f) en aplicación del principio de especialidad. Entre la jurisprudencia más reciente merece la pena citar la STS 637/2010, de 28 de junio, en la que se declara expresamente que el delito contenido en el vigente art. 301 del Código Penal "nos sitúa ante una modalidad o variante del antiguo delito de receptación (...) lo que supone que no se ha intervenido en el delito ni como autor ni como cómplice".

15. Sobre el denominado "autoblanqueo", vide infra, apartado 5.

sólo en las formas, sino también en los contenidos, dotado de la suficiente autonomía respecto del delito previo. Este trabajo no pretende abordar un estudio pormenorizado de los daños que el lavado puede generar sobre la economía de un determinado país, sino describir hasta qué punto esa propia sustantividad ha encontrado reflejo en el ordenamiento punitivo español, haciendo especial hincapié sobre los cambios producidos por la última reforma del Código Penal. Por ello, baste con que nos remitamos a la literatura que se ha dedicado específicamente sobre la materia, en la que se ofrece testimonio de cómo el blanqueo perturba artificialmente el equilibrio de mercado vulnerando las reglas de competencia, provoca la pérdida de control de la política económica, distorsiona la economía haciéndola inestable y, en el marco de las relaciones comerciales globalizadas, produce inestabilidad financiera e incrementa la percepción de riesgo para la inversión extranjera, que se finalmente se retrae.[16]

En esta misma línea han discurrido las iniciativas internacionales surgidas hasta la fecha, comenzando por la tantas veces citada *Convención de Viena*,[17] a pesar de que su objeto quedara restringido al tratamiento del narcotráfico, también en su vertiente financiera. Sin ánimo de ser exhaustivos, merece destacarse el hecho de que fueran las siete economías más poderosas del planeta quienes constituyeran en el año 1989 el Grupo de Acción Financiera (Fatf-Gafi),[18] probablemente la

16. Entre las obras más recientes, citando a su vez numerosos trabajos sobre esta cuestión, vide Fernández de Cevallos y Torres, José. Corrupción y blanqueo de capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación, en Fabián Caparrós, Eduardo A.; Pérez Cepeda, Ana Isabel (eds.). *Estudios sobre corrupción*, Salamanca: Ratio Legis, 2010, p. 173 y ss. En tono más crítico, pero planteando un interesante estudio sobre la lesividad del blanqueo en relación con el encubrimiento, la reptación y la participación en el delito previo, merece destacarse también el documentado trabajo de Molina Blázquez, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito, en: Bajo Fernández, Miguel; Bacigalupo Saggese, Silvina (ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 91 y ss.
17. Aunque sólo se refiriera al narcotráfico, en su preámbulo se indicaba que "los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él (...) socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados".
18. Financial Action Task Force – Groupe d'Action Financière (Fatf-Gafi), creado con motivo de la Cumbre de París del G-7 que tuvo lugar en 1989.

institución de la que han derivado más resultados en la prevención y represión del fenómeno que nos ocupa. También debe recordarse que el Derecho Comunitario previo a Maastricht –esto es, incluso antes de que se erigiera la estructura de tres pilares en torno al concepto de cooperación intergubernamental– mostrara su preocupación por las consecuencias económicas del blanqueo de capitales sobre el mercado único, aprobando la Directiva 91/308/CEE, de 10.06.1991,[19] primero reformada y luego sustituida por la actualmente vigente Directiva 2005/60/CE, de 26.10.2005.[20]

Fronteras adentro de nuestro país, y además de la referencia que ya hicimos al comienzo de este trabajo relativa a la Ley Orgánica 1/1988, el ya citado Proyecto de Código Penal de 1992 destacaba la específica significación del blanqueo en su exposición de motivos en los siguientes términos (la cursiva es nuestra):

"(...) existen en el texto (...) delitos que 'genuinamente' tienen el carácter de agresión contra el orden socio-económico, como son los relativos al mercado y a los consumidores, los delitos contra los derechos de los trabajadores o el *blanqueo de dinero*. Estos delitos no participan de esa naturaleza mixta que es dable apreciar en otros (...), sino que se

La actuación del Fatf-Gafi gira en torno a la implementación y seguimiento de sus célebres *Cuarenta Recomendaciones*, aprobadas inicialmente en 1990 y cuya redacción vigente data de 2003. Tras los acontecimientos del 11.09.2001, el Fatf-Gafi aprobó otras *Nueve Recomendaciones* sobre financiación del terrorismo. Actualmente, el Grupo está integrado por 36 miembros, y a él pertenece España desde su fundación. Se puede obtener más información en su web www.fatf-gafi.org.

19. Directiva 91/308/CEE, del Consejo, de 10.06.1991, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales* (*Doce* n. L 166, de 28 de junio). En su exposición de motivos dejó claro que el blanqueo "puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público", motivo por el cual se estimó necesaria esta iniciativa coordinadora con objeto de que los Estados miembros no adoptaran medidas internas "incompatibles con la plena realización del mercado único".

20. Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26.10.2005, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación de terrorismo* (*DOUE* n. L 309, de 25.11.2005).

justifican en nombre de una idea relativamente imprecisa como es la 'tutela del orden socio-económico'".

Realmente, el Proyecto de 1992 no fue luego demasiado coherente con sus intenciones declaradas, reservando una caracterización para este delito demasiado deudora de su entronque con los ilícitos previos económicamente productivos que, en buena medida, recibió la legislación penal que hasta hoy regula este fenómeno.[21] Pero eso ya forma parte de la –reciente– historia, motivo por el cual no nos detendremos.

En el ámbito jurisprudencial, nuestro Tribunal Supremo ha descrito una trayectoria poco uniforme, si bien es cierto que cada vez ha reconocido con más convicción la sustantividad del lavado de activos. En la práctica, los problemas planteados al respecto han tomado forma en dos ámbitos complementarios. Uno de ellos, que se abordará más adelante,[22] tiene que ver con la compatibilidad entre la sanción por blanqueo y la sanción por el delito previo cuando el responsable lo es de ambos, esto es, el denominado "autoblanqueo". El otro está relacionado con la aplicación de los preceptos a la luz del principio de lesividad.

En efecto, nuestro más alto Tribunal se ha dejado llevar con alguna frecuencia por criterios excesivamente positivistas, de mera subsunción lógica, condenando en casos cuya específica lesividad socio-económica era más que cuestionable. Apelando a la jurisprudencia más antigua, merece citarse la STS de 05.10.1992 que, aplicando el viejo art. 546 bis f), condenó a la esposa de un pequeño traficante que atendía las necesidades corrientes de su familia, siendo consciente del origen de los recursos que le proporcionaba su marido.[23] De fecha bastante más reciente, al amparo de la literalidad de art. 301 actualmente vigente –cuya amplitud incluso pone a prueba las garantías derivadas del principio de legalidad–, la STS de 29.05.2007 confirmó el castigo de un testigo que pasó a ser acusado de blanqueo por haber declarado falsamente que había prestado al acusado principal el dinero necesario para comprar un inmueble.[24] Parece prudente afirmar que conductas como éstas tienen

21. Vide infra, apartado 4.

22. Vide infra, apartado 5.

23. STS 2116/1992, de 05 de octubre. Fue la primera resolución judicial dictada por el Tribunal Supremo en materia de blanqueo de capitales.

24. STS 457/2007, de 29 de mayo. La defensa del finalmente condenado, aceptando la mentira de su patrocinado, insistió en la improcedencia de castigarle por blanqueo, aceptando su posible responsabilidad por encubri-

poco que ver con las grandes fortunas del narcotráfico, con la estructura financiera de los grupos dedicados al crimen organizado o, en general, con el daño real o potencial contra cualquier manifestación del orden socio-económico. Más bien, encajan con otras formas delictivas ajenas a esa significación económica, como la receptación o el encubrimiento, y conforme a ellas deberían ser tratadas por la ley.[25] Así lo ha entendido en ciertas ocasiones el propio Tribunal Supremo.[26]

3. Blanqueo y receptación

El interés por disfrutar pacíficamente de los beneficios procedentes del delito a través del alejamiento de su origen no es algo nuevo. Probablemente haya sido ésta la razón por la cual la mayoría de las primeras formas típicas de blanqueo de capitales conocidas en Derecho comparado trataran de asimilar la nueva figura a otras de viejo cuño, ya experimentadas en los respectivos ordenamientos, como son el encubrimiento real o, más concretamente, la receptación. En el plano del Derecho positivo español, y aunque la literalidad de las dos figuras sea muy diferente, el blanqueo de capitales ha venido siendo denominado en nuestro Código Penal como una "conducta afín a la receptación" hasta la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010, y como tal ha sido apreciada habitualmente por la jurisprudencia.[27]

miento personal o falso testimonio. Sin embargo, la casación estimó correcto el planteamiento de la instancia según el cual la conducta encajaba en el tipo recogido en el art. 301.1 del Código Penal, para el que es reo de blanqueo quien, siendo consciente del origen de los bienes, "realice cualquier otro acto [distinto a adquirir, convertir o transmitir tales bienes] para (...) ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos". Una consecuencia más de la "colonización jurídica" criticada supra en el apartado I del presente trabajo.

25. Sin hacer específica referencia a estos casos, pero planteándolo en términos similares, vide Molina Blázquez, Fernando. ¿Qué se protege..., cit., p. 122.

26. Por ejemplo, la STS 650/2010, de 21 de junio, se decanta a favor de la receptación del art. 298 en perjuicio del blanqueo del art. 301, desestimando las pretensiones del Ministerio Fiscal en un caso de adquisición de grandes cantidades de cobre sustraído de instalaciones telefónicas.

27. Refiriéndonos solo a la jurisprudencia más reciente, vide las SSTS 637/2010, de 28 de junio; la 189/2010, de 09 de marzo; la 1257/2009, de 02 de diciembre, o la 1025/2009, de 22 de octubre, en las que se alude al objeto material del delito de blanqueo empleando la expresión "bienes receptados".

Como la receptación, el blanqueo constituye una actividad de segundo grado, en la medida en que sólo existe si hay unos bienes que tengan su origen en un delito anterior. En ambos casos se produce un encubrimiento de la infracción previa, y podría también aceptarse –al menos, en el plano criminológico– que ambas conectan con la obtención de una ventaja económica, en tanto implican la actuación sobre los bienes obtenidos para obtener su disfrute directo o mediato.

Incluso existen ciertas conexiones en el plano dogmático que conectan con la interpretación y aplicación de los tipos. Sabido es que el principal problema de orden probatorio que implican ambas figuras consiste en determinar si el reo tuvo noticia del origen ilícito de los bienes sobre los que actuó, elemento subjetivo que habitualmente suele resolverse en sede procesal a través del siempre controvertido expediente de la prueba indiciaria, aunque en cada caso puedan ser bastante diferentes esas evidencias indirectas.[28]

Con todo, más allá de las posibles apariencias, parecen ciertas las palabras de Bersani, quien, refiriéndose al *riciclaggio* previsto en el Código Penal italiano, ya afirmó hace casi dos décadas que "el legislador se limitó básicamente a extrapolar a partir de la descripción del favorecimiento real y de la receptación algunos elementos de la conducta, creando así una hipótesis especial respecto a las dos figuras clásicas, pero no llegó a adivinar la proyección de uno de los delitos más devastadores desde el punto de vista macroeconómico".[29] En consecuencia, existen

O las SSTS 178/2010, de 08 de marzo, o 292/2010, de 11 de enero, en las que se habla directamente de "delito de receptación".

28. Respecto del clásico delito de receptación, es habitual hacer referencia al denominado "precio vil" (así, por ejemplo, vide las SSTS 1045/2009, de 04 de noviembre; 139/2009 de 24 de febrero etc.), mientras que los indicios relacionados con el blanqueo suelen ser otros muy distintos: incremento patrimonial tan inusual como injustificado, ausencia de negocios lícitos que puedan haber generado esos incrementos, empleo de operaciones irregulares carentes de finalidad económica aparente, utilización de sujetos interpuestos en tales operaciones, internacionalización de las mismas etc. (por ejemplo, vide las SSTS 796/2010, de 17 de septiembre; 313/2010, de 08 de abril etc.).

29. Bersani, Giuseppe. Il reato di riciclaggio tra nuovi provvedimenti legislativi e criminalità economica, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 1-2, 1993, p. 72.

razones ligadas a criterios de lesividad que aconsejarían marcar ciertas distancias entre el blanqueo y la receptación.

Pero el contraste aumenta si se valoran las diferencias fenomenológicas. Con independencia del respectivo *nomen iuris* de cada figura, importa destacar que cada una de ellas hace referencia a una conducta muy diferente. El clásico favorecimiento real –con o sin ánimo de lucro– es una conducta de consumación instantánea que se resuelve en el momento que se realiza el acto de encubrimiento. Refiriéndonos específicamente a la vertiente objetiva de la receptación, la propia etimología del término nos indica que el comportamiento consiste en recibir unos concretos bienes; el sujeto activo los adquiere, se apropia de ellos, los incorpora a su ámbito de poder, sin que sean precisos más actos sucesivos sobre los mismos. Muy diferente es el caso del blanqueo, que se caracteriza por ser un proceso a lo largo del cual se distancian progresivamente unos activos de su origen delictivo con objeto de dotarlos de un aspecto lícito, *iter* a lo largo del cual esos bienes pueden experimentar cambios sucesivos. En consecuencia, para el blanqueo no importa tanto la captación de esos bienes –el poder real sobre las cosas que caracteriza a la receptación; su tenencia, su disfrute o su aprovechamiento– como la intervención que se practica sobre el valor de los mismos mediante una sucesión de transformaciones –la realización de una cadena de actos dotados de relevancia jurídico-económica con la intervención de una serie de sujetos. Es más, cabe la posibilidad de que ese dominio sobre los bienes que caracteriza a la receptación sea el presupuesto necesario para su blanqueo.[30] Mientras la receptación encuentra su esencia en la constitución ilícita de un derecho real sobre el producto de un delito previo, las conductas de blanqueo pertenecen al ámbito de la dinámica patrimonial y del derecho de crédito.[31]

Precisamente es la influencia de ese proceso sobre la economía lícita la que dota de específica lesividad a la figura que nos ocupa. También por ello conviene ser prudente a la hora de imputar por el delito de blanqueo a quienes no transforman o invierten capitales ilegales sino que, simplemente, los consumen, disfrutan o ayudan a otros a hacerlo, por importantes que sean las cuantías implicadas. A nuestro juicio, estas conductas no forman parte de ese núcleo socio-económico que caracte-

30. Pecorella, Gaetano. Circolazione del denaro e riciclaggio, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, p. 1230, 1231 y 1238.

31. Fabián Caparrós, Eduardo A. Consideraciones de urgencia... cit., p. 613.

riza al blanqueo, aproximándose más al terreno del encubrimiento real con o sin ánimo de lucro,[32] si es que no son atípicas por ser consideradas acciones "cotidianas" o "neutrales".[33]

Por todas las razones expuestas, creemos que la ampliación de conductas punibles que establece la Ley Orgánica 5/2010 para el art. 301.1 es censurable. El citado precepto ya no sólo amenaza con pena al que "adquiera, convierta o transmita bienes" de origen criminal, sino también al que "posea" o "utilice" los mismos. En su preceptivo Informe, el Consejo General del Poder Judicial criticó muy duramente esta decisión ya prevista en el Anteproyecto, tachándola de innecesaria –al fin y al cabo, sigue rigiendo la cláusula general que amplía la tipificación a quienes realicen "cualquier otro acto"–, redundante –respecto de la receptación– y llegando a afirmar explícitamente que con ella "no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo".[34] Con

32. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex, 1998, p. 267 y ss. A pesar de ello, la jurisprudencia ha apreciado en muchas ocasiones el delito de blanqueo cuando enjuician la conducta de personas que adquieren bienes para sí o para la estructura delictiva en cuyo marco trabajan. Así, vide, entre otras, las SSTS 266/2005, de 01 de marzo; 392/2006, de 06 de abril; 771/2007, de 22 de septiembre, etc. A nuestro juicio, se trata de casos en los que no es prudente hablar de una lesividad de carácter socio-económico.

33. Sobre la significación de las acciones "cotidianas" o "neutrales" –aquellas que, aunque objetivamente contribuyan de alguna manera al hecho antijurídico de un autor, constituyan una conducta ajustada al proceder ordinario de un profesional que no actúa movido por la voluntad de colaborar en el delito–, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, passim. Más reciente y específicamente, vide el trabajo de PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina (eds.). *Política criminal...* cit., p. 169 y ss.

34. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria P.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (comps.). *Anteproyecto de Ley Orgánica, de 14.11.2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los Informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*, Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 102-104.

ello, el legislador ha regresado a formas similares a las establecidas en su día por la Ley Orgánica 1/1988 en el art. 344 bis i) del viejo Código[35] que, afortunadamente, fueron suprimidas en el texto de 1995.

4. El cuadro de delitos determinantes

La autonomía del blanqueo de capitales exige que éste se desprenda de una relación nominativa de delitos previos. Si su razón de ser estriba en sus efectos socio-económicos, no tiene sentido que su penalización se limite al lavado de bienes que deriven de determinadas fuentes.[36]

La Ley Orgánica 10/1995 rompió con el criterio empleado en las reformas de 1988 y 1992, a partir de las cuales la figura que nos ocupa sólo podía castigarse cuando los bienes procedían del narcotráfico. En su redacción original, el Código de 1995 estableció un tipo que abarcaba la legalización de bienes derivados de "delitos graves", es decir –y según el texto entonces vigente–, las infracciones castigadas con pena de prisión superior a tres años.[37] Esta reforma ya se intentó en el Proyecto de Código Penal de 1992 que, como es sabido, caducó por la disolución de las Cortes.[38]

35. Fabián Caparrós, Eduardo A. Consideraciones de urgencia... cit., p. 608 y 609. En términos muy críticos, ampliamente, vide Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. Receptación y blanqueo... cit., p. 342 y 343. Aparentemente apoyando la reforma, Alfonso Laso, Diego de. La modificación del delito... cit., p. 254 y 255.

36. Idem, p. 614 y 615; Fabián Caparrós, Eduardo A.: *El delito de blanqueo*... cit., p. 292 y ss.

37. Adviértase que la Ley Orgánica 15/2003 modificó el art. 33.2 del Código Penal, estableciendo a partir de entonces que sólo sería pena grave –referida a delitos graves– la prisión superior a cinco años.

38. Con todo, este mismo texto defendió en su parte articulada una regulación bastante incoherente, previendo que su art. 309 alojara, compartiendo Capítulo con la receptación, una regulación genérica del delito de blanqueo –referido a la legalización de bienes derivados de cualquier delito grave– y, simultáneamente, que sus arts. 356 y 357 anunciaran el más amplio castigo del lavado de activos cuando éstos procedieran de delitos relacionados con el tráfico de drogas. El Proyecto de 1992 se malogró, pero de algún modo reveló una tendencia que ha sobrevivido hasta hoy: el mantenimiento de las formas heredadas de la *Convención de Viena*, el forzado parentesco con el encubrimiento con ánimo de lucro y la excesiva vinculación al delito previo, de la que hizo depender la proporcionalidad del castigo. En términos generales, el blanqueo previsto en el art. 309 establecía su base sancio-

La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003[39] supuso un cambio trascendental en este terreno, universalizando el cuadro de infracciones previas a cualquier delito. Posiblemente éste haya sido uno de los pasos más importantes que ha experimentado el delito de blanqueo en pos de su definitiva autonomía, además de ofrecer facilidades probatorias a la acusación, dado que desde entonces no es preciso demostrar que el reo tuvo conocimiento de la concreta procedencia de los bienes, bastando evidenciar un conocimiento genérico respecto de su origen criminal, en abstracto. A todo ello se añade el *restyling* que ha operado la más reciente Ley Orgánica 5/2010, que ha sustituido la palabra "delito" por la expresión "actividad delictiva". Este cambio fue propuesto por el Consejo Fiscal con motivo en su Informe al Anteproyecto[40] con el objetivo confeso de trasladar a la ley positiva el pacífico criterio jurisprudencial según el cual no es necesario que exista una resolución judicial condenatoria que se pronuncie sobre el delito previo, bastando con que quede probado en términos fácticos.[41] Podría decirse que con ello se completa el proceso de autonomía del blanqueo en este terreno, ya iniciado –conforme a un "criterio afín" al de accesoriedad en la participación, empleando una expresión inspirada en la rúbrica que ahora deroga la Ley Orgánica 5/2010– con la vigencia del art. 300.

Sin embargo, en este nuevo contexto normativo sorprende que se mantenga la agravación prevista en el párrafo segundo del art. 301.1,

natoria en seis meses de privación de libertad, mientras que el recogido en el art. 356, que describía una conducta prácticamente idéntica –salvo en lo referente a la procedencia de los bienes– la fijaba en tres años.

39. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal*, *BOE* n. 283, de 26 de noviembre, p. 41842 y ss.

40. Consejo Fiscal. Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible en Diego Díaz-Santos, María Rosario; Matellanes Rodríguez, Nuria P.; Fabián Caparrós, Eduardo A. (comps.). *Anteproyecto de Ley Orgánica...* cit., p. 198.

41. Entre los pronunciamientos más recientes, vide las SSTS 313/2010, de 08 de abril; 28/2010, de 28 de enero; 115/2007, de 22 de enero etc. No parece que haya otras motivaciones en la reforma, como podría ser el interés de ampliar el cuadro de infracciones antecedentes a las faltas, según considera –a nuestro juicio, con acierto– Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli: Receptación y blanqueo... cit., p. 341 y 342.

según el cual debe imponerse la pena en su mitad superior "cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código". A la luz de los principios de lesividad y proporcionalidad, ¿acaso el blanqueo de bienes derivados del narcotráfico implica mayor desvalor que el que se practica sobre otros? Incluso apreciando la situación desde la perspectiva de quienes relativizan la autonomía del delito respecto del injusto de la previa infracción, ¿merece especial atención el lavado de los bienes del narcotráfico que el de las ganancias de otros mercados ilegales organizados, como el comercio de personas, armas u órganos humanos?

A partir de estos argumentos, sorprende aún más que la Ley Orgánica 5/2010 haya introducido un párrafo tercero a este art. 301 en el que, con idéntica técnica y consecuencias que el que acabamos de comentar, agrave la pena "cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX ["Delitos contra la Administración Pública"] o en alguno de los delitos del Capítulo I ["De los delitos sobre la ordenación del territorio"] del Título XVI". Es obvio que la reforma, fruto de una enmienda transaccional debatida en el Congreso, encontró acogida en atención a los escándalos de corrupción bien conocidos a través de los *mass media*.[42] La indiscutible gravedad de los vínculos entre blanqueo y corrupción no justifica, a nuestro juicio, este agravamiento específico del castigo.[43]

42. La redacción inicial del Proyecto no contenía esta agravación, que fue introducida como enmienda n. 32 del Congreso, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds (Proyecto de Ley 121/000052, *Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, *BOCG* de 18.03.2010, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, n. 52-9, p. 19). Como sus defensores argumentaron, "es evidente [que] la gravedad es mayor cuando se trata de corrupción pública, por la desconfianza que genera entre los ciudadanos el Estado y sus gestores y por la propia naturaleza pública de la propiedad o bienes sustraídos". En contra de lo defendido por Diego de Alfonso Laso (La modificación del delito... cit., p. 258), no parece que esta agravación derive de la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio, *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* (*DOUE* n. L 192, de 31.07.2005), ni de la Directiva 2005/60/CE o de la Directiva 2006/70/CE, antes citadas.

43. Sobre los vínculos entre blanqueo y corrupción ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en el trabajo Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Fabián

En el marco internacional, desde la limitada *Convención de Viena* de 1988 hasta nuestros días, las iniciativas internacionales han tendido progresivamente a la ampliación del cuadro de delitos previos. En el marco de Naciones Unidas, la Convención *contra la delincuencia organizada transnacional*, de 15.11.2000 (en lo sucesivo, *Convención de Palermo*)[44] exige a las Partes en su art. 6.° que tipifiquen los actos de blanqueo respecto de "la gama más amplia posible de delitos determinantes" y en idénticos términos se pronuncia el art. 23 la Convención *contra la corrupción*, de 31.10.2003 (en lo sucesivo, *Convención de Mérida*).[45] Por su parte, bajo la cobertura institucional del Consejo de Europa, el Convenio *relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, de 16.05.2005 (en lo sucesivo, *Convenio de Varsovia*)[46] de 2005 –que bien puede considerarse una puesta al día del Convenio *relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*, de 08.11.1990 (en lo sucesivo, Convenio de Estrasburgo)–[47] requiere a las Partes que tipifiquen el blanqueo, al menos, respecto de una relación de veinte grupos de delitos contenidos en su anexo, ofreciendo en su art. 9.° la posibilidad de evitar la completa generalización de infracciones determinantes en atención a criterios de insignificancia de la pena. Los instrumentos indicados no agotan los compromisos contraídos al respecto por España, que también proceden del ámbito comunitario.[48]

CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 81, 2009, p. 7 y ss.

44. Instrumento de ratificación, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE*, n. 233, de 29.09.2003, p. 35280 y ss.
45. Instrumento de ratificación, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE*, n. 171, de 19.07.2006, p. 27132 y ss.
46. Instrumento de ratificación, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE*, n. 155, de 26.06.2010, p. 56174 y ss.
47. Instrumento de ratificación, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE*, n. 252, de 21.10.1998, p. 34713 y ss.
48. Con independencia de la transposición de las Directivas sobre blanqueo de capitales a las que se ha hecho sumaria referencia en el apartado 2 *supra*, y que afectan directamente a los aspectos preventivo-administrativos del fenómeno, la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26.06.2001, *relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (*DOUE* n. L 182, de 05.07.2001), estableció una suerte de "comunitarización" del

5. El problema del autoblanqueo

Una de las cuestiones más controvertidas en torno al diseño típico y la aplicación del delito de blanqueo es la referente a la posibilidad de apreciarlo en aquellos casos en los que quien legaliza los bienes es el mismo sujeto que los ha obtenido antes mediante la comisión de la infracción determinante, esto es, el denominado "autoblanqueo".

Sin duda, con este debate asistimos a un capítulo más de la polémica en torno a la autonomía del lavado de activos respecto del delito antecedente. Si se estima que el blanqueo no es más que una modalidad específica de favorecimiento, el autoblanqueo no deberá castigarse, toda vez que quien lo practica está encubriendo su propio delito.[49] Buena parte de la doctrina participa de esta misma forma de entender las cosas,[50] cuyo principal apoyo estriba sobre la consideración del blanqueo como una "conducta afín a la receptación".

Si la rúbrica del Capítulo que aloja a ambas figuras abona la impunidad, también es cierto que de la interpretación de los tipos vigentes hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 cabría deducir conclusiones completamente diferentes. En efecto, desde hace tiempo

Convenio de Estrasburgo de 1990, impidiendo a los Estados miembros que formularan reservas al mismo, entre otras cosas, en relación con el cuadro de delitos previos. En especial, el apartado b) de su art. 1.º previó la necesidad de incluir dentro de ellos a todos los que lleven aparejada una pena privativa de libertad máxima superior a un año o mínima superior a seis meses.

49. Isidoro Blanco Cordero (*El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona: Aranzadi, p. 469 y ss.) describe los diferentes criterios dogmáticos –hecho posterior copenado, no exigibilidad de otra conducta, impunidad del autoencubrimiento, aplicación de una causa supralegal de exculpación– a través de los cuales la doctrina entiende que el autoblanqueo es penalmente irrelevante.

50. Además de la obra de Blanco Cordero citada en la nota anterior, y entre otros muchos, describen la polémica entre partidarios y detractores del autoblanqueo Aránguez Sánchez, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 169 y ss.; Díez Ripollés, José Luis. El blanqueo de capitales... cit., p. 611; Fabián Caparrós, Eduardo A. *El delito*... cit., 316 y ss., 368 y ss.; Lombardero Expósito, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Barcelona: Bosch, 2009, p. 165 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. Receptación y blanqueo... cit., p. 343 a 345.

se ha llamado la atención sobre el hecho de que, mientras el delito de receptación contenido en el art. 298 requiere que el sujeto activo "no haya intervenido ni como autor ni como cómplice" en la infracción previa, el art. 301 ha mantenido un completo silencio al respecto, no excluyendo por ello la ampliación del castigo.[51]

Esta divergencia coincide con la falta de un criterio unitario en nuestra jurisprudencia. En general, el Tribunal Supremo ha rechazado la compatibilidad entre ambas sanciones cuando los bienes blanqueados por un determinado sujeto proceden específicamente del delito previo por él mismo cometido[52]. Valiéndose del mismo argumento, la ha aceptado cuando se ha observado que faltaba esa identidad.[53] En otras ocasiones, ha admitido el autoblanqueo basándose implícita o explícitamente en criterios de lesividad, admitiendo la autonomía del delito contenido en el art. 301 del Código Penal y, por ello, negando la infracción del principio *non bis in idem*.[54]

Ante esta situación, no extraña que el propio Tribunal Supremo haya tratado de unificar su doctrina mediante el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, de 18.07.2006, conforme al cual "el art. 301 del Código

51. Defendiendo por ello el castigo del autoblanqueo, vide PALOMO DEL ARCO, Andrés. Receptación y conductas afines, en VIVES ANTÓN, Tomás; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.). *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, Madrid: CGPJ, 1996, p. 447. Matizadamente, VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 110 y 111.

52. En tal sentido, vide la STS 575/2003, de 14 de abril, sobre cuyos fundamentos se han construido posteriores resoluciones. Considerando que el blanqueo no es más que "una modalidad de la clásica receptación", destaca la reciente STS 637/2010, de 28 de junio.

53. Así, vide las SSTS 707/2006, de 23 de junio; 771/2007, de 22 de septiembre; 413/2008, de 30 de junio, o el ATS 1035/2010, de 02 de junio.

54. En cuanto al reconocimiento de una lesividad específica, merecen citarse la STS 309/2010, de 31 de marzo, o la clásica STS 1293/2001, de 28 de julio, según la cual "la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal". Se refieren concretamente a la indemnidad del principio *non bis in idem* las SSTS 145/2008, de 08 de abril; 2822/2009, de 10 de diciembre; 796/2010, de 17 de septiembre, o la citada 309/2010, de 31 de marzo.

Penal no excluye, en todo caso, en concurso real con el delito antecedente"; un posicionamiento un tanto tibio,[55] que no nos ofrece una solución unívoca al problema –tan solo permite el concurso real, no lo exige–, pero que, probablemente, responda a una realidad muy diversa que no se somete fácilmente al encorsetamiento.

Con todo, una de las aportaciones más importantes que ofrece el análisis de los casos resueltos por el Alto Tribunal nos traslada al ámbito fenomenológico, poniendo claramente de manifiesto que, al margen de la ubicación sistemática que el legislador le haya otorgado en el marco del Código Penal, el blanqueo de capitales es un *aliud* respecto de la receptación o el encubrimiento. Así, resulta especialmente reveladora la STS 1597/2005, de 21 de diciembre, que afirma lo siguiente:

"El que pone en marcha un complejo entramado aprovechando las oportunidades que proporcionan las entidades financieras o sociedades interpuestas, desarrolla una actividad que adquiere sustantividad propia y se sitúan por encima y al margen de las fuentes originadoras del dinero ilícito, ya sea el tráfico de drogas o cualquier otra modalidad de crimen organizado. En estos casos, es posible y exigible deslindar las dos actividades sin perjuicio de que pueda existir una conexión entre los que participan en la generación de los beneficios ilícitos y los que dirigen todo el entramado para sanear los beneficios y dar apariencia de legalidad introduciendo en el tráfico mercantil y financiero importantes sumas de dinero. Esta actuación incide sobre otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad".

Más recientemente, la STS 309/2010, de 31 de marzo, abunda en estos mismos planteamientos, incidiendo en este caso sobre la profesionalización del blanqueador en el marco de una estructura organizada:

"El recurrente forma parte de una estructura permanente, dedicada a la transformación de ganancias que vienen obteniéndose a lo largo de un período de tiempo muy superior a la franja cronológica en la

55. Destaca Manjón-Cabeza Olmeda (Receptación y blanqueo... cit., p. 344 y 345) que en este Acuerdo se prevea la necesidad de que actúen Salas de cinco o más Magistrados para resolver los asuntos relacionados con esta materia y que, además, en esa misma fecha, el Pleno adoptara un segundo Acuerdo de alcance general recordando que "los Acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes".

que ha quedado delimitado el objeto del proceso. Basta comprobar el informe acerca de la ausencia de toda actividad económica por parte de los acusados, para concluir que el dinero aprehendido, los inmuebles objeto de transacción, los automóviles a nombre del recurrente y otros acusados, son la mejor muestra de que no se está sancionando el mismo hecho".

En los dos últimos casos citados se apreció la plena compatibilidad entre la responsabilidad penal por el blanqueo y el delito previo. Y se hizo en consideración al papel que desempeña el lavado de activos en el marco de las formas más o menos organizadas de criminalidad. Cuando el flujo de ganancias derivadas de la explotación de mercados ilegales es continuo, también se perpetúa la necesidad de regularizar sus rendimientos. En tales circunstancias, resulta prácticamente imposible establecer una conexión específica entre un determinado suceso delictivo previo y el lavado de su rendimientos. Precisamente por ello, identificar la conducta de quien lava las ganancias que antes ha obtenido como un supuesto especial de autoencubrimiento no tiene demasiado sentido; al menos, en los casos en los que el blanqueo de bienes constituye el eje financiero de una "industria delictiva", aquellos en los que adquiere su máxima significación socio-económica y, por ello, su mayor autonomía.

La tantas veces citada Ley Orgánica 5/2010 ha supuesto una auténtica revolución a este respecto. Tras su vigencia, el párrafo primero del art. 301.1 del Código Penal castiga al blanqueador cuando los bienes sobre los que actúa proceden de una actividad delictiva cometida "por él o por cualquiera tercer persona".[56]

56. La redacción inicial del Proyecto también previó el castigo del autoblanqueo, pero empleando la más simple expresión "por él o por terceras personas". La fórmula "por él o por cualquiera tercera persona" procede de la enmienda n. 358 del Congreso, presentada por el Grupo Parlamentario Popular (Proyecto de Ley 121/ 000052, *Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, *BOCG* de 18.03.2010, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, n. 52-9, p. 161 y 162). La enmienda quiso evitar la interpretación – infundada, a nuestro juicio – de que "para que exista delito no sólo debe tenerse conocimiento de que los bienes proceden de un delito sino que debe saberse la persona que lo cometió". La enmienda n. 284 del Congreso, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds (p. 126 y 127 del mismo documento parlamentario) formuló una amplia justificación abundantemente orientada a la expresa tipificación del autoblanqueo, pero la modificación propuesta –que, finalmente, fue rechazada por la Ponencia–

Sin duda, la decisión será criticada. De hecho, ya antes de su entrada en vigor ha habido algún pronunciamiento judicial que parece rebelarse ante este cambio legal.[57] Con todo, creemos que la decisión legislativa es la correcta, dado que responde a la propia sustantividad de este delito y da correcta respuesta a su propio desvalor.

Por otra parte, la reforma aportada por la Ley Orgánica 5/2010 es la más coherente con los compromisos asumidos por España ante la Comunidad Internacional. Siempre en el ámbito de las Naciones Unidas, tanto el apartado 2.e) del art. 6.º de la *Convención de Palermo* como el apartado 2.e) del art. 23 de la *Convención de Mérida* coinciden en su redacción al exigir que "si así lo requieren los principios fundamentales del Derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante". En consecuencia, sólo excepcionalmente no debe castigarse el autoblanqueo.

6. La denominación del delito

Aunque siempre sea más importante la esencia que la forma, que la Ley Orgánica 5/2010 por fin emplee la expresión "blanqueo de capitales" para denominar el delito que nos ocupa constituye un gesto que, indudablemente, también habla en beneficio de su autonomía sustancial. En general, se trata de una medida aceptada de buen grado por los primeros comentaristas de la reforma.[58]

incidió mucho más sobre la modalidad comisiva que sobre el sujeto activo, materia sobre la que apenas se pronunció.

57. Refiriéndose al autoblanqueo, la STS 637/2010, de 28 de junio –por ello, dictada cinco días más tarde de la publicación en el *BOE* de la Ley Orgánica 5/2010, comenzando su periodo de seis meses de *vacatio legis* que marca su Disposición final séptima–, descarta el castigo del autoblanqueo afirmando que "de momento, el tipo penal vigente (...) nos sitúa ante una modalidad o una variante del antiguo delito de receptación (...) lo que supone que no se ha intervenido en el delito ni como autor ni como cómplice", para añadir que "esta situación se ve modificada (...) por el nuevo texto del Código Penal que incluye en el blanqueo al propio autor de los hechos delictivos. Ahora bien, esta posibilidad incriminatoria nos está vedada en estos momentos".

58. Vide Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. Receptación y blanqueo... cit., p. 339 y 340. Aparentemente, Alfonso Laso, Diego de. La modificación del delito... cit., p. 254.

Refiriéndose a los capitales, la Real Academia Española define el término "blanqueo" como el "delito consistente en adquirir o comerciar con bienes, particularmente dinero, procedentes de la comisión de un delito grave".[59] Acotaciones jurídicas aparte –no corresponde a la Academia la enseñanza del Derecho Penal–, la inclusión oficial de esta acepción al Diccionario legitima a todas luces su incorporación al texto punitivo fundamental. Parecen haberse quedado atrás las opiniones de quienes entendían que la expresión era "puro argot"[60] o, incluso, "más propia de la jerga periodística que de un Código penal";[61] perspectivas que, en definitiva, hicieron que la figura que nos ocupa se haya denominado "conducta afín a la receptación" hasta el momento presente.

A la vista de lo ocurrido, sorprende que no se plantearan objeciones en su momento a que la Ley 19/1993 *sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*[62] –a su vez, resultado de la transposición de la Directiva 91/308/CEE *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, ante citada– fuera así titulada, o que la misma denominación fuera también asumida por el Real Decreto 925/1995 que la desarrolló reglamentariamente.

59. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Madrid: Espasa-Calpe, 2001 (22. ed.), disponible on-line en: www.rae.es.

60. Consejo General Del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial, disponible en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 48 (1992), p. 645 y ss. El criterio del Consejo no fue atendido entonces por el Gobierno y la expresión "blanqueo de capitales" fue incluida en el Proyecto de 1992. Caducado éste, el Proyecto de 1994 –y, con ello, el Código de 1995– aceptó la sugerencia contenida en el citado Informe, dando a la rúbrica del Capítulo XIV del Título XIII del Código Penal, en su Libro II, la redacción que ha estado vigente hasta la Ley Orgánica 5/2010: "De la receptación y otras conductas afines".

61. La expresión es de Bajo Fernández, Miguel. Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos, en VV.AA. *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid: Edersa, 1993, p. 146. En términos igualmente críticos, vide también Ruiz Vadillo, Enrique. El blanqueo de capitales... cit., p. 114; Díez Ripollés, José Luis. El blanqueo de capitales... cit., p. 612 y 613.

62. Ley 19/1993, de 28 de diciembre, *sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*, *BOE* n. 311, de 29 de diciembre, p. 37327 y ss. Luego de ser reformada varias veces, fue derogada y sustituida por la nueva Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, *BOE*, n. 103, de 29 de abril, p. 37458 y ss.

En el ámbito supranacional el problema de la denominación, sencillamente, no ha existido prácticamente nunca. Ni en el ámbito comunitario –valga el ejemplo que se acaba de mencionar, o el de la también citada Directiva 2005/60/CE, que la sucedió– ni en el internacional se ha rehusado el empleo del término. Sin ánimo de agotar los instrumentos a los que se encuentra vinculado el Estado español, tanto la *Convención de Palermo* como la *Convención de Mérida* hablan expresamente del delito de blanqueo y de su prevención. Y algo similar cabe decir del *Convenio de Estrasburgo* y del *Convenio de Varsovia*.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo ha utilizado sin reservas la denominación que ahora se integra en el Código Penal –al menos en este punto, cabe afirmar que la jurisprudencia ha sido uniforme–, llegando a emplearla en el Acuerdo de Sala de 18.07.2006, antes citado.

7. Conclusiones: la ley orgánica 5/2010 y la "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en España

Realmente, tras las sucesivas reformas que ha experimentado el delito de blanqueo en nuestro Código Penal hasta nuestros días, se ha establecido una considerable distancia entre la receptación y el blanqueo de capitales. En tal sentido, que ambos delios compartan Capítulo en el texto de 1995 constituye un hecho poco más que circunstancial.

En términos generales, la regulación actual del blanqueo goza de una mucho mayor autonomía, de una mayor adecuación a los compromisos supranacionales contraídos por nuestro país y –probablemente, lo que es más importante– de una mejor adaptación al fenómeno al que dan forma jurídica. Además, la coherencia entre la regulación penal y administrativa –representada esta última, esencialmente, por la ya citada Ley 10/2010– ha aumentado considerablemente.

Centrándonos en los cambios que ha aportado la Ley Orgánica 5/2010 a la autonomía conceptual del delito, los progresos podrían resumirse en los siguientes aspectos:

a) Por fin se llaman las cosas por su nombre. Superando el temor que supuso en su día la incorporación al Código Penal de un términos tachados de pertenecer a la jerga del hampa, la expresión "blanqueo de capitales" ha entrado en el texto punitivo fundamental para denominar un título de imputación penal cuya afinidad con otras figuras es mucho más aparente que real. Además, dado que se trata de una denominación

que ya venía siendo utilizada sin reparos en otros sectores del nuestro ordenamiento jurídico, la reforma reforzará la coherencia del sistema.

b) Se ha consolidado la línea iniciada con la Ley Orgánica 15/2003 en lo que se refiere a la universalización del cuadro de infracciones determinantes, extendiéndolo a toda "actividad delictiva", debiendo entender por tales las conductas típicamente antijurídicas, no importando si el autor o el cómplice del hecho es irresponsable o está personalmente exento de pena.

c) Se penaliza en términos imperativos la figura del autoblanqueo. La reforma de 2010 resuelve definitivamente las vacilaciones de una jurisprudencia que ni siquiera pudo unificar su doctrina tras el citado Acuerdo de Sala de 18.07.2006, tipificando expresamente la conducta de quien blanquea bienes derivados de los delitos que haya cometido previamente. Adviértase, en cualquier caso, que esta medida legislativa encomienda al operador jurídico una nueva e importante responsabilidad, como es la de determinar –a la luz de la función interpretadora de los tipos penales que se le asigna al bien jurídico– en qué casos podemos hablar de un verdadero caso de blanqueo de capitales y en qué otros estamos antes meras formas de agotamiento o encubrimiento no punible. Sólo cuando la legalización de bienes ostenta ciertos caracteres cualitativos y cuantitativos puede hablarse con propiedad de un ilícito autónomo, dotado de un contenido material propio, que debe castigarse con independencia de quién sea el sujeto activo.

Con todo, no todo es luz en la reforma. En especial, merecen destacarse dos aspectos negativos que, más de veinte años después de su primera incorporación al Código Penal, sitúan al delito de blanqueo de capitales ante un estresante *flash back* incoherente con su autonomía:

a) La adición de los verbos "poseer" y "utilizar" al tipo básico contenido en el art. 301.1 aproxima peligrosamente ciertas conductas demasiado cercanas a la receptación al ámbito del blanqueo de capitales; comportamientos que, por su propia naturaleza, nada tienen que ver con los efectos socio-económicos que caracterizan al blanqueo. Realmente, lo que ha hecho el legislador ha sido tipificar expresamente ciertos casos que los Tribunales han castigado al amparo de la preocupante cláusula general – que, por lo demás, permanece en el precepto – conforme a la cual puede recaer en el tipo el que "realice cualquier otro acto" de finalidad encubridora.

b) Que el legislador haya añadido un párrafo tercero al art. 301.1, agravando en castigo de quienes legalicen bienes derivados de delitos contra la Administración Pública o la ordenación del territorio, del mismo que ya se hizo con motivo de la redacción original del Código Penal en 1995 respecto del tráfico de drogas, resulta una medida tan incoherente como comparativamente injusta. Incoherente, porque no tiene sentido que la Ley Orgánica 5/2010 refuerce la autonomía del delito de blanqueo de capitales con medidas como las antes indicadas y, simultáneamente, vuelva la mirada atrás para buscar referencias para el castigo en la infracción determinante. Comparativamente injusto, porque el Parlamento se ha dejado llevar por criterios de alarma social, olvidando que hay otros muchos delitos que protegen bienes jurídicos de extraordinaria importancia y que, sin embargo, no disfrutan de esta –a pesar de todo, cuestionable– tutela complementaria.

52353

4

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

Luís Greco

Doutor e Mestre em Direito pela Ludwig Maximilians Universität, de Munique. Assistente junto à cátedra do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann.

Área do direito: Penal

Resumo: Analisa-se criticamente, só o prisma da autonomia, a recente decisão da Suprema Corte Argentina sobre a inconstitucionalidade da tipificação penal do porte de droga para consumo próprio.

Palavras-Chave: Legitimidade da intervenção penal – Autonomia – Drogas – Política criminal – Moralismo – Bem jurídico.

Abstract: This paper intends to critically analyze, under the scope of autonomy, the decision of the Argentinean Supreme Court on the non constitutionality of the criminal offense of drug possession for personal consumption.

Keywords: Criminal intervention legitimacy – Autonomy – Drugs – Criminal policy – Moralism – Legal right.

Sumário: 1. Introdução – 2. A decisão – 3. Eficiência e esfera privada na decisão – 4. Privacidade e autonomia: uma primeira aproximação: 4.1 Considerações terminológicas; 4.2 Três critérios negativos, ou por que são impuníveis os pensamentos? 4.3 Diretrizes adicionais para um conceito originário de autonomia: universalizabilidade; 4.4 Aplicação dos critérios especialmente ao tipo penal de posse de droga para o consumo próprio – 5. Conclusão: autonomia, bem jurídico, proporcionalidade.

1. Introdução[1]

O Tribunal Constitucional Argentino (Corte Suprema de Justicia de la Nación) decidiu no dia 25.08.2009 que o tipo penal da posse de droga para consumo próprio é inconstitucional. Os fundamentos dessa decisão foram especialmente dois: em primeiro lugar, a ineficiência do dispositivo como meio de combate às drogas na sociedade, o que se comprovaria especialmente pelo constante aumento do consumo de droga na Argentina e, em segundo lugar, a violação do art. 19 da Constituição argentina, que declara que ações privadas apenas interessam a Deus e não ao Direito Penal. No presente trabalho, concordo com o resultado a que chegou o Tribunal, mas critico alguns dos fundamentos da decisão e tento formular primeiras reflexões no sentido de um conceito aplicável de esfera privada ou de autonomia. Apesar de que eu também faça algumas referências à decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o caso da *cannabis*, o presente artigo não se vê nem como direito comparado, nem muito menos como notícia de direito estrangeiro, e sim como uma contribuição no sentido de uma ciência universal do Direito Penal.[2]

2. A decisão

O *direito positivo argentino* era, até a decisão, bastante parecido com o brasileiro ou o alemão. A vigente lei de tóxicos, a saber, a Lei 23.737 de 21.09.1989, previa em seu art. 14 o tipo penal da posse de

1. Tradução do próprio autor do original: Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums. In: Hefendehl (coord.). *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, p. 73-88.
   A decisão comentada refere-se ao caso Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080 (A 891 XLIV), disponível na página da Corte Suprema de Justicia de la Nación: www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=318764&fori=RHA00891-440; e também no chamado Internet-Archive: www.archive.org/stream/FalloArriola/1251221813_djvu.txt. A decisão será citada com base na numeração de seus parágrafos.
2. Para este conceito cf. Hirsch, Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft. Nationale und universale Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 116 (2004), p. 835 e ss.; Stuckenberg, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 34; Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 30.

tóxicos. O dispositivo tinha a seguinte redação: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal." Objeto da reclamação impetrada junto à Corte Suprema de Justicia de la Nación foi esse segundo parágrafo do dispositivo, que esclarece que também a posse para fim de consumo próprio é punível.

O *caso concreto* nada tem de espetacular. Um grupo de réus foi condenado por diversos delitos de tóxico. Cinco desses acusados foram condenados com base no mencionado art. 14, parágrafo II, da Lei 23.737. O réu G. A. F. tinha no bolso esquerdo de sua calça três cigarros de *cannabis*, que pesavam 0,283, 0,245 e 0,161 gramas, e os demais réus praticaram condutas similares (parágrafo 4).

A *decisão* se apoia numa série de razões, dentre as quais se podem destacar duas. Essas razões principais são, de um lado, a falta de eficiência da proibição penal, de outro, o art. 19 da Constituição Argentina e o nele contido imperativo de respeito à esfera privada do cidadão. Uma série de argumentos adicionais é mencionada tanto na decisão do colegiado, quanto nos votos individuais complementares de alguns juízes.

A decisão do colegiado recapitula, inicialmente, o histórico da jurisprudência constitucional argentina sobre o tipo em questão (parágrafo 10 e ss.), pois esta não é a primeira, nem mesma a segunda oportunidade em que a Corte se vê confrontada com o presente problema. Na chamada decisão Bazterrica (*Fallos*, 308:1392) de 1986, tinha o Tribunal declarado inconstitucional o tipo correspondente da antiga lei de tóxicos. Um ano depois, sancionou-se uma nova lei de tóxicos, que voltava a conter o tipo antes expurgado do ordenamento, e na chamada decisão Montalvo (*Fallos*, 313:1333) de 1990 esse dispositivo foi declarado constitucional. A Corte manifesta a intenção de voltar à linha da decisão Bazterrica, sem querer, contudo, dar impressão de que há ruptura direta com a decisão Montalvo.

O primeiro argumento principal é, como já foi dito, a *ineficácia da incriminação* (parágrafo 14 e ss.). As expectativas da decisão Montalvo teriam mostrado-se injustificadas (parágrafo 14), uma vez que os relatórios das Nações Unidas e as estatísticas oficiais comprovariam um constante crescimento do consumo de drogas (parágrafo 15).

O segundo argumento principal é o da *esfera privada* (parágrafos 17, 31 e ss.). O Tribunal acomoda esta consideração numa rede de aspectos similares: esse direito fundamental, também reconhecido pelas convenções internacionais de direitos humanos (parágrafo 17), é elevado pela Constituição Argentina no art. 19 à categoria de limite de qualquer proibição. O dispositivo reza: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". As ações descritas pelo art. 14, § 2.°, da Lei 23.737 não afetariam, em regra, quaisquer terceiros e por isso estariam compreendidas pelo art. 19 da Constituição argentina (parágrafo 31). O dispositivo seria manifestação da ideia liberal segundo a qual cada um tem o direito de seguir seu próprio plano de vida (parágrafo 32). A violação desse dispositivo leva à declaração de inconstitucionalidade do art. 14, § 2.°, da Lei 23.737 (parágrafo 36).

A decisão contém também uma série de *argumentos adicionais*. A alegação de que é necessário punir os consumidores para que se chegue aos verdadeiros criminosos seria uma instrumentalização dos primeiros (parágrafo 18). Do art. 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos derivaria um compromisso de proteção às vítimas, compromisso esse que seria violado pelo tipo penal em questão, que levaria à persecução penal e com isso a uma segunda vitimização das maiores vítimas da droga, que seriam os consumidores (parágrafo 18). Fundamentar uma criminalização com a periculosidade de certas pessoas violaria a dignidade humana (parágrafo 20). Os em si justificados bens jurídicos do bem comum, da ordem pública, da saúde pública ou do interesse público teriam, é verdade, de ser tutelados pelo Estado (parágrafo 21), mas não seria correto reportar-se a esses bens para eliminar ou esvaziar um direito garantido pela Convenção de Direitos Humanos, devendo-se ponderar e harmonizar os interesses em conflito (parágrafo 22). Seria de reconhecer-se um chamado princípio *pro homine*, segundo o qual deveria preferir-se a interpretação menos restritiva dos direitos humanos, e esse princípio estaria mais de acordo com a linha da decisão Bazterrica do que com a linha da decisão Montalvo (parágrafo 23). Os tratados internacionais contra drogas não obrigariam à punição da posse para consumo próprio (parágrafo 25).

Os *votos individuais* manifestam sua concordância com estas considerações e introduzem considerações adicionais, a saber: a de que seriam

inconstitucionais tanto as presunções de perigo, que se encontram nos crimes de perigo abstrato, como a imputação de danos que se produzem somente após a intervenção voluntária de um terceiro, ou a imputação de danos muito indiretos (Juiz Lorenzetti, parágrafo 13, p. 33); a de que a proteção do indivíduo contra si próprio não caberia ao direito penal (Juiz Fayt, parágrafo 30; Juiz Argibay, parágrafo 13), ou a de que a punição do consumidor significa um desperdício de recursos estatais, que deveriam estar sendo empregados no combate ao tráfico de drogas (Juiz Zaffaroni parágrafo 19).

3. Eficiência e esfera privada na decisão

Não pretendo, nas presentes reflexões, avaliar cada um dos argumentos da decisão. Interessa-me, sim, perguntar o que se pode aprender de uma decisão que cuida de um problema não exclusivamente argentino e que se baseia em razões de relevância transcendente ao direito argentino. Para tanto, julgo adequado limitar-me aos dois argumentos principais da decisão. As várias considerações adicionais foram, portanto, mencionadas mais com o objetivo de informar o público leitor, porque não retornarei mais a elas no restante do trabalho.

Parece-me cabível observar que a decisão contém uma *dupla tensão*. Os dois argumentos principais, o da efetividade e o do respeito à esfera privada, são não apenas em si mesmos problemáticos, como tampouco automaticamente compatíveis um com o outro.

3.1. O *argumento da efetividade* acima exposto apresenta fraquezas que, a rigor, se situam em dois planos: primeiramente na maneira como o argumento é desenvolvido na decisão, e, além disso, num plano mais fundamental, que diz respeito ao alcance geral de tais argumentos empíricos.

Neste *primeiro plano* é de se notar que, tal como o argumento é apresentado na decisão, ele se mosta tão *deficiente* que até surpreende que ele se encontre numa decisão de tamanha importância. Nem se mencione a chamada prerrogativa de avaliação do legislador, que por si só já bastaria para questionar grande parte dos juízos empíricos do Tribunal. O fato de que o consumo de drogas tenha crescido não significa que a proibição seja ineficaz, pois – ainda que se pressuponha que os dados levantados reflitam fielmente a realidade – não se pode saber se esses números não teriam subido ainda mais sem a proibição. Em segundo lugar, o argumento não é generalizável, o que é um sério problema numa decisão

de um tribunal constitucional: ou será que um eventual aumento do número de homicídios nas estatísticas levaria a que se considere inconstitucional o tipo de homicídio, por sua ineficácia? Em terceiro lugar, o argumento sequer chega aonde se propõe: o recurso às estatísticas não permite que se reconduza a suposta falha da concepção legislativa ao tipo ou a outros fatores, que poderiam ser desde uma deficiência de recursos dos órgãos de persecução penal ou a falta de uma estratégia global, e não apenas penal, para o enfrentamento do problema das drogas, até mesmo uma excessiva leveza da pena cominada. Se futuramente o legislador supuser que a ineficiência derivara desse último fator, o argumento da Corte Constitucional já não poderá impedir que a proibição seja algum dia reintroduzida – desde que com uma sanção mais severa.

A maior vantagem do argumento está correlacionada à sua estrutura geral e é, a rigor, apenas a outra face de um *déficit geral* inerente a todos argumentos empíricos. A vantagem está em que a referência à não-produção dos efeitos preventivos esperados permite que o Tribunal avance a sua decisão não como ruptura, e sim como uma continuação da decisão Montalvo, que declarara a constitucionalidade do dispositivo. O déficit, porém, é que esse argumento tampouco poderá obstar a uma nova mudança da jurisprudência, dessa vez em sentido inverso. Pense-se apenas na hipótese altamente plausível de que os futuros levantamentos de dados registrem um ulterior aumento do consumo de drogas. Aqui se vê um problema geral de qualquer argumento empírico: conclusões derivadas de argumentos empíricos dependem da situação do mundo e são portanto *contingentes*, porque não apenas o nosso conhecimento do mundo, mas o próprio mundo como objeto desse conhecimento está em constante mudança. Se se quiser recorrer ao empírico para deduzir conclusões liberais, em especial limites ao poder do Estado, é de ter-se o cuidado de caracterizar esse argumento clara e expressamente como uma consideração adicional. Do contrário, não se fortalece, mas sim se acaba enfraquecendo o postulado limite ao poder estatal, uma vez que esse limite agora passa da situação contingente em que se encontre o mundo.

A segunda fraqueza do argumento, que ele também compartilha com qualquer argumento empírico de eficiência, é aquilo que noutro trabalho chamei de seu *ponto cego*:[3] se o que interessa é apenas a maximização

3. Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungs-

de estados de fato valiosos, considerações como direitos impassíveis de ponderação deixam de ser levadas em conta. Tais direitos se reduzem a meros "contra-interesses",[4] que têm de ser respeitados apenas enquanto não houver um número suficientemente grande de pessoas com um interesse forte o bastante em sentido contrário. Apesar de que esse problema seja especialmente visível no argumento da eficiência – afinal, no que diz respeito à questão quanto a se o tipo da posse de droga para uso próprio é um meio eficiente de combate às drogas, o indivíduo não tem nem a primeira, nem a última palavra – ele também é inerente a outras teorias parcialmente empíricas como a teoria do bem jurídico.[5] Isso significa, ao final, que o indivíduo não é respeitado por si mesmo, mas porque nós estamos dispostos a arcar com os custos desse respeito. Se quisermos voltar atrás na nossa boa vontade, o indivíduo pouco poderá objetar.

3.2. É de elogiar-se, inicialmente, que a decisão aposte tanto no argumento da *esfera privada*: diversamente da decisão da Corte Constitucional alemã, que afastou o argumento com uma frase à qual ainda voltaremos,[6] o Tribunal Constitucional argentino eleva o direito à privacidade a uma das colunas mestras de sua decisão. E a maior importância disso está em que tal argumento abre o caminho para que se superem os problemas da perspectiva empírica, acima apontados. Tão somente um argumento como o da privacidade possibilita que a recusa ao tipo de posse de droga para consumo próprio se fundamente em considerações não apenas de eficiência, ou seja, em considerações não mais dependentes da situação do mundo, que além disso essa recusa ocorra por respeito aos direitos do indivíduo e não apenas porque ela nos convém.

Ainda assim, a maneira como o argumento é usado na decisão apresenta uma falha, que torna questionável a obtenção dessas vantagens – e é por isso que eu não disse que essas vantagens teriam sido alcançadas pela decisão, mas apenas que o argumento abre o caminho para elas ou as

gerichts, ZIS 2008, p. 234 e ss. (236 e s.). (= Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch), trad. Alaor Leite/L. Greco, *RBCCrim* 82, São Paulo: Ed. RT, 2010, p.165 e ss. [176]).

4. Fundamental SCHAFFSTEIN, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. In Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt, 1936, p. 49 e ss. (56 e ss., 64).

5. Vide GRECO (como a nota 3).

6. BVerfGE 90, 145 (171).

possibilita. O problema é que o Tribunal se contentou com um *conceito de privacidade* que poderíamos chamar de "secundário" ou "residual". O alcance da esfera privada não é fixado a partir dessa esfera mesma, mas privado é aquilo que não afeta a terceiros. A questão quanto a se terceiros são afetados ou não é a logicamente primária. Apenas num segundo momento se pode avaliar se uma conduta está ou não compreendida na esfera privada: daí porque se pode falar de um conceito secundário de privacidade. A esfera privada é, nessa perspectiva, aquilo que resta, depois que se subtraem as afetações a terceiros: daí o caráter residual do conceito. Apesar de que a decisão do colegiado seja bem pouco explícita quanto ao seu entendimento do conceito de privacidade, os votos individuais demonstram que, de fato, se partiu de um tal conceito residual. Lê-se no voto do Juiz Lorenzetti "La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de tercero" (parágrafo 11, d), e o Juiz Fayt fala num "carácter preeminente al señorío de la persona, siempre que se descarte un peligro cierto para terceros" (parágrafo 16).

O problema de um tal conceito residual ou secundário de privacidade é que ele não consegue superar as duas deficiências que acima apontei nos argumentos empíricos. Em primeiro lugar, ele torna a determinação do conteúdo da esfera privada dependente de dados empíricos: é, em princípio, uma questão empírica se terceiros são afetados ou não. Isso abre caminho para decisões como a do Tribunal Constitucional alemão, que reportou-se às "múltiplas consequências e implicações sociais" do uso de droga para negar que aqui exista um direito inviolável.[7] E um tal conceito leva a que a esfera privada do indivíduo seja protegida não mais por consideração a ele, e sim a nós.

Todo comportamento, por mais escondido que venha a ser praticado, pode afetar indiretamente a terceiros. Nunca se pode dizer que um sujeito "só fuma seu baseado": antes de fumar, tem ele de obter a droga, isso é, de participar no mercado da droga; enquanto ele fuma, está ele deixando de fazer outras coisas, o que pode ter consequências para a economia ou para o mercado de trabalho; depois de fumar, pode ser que ele tome parte no trânsito, e num momento ainda mais tardio, pode ser que ele desenvolva problemas de saúde, com o que ele acaba onerando o sistema de saúde e de previdência. Não se pode excluir uma afetação de terceiros nem antes, nem durante, nem depois do consumo de tóxico. E

7. Como a nota 6.

o mesmo pode ser dito de comportamentos como masturbar-se, ler ou rezar, se se for suficientemente criativo (ou atento). O que sobra para a privacidade segundo um conceito residual é bem pouco.

A utilização de um conceito residual pela Corte é uma falha, que não pode, contudo, ser objeto de qualquer reproche. Primeiramente, o próprio direito positivo argentino, na literalidade do dispositivo constitucional em questão, induz a que se trabalhe com um conceito residual.[8] Em segundo lugar, é tarefa da ciência do direito penal construir e oferecer aos tribunais um *conceito* não mais residual, e sim *originário de privacidade*. Um conceito originário de privacidade seria um que não se obtém meramente *per subtrationem*, mas que se constrói a partir de si próprio.[9] É disso que me ocuparei a seguir.

4. Privacidade e autonomia: uma primeira aproximação

Não posso ter a pretensão de oferecer uma versão definitiva de um conceito originário e não mais apenas residual de privacidade. Como demonstraram as décadas de discussão sobre a chamada teoria das esferas, do Tribunal Constitucional alemão,[10] a determinação da esfera nuclear imponderável é uma tarefa um tanto difícil. As presentes considerações devem ser entendidas menos como uma teoria pronta do que como um convite à reflexão.[11] O ressurgimento da teoria das esferas na mais recente jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão desde a

8. Veja-se a redação do art. 19 da Constituição argentina, acima item 2.
9. Isso não significa que o indivíduo é entendido como um Robinson Crusoé e que os demais são desconsiderados.Pelo contrário, as considerações que abaixo serão desenvolvidas (item 4.3) sobre a universalização demonstram que a determinação da esfera de privacidade ou de autonomia para um indivíduo significa automaticamente a determinação dessas esferas para todos os indivíduos.
10. Resumo cético em Schünemann, LK 12. ed. 2009, Vor § 201 e ss. § 2 ss. com várias ulteriores referências. Essa teoria diferencia três "esferas": a mais interna, chamada de esfera da intimidade ou do núcleo da privacidade, que seria imponderável; a da privacidade ou do segredo, que seria passível de uma ponderação, ainda que bem severa; e a pública.
11. O presente estudo fica a dever principalmente aquilo que é a prova de fogo para qualquer novo critério, que é o seu confronto indutivo com numerosos potenciais contra-exemplos, o que provavelmente levaria não apenas a precisão do critério, mas também a algumas modificações.

decisão sobre a escuta domiciliar[12] encoraja a que não se percam as esperanças de chegar a um conceito originário. Afinal, sem um tal conceito não é possível fundamentar limites não-contingentes e não heterodeterminados ao poder de punir.

4.1 Considerações terminológicas

Ao invés de privacidade ou esfera privada parece-me mais adequado usar o termo *autonomia* ou mesmo soberania. Muitas das decisões do indivíduo que têm de ser respeitadas podem ser tomadas diante de terceiros e são, num certo sentido, não mais privadas, e sim públicas. Pense-se na decisão de andar de esqui ou de escalar uma montanha. E como o presente artigo não é uma contribuição à dogmática dos direitos fundamentais, e sim aos fundamentos filosóficos dos direitos fundamentais e do direito penal, não me preocuparei em delimitar âmbitos de proteção, interessando-me apenas pelas considerações materiais subjacentes.

4.2 Três critérios negativos, ou: por que são impuníveis os pensamentos?

Qualquer que seja o entendimento que se dê aos conceitos de privacidade ou autonomia, algo parece fora de questão: pensamentos fazem parte do âmbito de aplicação desses conceitos. *Cogitationis poenam nemo patitur*. A pergunta que agora nos ocupará e da qual podemos esperar alguma luz é: por quê? *Por que são impuníveis os pensamentos*? Uma primeira resposta, de que pensamentos não seriam fatos, e de que só se punem fatos, é insuficiente. Afinal, isso é menos uma resposta do que uma reformulação terminológica da pergunta original: perguntar por que não se punem pensamentos é o mesmo que perguntar por que só se punem fatos. Precisamos ir um pouco além.

A resposta tampouco pode ser que *não podemos ler ou provar um pensamento*. Primeiramente, isso sequer parece verdadeiro: novos avanços tecnológicos têm tornado cada vez mais visível a atividade cerebral, da qual fazem parte os pensamentos.[13] E ainda que esses aparelhos se mostrem insuficientes, não se pode excluir que essas insuficiências sejam

12. BVerfGE 109, 279; a respeito extensamente ROXIN, Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung, in: SCHÖCH et alii (coord.), Festschrift für Böttcher, 2007, p. 159 e ss. com ulteriores referências.

13. Quanto a isso, instrutivo e justificadamente crítico, STÜBINGER, Lügendetektor ante portas?, *ZIS* 2008, p. 538 e ss.

futuramente superadas. A proibição da punição de pensamentos estaria, com isso, relativizada e se tornaria dependente do estado de desenvolvimento das ciências empíricas. Considerações similares demonstram porque também é secundário que a punição de pensamentos levasse a uma *sobrecarga do sistema de persecução penal* e que daí pudessem decorrer problemas como a seletividade e o arbítrio. Sempre se poderá imaginar uma sociedade pacífica e abastada, em que praticamente não se cometem maus fatos, de modo que os juízes criminais e a polícia quase não teriam o que fazer, a não ser que se ocupassem também de maus pensamentos. Quando se fala numa proibição de punir pensamentos, se está defendendo um "não poder" no sentido forte de "não ter o direito", e não no sentido pragmático-contingente de um "não conseguir". Isso significa que o limite fala a língua do respeito, e não da conveniência.

É possível pecar por meio de pensamento. Maus pensamentos podem corromper o caráter. Se os pensamentos são ainda assim impuníveis, isto quer dizer que a corrupção moral do sujeito não é uma razão suficiente para justificar uma proibição penal. O chamado *perfeccionismo* é, portanto, *inadmissível*: o Estado não pode forçar os cidadãos à virtude.

Pensamentos podem tornar uma pessoa infeliz. Desejos insatisfeitos, apreensões, inveja, ódio, todos podem tornar a pessoa interiormente dividida e exteriormente amargurada. Para quem tem esses pensamentos, seria bom não os ter – e daí decorre que o bem do sujeito tampouco é uma razão suficiente para justificar uma proibição penal. O chamado *paternalismo direto* é também inadmissível:[14] o Estado não pode forçar os cidadãos à felicidade.

Pensamentos também são perigosos. Isto é comprovado não só pela história, que demonstra como as revoluções são antecedidas de uma mudança nos pensamentos, como é aceito pela dogmática da tentativa, que conhece o conceito de decisão de praticar o fato (*Tatentschluss*). Antes do início da execução há uma decisão de praticar o fato, o que

14. Para o conceito de paternalismo direto, que significa a intervenção na liberdade daquele cujo bem o Direito quer proteger, cf. FEINBERG, *Harm to Self*, New York/Oxford, 1986, p. 9; v. HIRSCH, Direkter Paternalismus: Sollen Selbstschädigungen bestraft werden? In: ANDERHEIDEN et al (coord.), *Paternalismus und Recht*, 2006, p. 235 e ss. (235); v. HIRSCH; NEUMANN, Indirekter Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen, *GA* 2007, p. 671 e ss. (671).

significa que a decisão de praticar o fato gera o perigo de que se cometa uma tentativa. Daí decorre algo que ainda pouco foi visto, e que tem relevância especialmente para a dogmática do § 30 StGB, o dispositivo do Código alemão que incrimina certos atos preparatórios, especialmente o acordo para cometimento de crime e a tentativa de instigação:[15] *nem mesmo a perigosidade* basta para justificar a punibilidade de algo. Isso significa também que a mera referência à perigosidade de uma ação não é suficiente para excluir que essa ação pertença ao âmbito de privacidade ou de autonomia do cidadão. E deve-se atentar que o perigo concreto é a consequência da perigosidade e o elo entre a perigosidade e o dano. Isso significa que *danos indiretos*, como os custos para o sistema de saúde, o cometimento de outros fatos delitivos por terceiros ou o apoio ao terrorismo ou à criminalidade organizada tampouco são prova suficiente de que se ultrapassou a esfera de autonomia.

4.3 *Diretrizes adicionais para um conceito originário de autonomia: universalizabilidade*

Deixo em aberto se a pergunta que até agora nos serviu de guia pode continuar a ajudar-nos. Quero agora introduzir considerações adicionais para determinar um conceito originário de autonomia, as quais não guardam relação tão direta com a pergunta do porquê de não se punirem pensamentos.

a) Universalizabilidade. Todos os seres humanos são portadores de autonomia. Daí decorre que a esfera de autonomia de um não pode negar a esfera de autonomia do outro, mas tem de ser com ela compatível. Noutras palavras: a esfera de autonomia tem de passar no teste da *universalizabilidade*.[16] O seu conteúdo tem de poder ser reconhecido a todos os seres humanos de igual maneira.

15. A doutrina provavelmente dominante continua a fundamentar o dispositivo referindo-se à perigosidade dos comportamentos ali descritos, cf. por exemplo, Lackner; Kühl, *StGB*, 26. ed., 2007, § 30, parágrafo 1; extensivamente Schünemann, *LK-StGB*. 12. ed. 2007, § 30, parágrafo 3, 10 e ss. Até os críticos Fieber, *Die Verbrechensverabredung*, 2001, p. 187 e ss., e Zaczyk, *NK*. 2. ed. 2005, § 30, parágrafo 7, limitam-se a objetar que inexistiria qualquer perigosidade em todas ou algumas das condutas descritas no dispositivo, ou seja, eles tampouco questionam que a perigosidade de um comportamento baste para legitimar uma proibição.

16. Devo esta ideia a uma conversa com o Prof. Dr. Joachim Renzikowski (Universidade de Halle).

O conceito de universalizabilidade é sabidamente difícil. Principalmente a discussão filosófica em torna do imperativo categórico de Kant empenhou notável esforço no sentido de precisar o sentido desse conceito.[17] Não me parece claro de que maneira essa literatura pode ajudar-nos. Há razões para dúvidas, pois a universalizabilidade de que se ocupam os intérpretes de KANT é entendida como pressuposto suficiente para considerar correta uma ação, enquanto para nós esse conceito só funciona como pressuposto necessário para considerar uma ação algo pertencente à esfera de autonomia. A pergunta de que nos ocupamos é, portanto, diversa da que discute a literatura sobre Kant.

O que significa, em nosso contexto, universalizabilidade? Como primeira aproximação pode-se afirmar: universalizabilidade significa, antes de mais nada, que a prática de um determinado comportamento *não pode ser um privilégio*, que só se pode reconhecer a uns poucos escolhidos. Detonar uma bomba na própria residência não pertence à esfera de autonomia, porque esse comportamento não pode ser praticado por várias pessoas simultaneamente – a explosão da primeira bomba exclui que o vizinho faça o mesmo. Pelas mesmas razões é também legitimável o § 40, I, da *Sprengstoffgesetz* (Lei de Explosivos), que tipifica a conduta de lidar com explosivo sem autorização: o ato autorizativo quer justamente assegurar que se está exercendo um direito que assiste a todos, e não um privilégio. Isso significa que um comportamento só pertence à esfera de autonomia se a sua prática por um indivíduo não exclui que outros indivíduos também o pratiquem. Ou seja, a autonomia de um indivíduo *não pode colidir* com a de outro, pois senão uma autonomia prevaleceria às custas da outra – a autonomia de um valeria mais do que a do outro – e se teria num privilégio. Se ocorre uma colisão, torna-se necessário

17. Cf. por exemplo, AUL, Aspekte des Universalisierungspostulats in Kants Ethik, *Neue Hefte für Philosophie* 22 (1983), p. 62 e ss.; BRANDT, Ethical Theory, Englewood Cliffs, 1959, p. 27 e ss.; DIETRICHSON, Kant-Studien 55 (1964), p. 143 e ss.; HILL JR., Kantian Normative Ethics. In: COPP (coord.), The Oxford Handbook of Ethical Theory, Oxford, 2006, p. 480 e ss. (p. 481 e ss.); HOERSTER, Kants kategorischer Imperativ als Test unserer sittlichen Pflichten, in: RIEDEL (coord.), Rehabilitierung der praktischen Philosophie, Bd. II, 1974, p. 455 e ss. (456 e ss.); KORSGAARD, Creating the Kingdom of Ends, Cambridge, 1996, p. 77 e ss.; POGGE, The Categorical Imperative. In: HÖFFE (coord.). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Ein kooperativer Kommentar*, 3. ed., 2000, p. 172 e ss.; WIMMER, Die Doppelfunktion des Kategorischen Imperativs. *Kant-Studien* 73 (1982), p. 291 e ss. (303 e ss.).

ponderar, e isso significa que já se ultrapassou o campo absolutamente protegido e imponderável da autonomia. É interessante observar que essas considerações levam à ideia do *respeito à autonomia de terceiros* ou à chamada proibição de instrumentalização. O reconhecimento de todo sujeito autônomo enquanto tal está ligado a que a autonomia não é um privilégio, mas tem de ser universalizável.

Duas observações: Estas três ideias – autonomia não é um privilégio, autonomia não colide com autonomia e autonomia pressupõe respeito pela autonomia do terceiro – estão *intimamente interligadas*. Deixo, porém, em aberto quais as relações lógicas entre as três ideias, isto é, se elas se relacionam entre si como razão e consequência, ou se elas são verdadeiros sinônimos, ou se se tratam de três aspectos de uma mesma ideia mais geral de universalização. Em segundo lugar, deve-se sublinhar que a não-universalizabilidade de que aqui falo apenas significa que o comportamento em questão não é privado, ou melhor, não está compreendido na esfera de autonomia. A pergunta quanto a se esse comportamento pode ser declarado punível ainda não está respondida. O único que está claro é que esse comportamento não interessa apenas ao autor, mas também a outros, e que ele pode interessar ao Estado, se estiverem atendidas ulteriores exigência, agora de caráter predominante consequencialista, às quais retornaremos abaixo, no item 5.

b) *Universalização e desiguais*. A universalização pressupõe uma certa igualdade. Eu só posso aquilo que todos os outros também podem. Pergunta-se, assim, se o critério também é utilizável se o comportamento se dirige a um desigual – por exemplo, a uma criança, a um enfermo mental ou a um animal. Pense-se nos maus-tratos de crianças ou enfermos mentais, na pornografia infantil ou na crueldade com animais. Está claro que é falha qualquer teoria que adscrever tais comportamentos ao campo do que é impassível de qualquer proibição.

É verdade que o critério do privilégio e o critério da colisão não chegam, pelo menos à primeira vista, tão claramente a esse resultado. Afinal, crianças, doentes mentais e animais não dispõem, ao que parece, de capacidades intelectuais para exercitar direitos que se situem no mesmo nível dos direitos do agente e que com eles poderiam colidir. O critério do respeito demonstra, contudo, que essa primeira impressão é incorreta. Para que isso fique claro, é necessário apenas que se leve em conta uma reflexão adicional, que eu tentei fundamentar mais detida-

mente noutra sede:[18] a de que, uma vez que se reconheçam níveis de autonomia, dos quais até o mais baixo já merece algum respeito, a ideia de autonomia também pode ser aplicada a seres mais fracos. O mais baixo nível de autonomia é o da autonomia preferencial (*preference autonomy*): esse nível pressupõe somente a capacidade de ter um desejo (*desire*) e uma opinião (*belief*), de modo que se possa conscientemente atuar para satisfazer o desejo. Também crianças, enfermos mentais e animais serão ao menos em regra capazes de tanto.[19] O sujeito mais forte, em que também se manifestam os outros níveis mais elevados de autonomia, não pode atribuir a si mesmo um privilégio, como se só ele pudesse atuar segundo sua autonomia preferencial; a sua esfera de autonomia não pode colidir com a consideração de que outros, mais fracos, apresentem uma autonomia, ainda que restrita; e, principalmente, ele tem de manifestar a estas formas menos completas de autonomia o respeito devido. Com isso se pode derivar um quarto aspecto da ideia de universalização, referido aos mais fracos, ao qual se pode chamar de *proibição de exploração*.[20]

c) *Heurística da coerência e da tradição liberal*

Por fim, não deve ser subestimado o valor heurístico de dois grupos de considerações. Essas considerações serão, muito provavelmente, nada mais que concretizações da ideia de universalizabilidade, no sentido de que os comportamentos a que elas se referem não serão privilégios, nem colidirão com comportamentos similares, nem significarão que se está instrumentalizando ou explorando a outrem. Esses comportamentos oferecem-nos, ainda assim, precedentes paradigmáticos, a respeito dos quais existe uma presunção de que eles pertençam à esfera de autonomia,

18. Greco, Rechtsgüterschutz und Tierquälerei, *Festschrift für Amelung*, 2009, p. 3 e ss. (14 e ss.) (= Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais, trad. Alaor Leite/Luís Greco. *Revista Liberdades* 3 [2010], p. 145 e ss.).

19. Em razão do enfermo mental em estado vegetativo e do feto poder-se-ia perguntar se o imperativo de respeito não deve ser ampliado para compreender também casos de *autonomia potencial*. A resposta terá de ser positiva, mas não é possível cuidar da questão agora.

20. Um esclarecimento: estou desenvolvendo, como acima dito, critérios para determinar apenas quando está ultrapassada a esfera de autonomia. Ou seja, a exploração, no sentido de desconhecimento da autonomia preferencial de uma criança, de uma pessoa mentalmente enferma ou de um animal, não significa que já estejamos diante de algo que merece ser proibido, mas tão somente de algo que não pertence mais à esfera de privacidade ou de autonomia do agente.

de modo que eles podem servir de ponto de partida para argumentos de analogia.

Vejam-se, primeiramente, as *considerações de coerência.* Comida gordurosa, álcool, masturbação, tatuagens ou esportes perigosos são todos permitidos. Também as nossas reflexões tomaram como base um caso paradigmático, o dos pensamentos. Esses comportamentos não só são atualmente impunes, como eles tampouco parecem passíveis de punição. O consumo de drogas se assemelha em muitos aspectos a essas atividades, de modo que quaisquer argumentos que se aduzam em favor da punição da posse de droga para consumo próprio têm de superar o teste de que eles não levam a que se considerem puníveis tais atividades.

Em segundo lugar, é de pensar-se na *tradição liberal.* Alguns comportamentos pertencem já ao núcleo tradicional de certos direitos humanos. Seria absurda uma proibição de rezar ou de crer. Mal se consegue imaginar uma proibição de ler. Com certeza faz parte da autonomia o direito de não ser torturado.[21] Também nosso exemplo inicial da liberdade de pensamento pode ser aqui mencionado.

4.4 Aplicação dos critérios especialmente ao tipo penal de posse de droga para o consumo próprio

A pergunta é, portanto, se com base nos critérios acima mencionados o tipo da posse de drogas para o uso próprio se refere a um comportamento que é parte da esfera de autonomia, o que foi afirmado pelo Tribunal Constitucional argentino e negado pelo alemão.

Os primeiros três critérios negativos – o de que nem o perfeccionismo, nem o paternalismo direto, nem a perigosidade são razões suficientes para uma proibição penal – têm importantes consequências para o tipo da posse de droga para uso próprio. É verdade que quase nenhum dos envolvidos no debate científico fundamenta o tipo de modo perfeccionista, isto é, fazendo referência à reprochabilidade moral do estilo de vida do maconheiro, apesar de que essa suposição seja seguramente um relevante motivo, no sentido causal-psicológico, para a existência do tipo. Já as duas outras considerações, em especial a última delas, sempre

21. A respeito, Greco, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *RBCCrim* 78, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 7 e ss.

reaparecem na discussão. A última, que se refere à perigosidade, pode ser encontrada tanto na decisão Montalvo, do Tribunal Constitucional argentino, como na decisão da *cannabis* do Tribunal alemão, sendo que o Tribunal alemão se refere à perigosidade até para explicar por que o comportamento em questão já não pertence à esfera privada. Perde-se de vista que, se perigosidade e danos indiretos indicassem que se saiu da esfera privada, até pensamentos poderiam ser punidos. Ou seja, o terceiro critério negativo demonstra qual o erro fundamental, se bem que pouco visto, da decisão alemã sobre a *cannabis*.

A aplicação do critério da universalizabilidade permanece nessa linha. A posse de drogas para o consumo pessoal não se assemelha nem à ativação, nem à posse de um explosivo, atividades que só podem ser exercidas enquanto privilégios de poucos. Se muitos fumassem maconha, a sociedade talvez ficasse mais vagarosa, mas o exercício dessas e de outras ações por terceiros não é excluído pelos que fumam maconha. Por isso, a posse de drogas para uso pessoal não é algo que só é imaginável como privilégio, nem colide com a autonomia de outras pessoas. Pode-se também dizer que ela não significa qualquer instrumentalização.

Se a posse tem por finalidade o consumo pessoal, então inexiste qualquer referência a um ser mais fraco, de modo que tampouco é aplicável o critério da exploração. Esse critério explica, porém, porque a posse para fins de entrega a terceiros já ultrapassa o âmbito da autonomia: muitos dos que devem receber a droga são viciados, e com isso, em certo sentido, mentalmente enfermos. A posse para fins de entrega a terceiros é uma exploração potencial – ao menos no caso de drogas pesadas, isto é, de drogas geradoras de dependência química.

5. Conclusão: autonomia, bem jurídico, proporcionalidade

O decisivo para o juízo de legitimidade do tipo da posse de drogas para o consumo pessoal não são, assim, considerações derivadas da teoria do bem jurídico, porque antes de perguntar pelo bem protegido já é necessário saber se o comportamento é algo de que o Estado pode exigir que o cidadão preste contas. Nesse sentido, tem razão o Tribunal Constitucional argentino: se o comportamento pertence à esfera privada ou de autonomia do agente, a rigor sequer se coloca a questão do bem jurídico. Essa é a mais importante lição que se deve extrair do julgamento.

Isso não significa, entretanto, que considerações referidas ao bem jurídico e, depois, à proporcionalidade sejam irrelevantes. As duas se referem ao ganho social de uma proibição,[22] e têm de ser atendidas, porque uma proibição sem ganho social não pode ser justificada *diante da sociedade*. A sociedade arca com os custos da proibição, tanto no sentido econômico, como no sentido de que cada proibição significa a subtração de uma parcela de liberdade. Mas antes da pergunta quanto a se uma proibição pode ser justificada diante da sociedade, um sistema liberal – isto é, um sistema que reconhece ao indivíduo um valor intrínseco e com isso se recusa a apelar a ganhos da sociedade para demandar do indivíduo um sacrifício – tem de perguntar se a proibição, independentemente dos ganhos que ela gere para os outros, pode ser justificada *diante do próprio indivíduo*.

Aqui se tentou levar adiante o critério da privacidade, no qual se baseou o Tribunal Constitucional argentino para responder a essa última pergunta, transformando-o num conceito originário de autonomia, com plena consciência de que as considerações aqui desenvolvidas são, na melhor das hipóteses, provisórias e carecedoras de aperfeiçoamento.[23] Apenas quando superada essa esfera de autonomia é que se pode justificar uma proibição em face do próprio indivíduo.

22. Greco, Tem futuro a teoria... *RBCCrim* 82, São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 174 e ss.

23. Como já disse acima, os critérios aqui propostos ainda têm de ser submetidos a um extenso teste indutivo com base em casos problemáticos. À tese da não-punibilidade dos pensamentos, que o presente trabalho deu como intuitivamente correta, ofereceu Schünemann o seguinte contra-exemplo: uma criança tem o dom de ler os pensamentos de seu pai. O pai sabe disso e quer livrar-se da criança. Para tanto, ele pensa frequentemente no quanto ele odeia a criança, e assume o risco de que a criança leia esses pensamentos e, entristecida, resolva suicidar-se. Schünemann pensa que neste caso deveria admitir-se uma autoria mediata punível. A meu ver, não seria necessário reconhecer uma restrição ao cogitationis poenam nemo patitur. Haveria duas possibilidades: na primeira delas, a criança só consegue ler os pensamentos do pai se este se encontra dentro de uma certa distância ou se ele deixa de praticar uma certa atividade (como vestir um capacete especial): nesse caso, o pai é punível, mas não pelos pensamentos, e sim por um fato, qual seja, a ação positiva de aproximar-se da criança ou a omissão da prática da atividade impeditiva do resultado. Se, e esta é a segunda possibilidade, a criança consegue ler os pensamentos do pai, não importa o que ele faça, tem ele de permanecer, sim, impune.

Em *síntese*: guiado pelo caso paradigmático da não punibilidade dos pensamentos, derivei inicialmente três critérios negativos ("negativos" no sentido de que não podem ser usados para fundamentar que a esfera de autonomia está ultrapassada): o da corrupção de si próprio, o do perigo para si próprio e – o mais importante dentre os três – o do perigo indireto para terceiros. Partindo da consideração de que a autonomia tem de pertencer a todos, introduzi a ideia adicional da universalizabilidade, que foi concretizada nas máximas de que a autonomia não pode ser um privilégio, não pode colidir com a autonomia de terceiros e que ela significa, assim, tanto respeito pela autonomia de terceiros, quanto a proibição de explorar os mais fracos, isto é, seres de autonomia limitada, como crianças, enfermos mentais e animais. A aplicação desses critérios ao tipo penal objeto das reflexões do presente artigo leva a uma conclusão consonante com a do Tribunal Constitucional Argentino, a saber: a de que a posse de droga para consumo próprio é um comportamento que não ultrapassa a esfera de autonomia e que portanto não pode ser proibido.

52356

5
Uma teoria social do bem jurídico

ROLAND HEFENDEHL

Professor Doutor de Direito Penal, Direito Penal Econômico e Criminologia na Universidade Albert-Ludwig de Freiburg.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O autor formula primeiras reflexões no sentido de uma teoria do bem jurídico não mais focada na proteção de interesses individuais como a propriedade e o patrimônio – como o faz a chamada teoria pessoal do bem jurídico defendida especialmente por Hassemer, que no fundo é uma teoria protetora dos interesses de pessoas abastadas – e sim na proteção de interesses da sociedade como um todo, e que por isso é batizada de teoria social do bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico – Modernização do direito penal – Direito penal econômico – Crimes de perigo abstrato.

ABSTRACT: The article proposes an alternative to the so called personal theory of legal goods ("personale Rechtsgutslehre"). This theory's flaw is its one-sided focus on the goods of the upper classes, specially property, so that it should be replaced by a theory that takes into account the goods of society as whole: a social theory of legal goods.

KEYWORDS: Rechtsgut – Legal goods – Modernization of criminal law – Economic crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema – 2. A teoria do bem jurídico e a opção pelo direito penal – 3. O direito penal como "direito penal da miséria e pobreza" – 4. A teoria pessoal do bem jurídico como continuação de um direito penal superado – 5. O deslocamento das coordenadas em um direito penal socialmente integrado – 6. Linhas mestras de uma teoria do bem jurídico social: 6.1 Objeto de proteção; 6.2 Os titulares do bem jurídico – 7. O papel do direito penal na crise financeira como teste: 7.1 Os aspectos característicos da crise financeira desde 2007; 7.2 Possibilidade de intervenção do direito penal?; 7.3 Mudança de perspectiva por meio de uma teoria social do bem jurídico – 8. Resumo.

1. Introdução ao tema[1-2]

Não existe alternativa para o compromisso com a proteção de bens jurídicos[3] como única finalidade do direito penal. Esse compromisso mostra a sua relevância quando o legislador insiste em responder a escândalos sociais com novas criminalizações, praticando uma política de bens jurídicos populista. Essa tendência, hoje mundialmente observável, é descrita por meio do correto *slogan* "Governing through Crime" – ("governando por meio do crime").[4] A política se utiliza do crime e das reações a este para marcar pontos com a população e assim ganhar eleições.

Tal avaliação positiva da teoria do bem jurídico acaba, de certa maneira, por deixar para um segundo plano a questão do alcance dessa teoria, cujos pontos extremos são, de um lado, a teoria pessoal do bem jurídico (*personale Rechtsgutslehre*)[5] e, do outro, a teoria dualista.[6] A teoria dualista posiciona os chamados bens jurídicos coletivos no mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais, enquanto a teoria pessoal considera dignos de proteção penal apenas os bens coletivos que possam ser diretamente referidos à pessoa. Tiedemann,[7] de um

1. Artigo traduzido por Wiss. Ass. Dr. Luís Greco LL. M. (Munique, Alemanha).
2. Versão ligeiramente modificada, à qual foram acrescidas notas de rodapé, da conferência apresentada pelo autor a convite do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no 16.º Seminário Internacional, realizado em 25.08.2010, em São Paulo. Expresso meus agradecimentos ao Dr. Luís Greco (LL.M.), por sua valiosa ajuda, que também traduziu o texto da conferência e a presente versão.
3. Nesse sentido, por exemplo, Armin Kaufmann, *Aufgabe des Strafrechts*, 1983, p. 5; Gropp. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. ed. 2005, § 1 nm.122; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 5; Kindhäuser. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. 2009, § 2 nm. 6; Hassemer; Neumann. Nomos Kommentar. 3. ed. 2010, Vor § 1 nm. 109 com ulteriores referências.
4. Simon, *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*, 2007.
5. A respeito Hefendehl (nota. 2), p. 61 e ss.
6. Vide Hefendehl (nota. 2), p. 73 e ss.
7. Cf. por exemplo, Tiedemann. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 119.

lado, e Hassemer,[8] do outro, são os maiores defensores dessas posições na Alemanha. Trata-se, a bem dizer, de mundos distintos: enquanto, de um lado, facilita-se a expansão do direito penal, porque o Estado e a sociedade teriam de ser protegidos dos novos perigos, do outro afirma-se que o direito penal, tanto no que diz respeito aos autores como aos objetos de proteção, teria de ser construído com referência à pessoa.

Ainda que essa discussão tenha surgido há décadas e prossiga com reacendido ímpeto, e que ela tenha nesse ínterim produzido as mais diversas posições intermediárias e fórmulas de compromisso,[9] não é meu objetivo, na presente sede, retomá-la. Meu propósito é, isso sim, introduzir na discussão uma nova perspectiva, que deve retirar da teoria pessoal do bem jurídico parte de seu encanto. E isso porque, se a teoria pessoal do bem jurídico formula a pretensão de manter um direito penal reduzido, ela o faz de uma maneira que, a meu ver, é reacionária: ela assume a perspectiva da classe dominante, cujas posses, em sentido amplo, ela quer proteger por meio do direito penal.

Minha exposição terá, assim, uma dimensão também política. Nisso eu me situo, ao menos em princípio, na tradição do penalista Claus Roxin, de cuja escola eu me considero parte. O credo de Roxin é o de que dogmática penal e política criminal são e devem estar inseparavelmente entrelaçadas.[10] Uma dogmática que abstrai das consequências para a política criminal não passa de um muito criticado jogo de bolas de gude, e uma política criminal que abstrai das conquistas dogmáticas se excluiria da discussão.

Mas talvez seja necessário fazer justamente isso, ou seja, olhar para o sistema de fora para dentro. Na Alemanha, isso é feito, de certa maneira, pelo Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que, em controvérsias concretas, submete o direito penal a uma revisão crítica baseada no direito constitucional, de superior hierarquia. Ainda assim, o que talvez é sintomático, permanece grande o respeito do Tribunal Constitucional ao tradicional sistema do direito penal; há décadas se espera

8. Cf. por exemplo, Hassemer. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: Philipps; Scholler (coords.), *Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum* 65. Geburtstag, 1989, p. 85, 90 e ss.

9. Cf. o panorama em Hefendehl (nota 2), p. 54-75.

10. Fundamental Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. 1973 (= Política criminal e sistema jurídico-penal, 2002); Idem. *Strafrecht AT I*. 4. Aufl. 2006, § 7 nm., p. 75 e ss.

sem sucesso que o Tribunal ponha fim a determinados tipos penais que não têm mais qualquer lugar em uma sociedade moderna. Menciono apenas o exemplo do incesto, um tipo penal cuja constitucionalidade foi há pouco confirmada pelo Tribunal.[11]

Outra perspectiva externa que se poderia tomar seria a da política. Esta é, de certa forma, mais fundamental, porque é orientada de modo interdisciplinar, mas ao mesmo tempo é menos cogente, porque dela não derivam diretrizes concretas de atuação para o direito penal. Quero seguir esse caminho também pelo fato de que o processo político no Brasil mostra, com especial clareza, a importância de certas decisões políticas fundamentais, as quais, por sua vez, têm necessariamente de levar em conta os dados sociológicos. O direito penal entra em cena, na verdade, apenas depois dessas duas ordens de considerações. Digo "na verdade" porque, no caso do "Governing through Crime", o direito penal é instrumentalizado já há algum tempo para fazer política.

2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO E A OPÇÃO PELO DIREITO PENAL

A presente proposta de reorientação da teoria do bem jurídico pressupõe uma opção pelo uso do direito penal. Tenho de confessar que, com o passar dos anos, isso me parece cada vez mais difícil. A alternativa era e ainda é o *abolicionismo*,[12] isto é, acabar com o direito penal. Várias são as razões para esse exercício de imaginação. Sequer é necessário olhar para os países em que o direito penal é uma maquinaria de opressão para que se comece a ter dúvidas se o Estado, de fato, deve dispor de um instrumento tamanhamente invasivo. Podem-se voltar os olhos para o uso do direito penal no próprio país e observar que as chamadas teorias absolutas[13] da pena estão bem vivas na prática, que a retribuição está em alta. E mesmo que se faça uma abstração dessa realidade e se fantasie viver em uma época de um direito penal esclarecido, no qual apenas finalidades relativas da pena são passíveis de justificação, os conhecimentos

11. BVerfG NJW 2008, p. 1137 e ss.
12. A respeito SCHEERER. Die abolitionistische Perspektive. *Kriminologisches Journal*, 1984, p. 90 e ss.
13. Caracterização e crítica em ROXIN, Strafrecht AT I (nota 9), § 3 nm., p. 2 e ss.

da criminologia mostram que tanto a intimidação como a ressocialização falham.[14]

Quem, diante de tais condições, não acaba tendo dúvidas a respeito de sua profissão tem de ser muito seguro de si ou reconfortar-se com o argumento de que, ao menos para a delinquência grave, não há alternativa para o direito penal.

Pretendo, a seguir, levar em consideração essas reservas enquanto desenvolvo as minhas reflexões críticas sobre o âmbito do direito penal. Isso porque nem toda norma penal é atingida de igual maneira pelas críticas.

3. O direito penal como "direito penal da miséria e pobreza"

I. Quando se pergunta a uma criança quem é um criminoso, a resposta que se escuta em regra e sem qualquer dúvida é: quem rouba. Ou seja, trata-se de violência e de uma agressão à propriedade da vítima. Evidentemente, o criminoso é também de sexo masculino.

Poder-se-ia rir dessa resposta e chamá-la de fantasia infantil, se um relance sobre o Código Penal e sobre a realidade não a confirmasse. Delitos arcaicos, cometidos mediante violência e dirigidos contra a propriedade e o patrimônio, ocupam na Alemanha e, aparentemente, na maior parte dos países um lugar de destaque no Código Penal. E também os delitos contra a propriedade compõem cerca de 40% da estatística policial, que reflete a chamada cifra branca da delinquência.[15] Não parece plausível que essas proporções mudassem muito se se levasse em conta também a cifra negra.

II. Bernd Schünemann, meu professor, qualificou esse âmbito como o da criminalidade dos aventureiros e miseráveis,[16] isto é, o da delinquência das classes baixas. Com essa terminologia demonstra Schünemann aquilo de que aqui não se trata: não se trata dos crimes das pessoas

14. Cf. apenas P.-A. Albrecht. *Kriminologie*. 3. ed. 2005, § 5. (há trad. brasileira: Albrecht. *Criminologia. Uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro, 2010).

15. Cf. a mais recente estatística policial, de 2009, p. 32. Disponível em: www.bka.de/pks/pks2009/download/pks-jb_2009_bka.pdf.

16. Schünemann, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. In: Kühne; Miyazawa (coords.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, p. 15 e 19.

de posse, pré-programados pelo próprio sistema e por isso algo nada casual. Esse direito penal da miséria e da pobreza foi o ponto de partida do direito penal estatal, que considero ter seu início em Beccaria;[17] ele sobreviveu ao Iluminismo e, na época da Restauração, na primeira metade do século XIX, foi inclusive ampliado pelas leis contra o furto florestal.[18] Schünemann diz que a proteção da propriedade privada contra o furto foi o ponto arquimédico do direito penal clássico.[19] E, o mais tardar com a industrialização, o bem jurídico do *patrimônio* tornou-se algo como o parceiro congenial da propriedade manifesta.

III. No que segue, quero analisar a temática de um modo extremado, deixando de fora os delitos não patrimoniais como as lesões corporais ou o homicídio. Isso a mim se afigura justificado também pelo fato de que os conhecimentos criminológicos parecem indicar que, na Alemanha, a criminalidade violenta se trata não de uma peculiaridade da classe baixa, e sim de algo que ali apenas é mais visível. Isso vale especialmente para a violência contra mulheres. Talvez isso leve à surpreendente conclusão de que, na Alemanha, a melhor maneira de escapar da violência é sair das quatro paredes e ir à rua. A situação brasileira eu não ouso avaliar de modo mais diferenciado. Suponho, porém, que parte considerável da violência cometida se manifeste em roubos, e que possam ser constatados confrontos violentos com agentes do Estado. Com isso, tampouco para o Brasil me parece correto qualificar a violência como um fenômeno da miséria.

IV. Se nos concentrarmos nos delitos contra a propriedade e o patrimônio, poderíamos afirmar, inicialmente e de modo quase ingênuo, que ao menos aqui a pobreza e a miséria são o lar da criminalidade. Mas há várias razões em sentido contrário. Em primeiro lugar, especialmente a chamada criminologia crítica e o *labeling approach* demonstraram que, se por um lado há menos criminalidade na classe alta, a delinquência é ubíqua, ou seja, ela é de se encontrar em todo lugar.[20] São as instâncias de seleção que se concentram nos socialmente débeis. E, em segundo lugar, apesar de existirem teorias da criminalidade que apontam para a pobreza, bem como para a necessidade de uma vida melhor como as

17. Fundamental seu escrito *Dos delitos e das penas*, 1764.
18. O que é apontado por SCHÜNEMANN (nota 15) p. 15 e 20.
19. Idem, ibidem.
20. Exposição em KUKNZ. *Kriminologie*. 5. ed., 2008, § 15 nm., p. 6 e ss.

causas da delinquência,[21] tal visão das coisas é demasiado simplificada. O fato de que pobreza e miséria, de um lado, e direito penal do outro estejam inseparavelmente ligados é, em parte, verdadeiro, mas é apenas a consequência de uma adscrição ilegítima e desigual da criminalidade.

4. A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO COMO CONTINUAÇÃO DE UM DIREITO PENAL SUPERADO

I. A teoria pessoal do bem jurídico reporta-se ao por ela chamado direito penal clássico[22] e defende uma restrição do direito penal aos bens jurídicos imediatamente referidos a uma pessoa, dentre os quais se encontram, além da vida, da saúde e da liberdade, também a propriedade e o patrimônio. A teoria pessoal do bem jurídico está inseparavelmente ligada à chamada Escola de Frankfurt, que pugna por um direito penal nuclear ou mínimo (*Kernstrafrecht*), reduzido e simples, e considera tanto os delitos de perigo abstrato como a proteção de bens jurídicos coletivos uma expansão ilegítima do direito penal.[23] Se se quiser posicionar essa teoria no espectro político, ela seria, ao que parece, de caracterizar-se como tendencialmente de esquerda ou como liberal de esquerda.

II. Isso, à primeira vista, deveria coincidir com a minha simpatia por uma redução do direito penal. Uma análise mais detalhada faz, contudo, surgirem dúvidas se os caminhos que pretendo seguir são verdadeiramente similares aos da teoria pessoal.

1. De início, permanece obscuro o que significa a defesa de um direito penal clássico. Ao que parece, quer-se fazer referência ao passado, mas a que passado? Pouco importa o quão para trás se olhe, sempre houve delitos de perigo abstrato. A afirmativa de que o direito penal

21. Cf. por exemplo, PFEIFFER; OHLEMACHER, Anstieg der (Gewalt-) Kriminalität und der Armut junger Menschen. Gibt es einen Zusammenhang? In: LAMNEK (coord.). *Jugend und Gewalt*, 1995, p. 259 e ss.

22. Cf. aqui HASSEMER, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, *ZRP* 1992, p. 378, 379 f.

23. Com várias diferenças em detalhe; cf. as duas coletâneas Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (coord.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, e Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (coord.). Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007.

clássico se contentava com bens jurídicos individuais não se mostra sustentável.[24]

2. Mas o fato de que o direito penal desde o início se dedicou à proteção da propriedade é, talvez, um verdadeiro componente do direito penal clássico, que pode ser constatado ao menos com o início de um direito penal moderno, comprometido com a proteção de bens jurídicos. Com esse componente se identifica a teoria pessoal do bem jurídico.

3. Esse foco na proteção da propriedade a mim se afigura, com Schünemann, característico de um direito penal superado e defasado. Essa caracterização apresenta dois aspectos diversos: em primeiro lugar, é tão evidente quanto característico que apenas o proprietário necessite de proteção, ao mesmo tempo em que a distribuição de propriedade, com as palavras de Schünemann, deriva da lei do mais forte, e que a injustiça material dessa distribuição seja manifesta.[25] Além disso, essa injusta distribuição de bens também acaba tendo efeitos na determinação de quem virão a ser os autores. É verdade que, como acima exposto, seria ingênuo supor que apenas a pessoa priva de propriedade e patrimônio busque propriedade e patrimônio. Entretanto, uma pessoa abastada em geral faz uso de métodos mais sutis de enriquecimento do que o furto. Esses métodos sutis não consistem em violência física, mas sim em violência estrutural,[26] cujas consequências são igualmente devastadoras.

III. A teoria pessoal do bem jurídico faz, assim, dos crimes contra a propriedade a pedra central do direito penal da pobreza e da miséria, parte integral e não mais questionável do direito penal nuclear ou mínimo. Com o que surge a pergunta: não seria essa abordagem, isso sim, neoliberal em vez de esquerda?

24. Cf. quanto a isso HEFENDEHL (nota 2), p. 172; PUSCHKE, Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte. In: HEFENDEHL (coord.). Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts? 2010, p. 9; SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, *GA*, 1995, p. 201 e 212.

25. SCHÜNEMANN (nota 15), p. 15-21.

26. O conceito de violência é um tanto vago e se apresenta das mais diversas formas. Além da violência física e estrutural, pense-se na violência do Estado.

5. O DESLOCAMENTO DAS COORDENADAS EM UM DIREITO PENAL SOCIALMENTE INTEGRADO

I. 1. Com isso restou demonstrado que a decisão em favor da proteção jurídico-penal apenas de bens individuais é algo ambivalente. No que se refere a bens pertencentes a todas as pessoas, independentemente de qualquer ulterior atribuição, como a vida ou a liberdade, inexiste qualquer problema de justiça. Atualmente é desnecessário justificar longamente por que qualquer proteção desigual de bens como a liberdade ou a integridade física seria contrária aos direitos humanos e à Constituição.

2. No que se refere aos bens pessoais, ou melhor, individuais atribuídos com base nas relações de propriedade e na ordem econômica vigentes, será necessário, contudo, confrontar-se com o problema da igualdade e, com ele, da justiça. Não é preciso questionar, com Karl Marx, que a propriedade privada enquanto tal seja digna de proteção, um posicionamento que, de uma perspectiva político-global, está em baixa. Seria, ainda assim, problemático da perspectiva da igualdade considerar de forma induvidosa a lesão à propriedade como algo socialmente lesivo e, com isso, merecedor de pena, ao mesmo tempo em que se quer deixar fora do direito penal ataques, por exemplo, à confiança no mercado de capitais e a outros pontos de dispersão coletivos (*kollektive Schaltstationen*),[27] essenciais para a sociedade e para seus membros. Sem tais pontos de dispersão coletivos especialmente protegidos, estariam ameaçadas as chances de participação da sociedade. Retornarei a essa questão em breve.

3. Entendo por direito penal socialmente integrado um direito penal que leva em conta a sociedade e, logicamente, cada um de seus membros, sem privilegiar uma parte deles.

II. A dicotomia feita pela teoria pessoal do bem jurídico entre bens jurídicos individuais "bons" e bens jurídicos coletivos "ruins" se mostra, assim, anacrônica, uma vez que ela conserva tradicionais estruturas hierárquicas. Segundo uma perspectiva que parta da danosidade social[28] como indício de permissibilidade da intervenção do direito penal, a

27. Quanto a esse conceito SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *GA*, 1995, p. 201, 213.

28. Sobre a relevância dessa noção AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 350 e ss.

teoria pessoal tem de ceder lugar a uma teoria justamente contrária, a uma teoria social do bem jurídico.

6. Linhas mestras de uma teoria do bem jurídico social

Para uma teoria do bem jurídico social ou de esquerda terão importância decisiva, em primeiro lugar, o objeto que deverá ser protegido, em segundo lugar também o respectivo titular do bem. Esses foram os parâmetros que se mostraram, pelo que até agora foi dito, essenciais para um direito penal socialmente integrado. Eles estão inseparavelmente vinculados.

6.1 Objeto de proteção

1. No tocante ao objeto de proteção ou, dito de outra forma, ao bem jurídico protegido, mostra-se inviável o caminho propagado pela teoria pessoal do bem jurídico, de traçar uma espécie de linha de demarcação entre bens jurídicos individuais e coletivos. Já vimos que entre os bens individuais há alguns que surgem com o nascimento e outros que podem ser adquiridos e perdidos em razão da ordem jurídica e social.

2. Muito mais relevantes são as diferenças de legitimação existentes entre grupos de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais. Isso depende, de um lado, da estrutura do bem coletivo, de outro, também dos titulares do bem.

a) Quanto à estrutura do bem coletivo, já se pode deduzir das considerações até agora desenvolvidas sobre o bem jurídico individual que todo bem coletivo precisa de uma legitimação especial. Afinal, inexiste qualquer bem jurídico coletivo inato; todo bem coletivo decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado. Isso torna difícil a determinação do espectro de bens jurídicos coletivos penalmente legítimos.

b) Podem-se distinguir três ordens de bens jurídicos coletivos:

aa) (1) O Estado criou certos dispositivos penais por ele considerados indispensáveis para que ele possa defender-se e funcionar.[29] Aqui se encontram os chamados delitos de proteção do Estado (*Staatschutzdelikte*). Entre eles estão a alta traição, os delitos contra as forças armadas e o vilipêndio ao Presidente da República. Na Alemanha esses delitos

29. Quanto a eles Hefendehl (nota 2), p. 335 e ss.

encontram-se, de modo infeliz, no começo da parte especial do Código Penal. Isso é infeliz porque, ainda que essa posição de destaque talvez seja passível de uma explicação histórica, ela é representativa de um Estado autoritário, que não conhece limites. Além disso, esses delitos se mostraram, na Alemanha, como de natureza simbólica,[30] o que, no caso do vilipêndio ao Presidente da República é algo mesmo logicamente necessário. Não é um bom sinal começar a parte especial com um direito penal simbólico.

(2) Ao lado dos delitos de proteção do Estado há tipos penais que pretendem proteger recursos estatais, como o pagamento de impostos ou o trabalho da polícia.[31] Em que medida esses finitos recursos estatais podem ser protegidos também pelo direito penal é uma questão política, e não algo constitucionalmente predeterminado.

bb) Os recursos ambientais, como a água, o solo ou o ar, tratam-se, de igual maneira, de contingentes consumíveis.[32] Já há muito não se pode mais em um consumo sustentável. No Brasil os senhores conhecem a problemática, em especial em razão da Amazônia, de dimensões geográficas tão enormes quanto as dos perigos que a afligem. Os recursos do Estado e do meio ambiente apresentam semelhanças e diferenças. Em razão da natureza limitada de ambos, coloca-se um problema de justiça. Quem não paga impostos reduz o montante dos recursos às custas da sociedade; quem os paga acaba sendo o bobo. Quem sobrecarrega o meio ambiente age às custas dos demais membros da sociedade e das gerações futuras. A diferença decisiva entre os dois contingentes está em que os recursos estatais decorrem dos cidadãos, em especial dos impostos, enquanto os recursos ambientais nos foram confiados pela natureza. Daí deriva claramente uma maior legitimidade da proteção penal de recursos ambientais.[33]

30. Sobre os diversos aspectos do direito penal simbólico HEFENDEHL (nota 2), p. 179 e ss. com ulteriores referências.

31. Sobre esses delitos de proteção de recursos (Kontingentdelikte) HEFENDEHL (nota 2), p. 361 e ss.

32. Sobre os delitos ambientais cf. HEFENDEHL (nota 2), p. 306 e ss.

33. Nesse sentido, de modo decidido, SCHÜNEMANN. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *GA* 1995, p. 201, 206 e ss.; Idem. Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts. In: SCHMOLLER (coord.). *Festschrift für Otto Triffterer*, 1996, p. 437, 438 e ss.

cc) (1) O núcleo conceitual de um bem jurídico coletivo é, contudo, definido de forma diversa, a saber, com base nos critérios da não exclusividade do gozo e da não rivalidade do consumo. A não exclusividade do gozo está imediatamente ligada a um terceiro critério, o da não distributividade:[34] um bem é coletivo, quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas. Para esclarecer esses três componentes por meio de um exemplo: ninguém pode ser excluído da confiança na segurança do dinheiro. Essa confiança não pode dividida em cotas a serem atribuídas a um indivíduo. Por fim, o gozo da segurança do dinheiro por uma pessoa em nada diminui o gozo por outra pessoa.

(2) Uma tal versão do bem jurídico coletivo é, portanto, de esquerda, se ela for vinculada aos valores fundamentais da igualdade, justiça ou solidariedade. Com isso, chegaríamos ao título de meu estudo. Mas não seria isso incompatível com a finalidade do direito penal, que, segundo o princípio da *ultima ratio*,[35] seria unicamente a de proteger bens jurídicos e não de promover ativamente mudanças sociais? Não enxergo aqui esse perigo, uma vez que também o bem jurídico consumível tem de existir antes do direito penal, e não é por ele criado. De novo com base nos crimes de falsificação de moeda: não é o direito penal que cria a confiança na segurança da moeda; ele apenas protege a confiança já existente. Há boas razões para que o direito penal não faça mais do que isso.

(3) Essa dimensão de confiança que apresentam certos bens jurídicos coletivos é comumente mal interpretada ou subestimada.[36] A interpretação errônea consiste em identificar a dimensão de confiança com a chamada confiança na vigência da ordem jurídica. A confiança na vigência da ordem jurídica é, contudo, a prevenção geral positiva como finalidade da pena. O direito penal, ao cumprir a sua tarefa de proteção de bens jurídicos, deve fortalecer a confiança da população na vigência da ordem jurídica. A confiança como componente do bem jurídico é,

34. Essa tentativa de precisão em ALEXY. Individuelle Rechte und kollektive Güter. *Probleme der Demokratie, Internationales Jahrbuch für Philosophie und Gesetzgebung*, 1989, p. 49, 54 e ss.; HEFENDEHL (nota 2) p. 111 e ss.; *ders.*, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm. In: HEFENDEHL et alii (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, p. 119, 126 e ss.

35. A respeito vide também BVerfG NJW 2008, 1137, 1138 nm. , p. 35.

36. Para uma discussão dessas suposições errôneas HEFENDEHL, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. *GA* 2007, p. 1, 9 e ss.

por sua vez, subestimada quando nela se enxerga apenas um adendo desnecessário. Seria indiferente se o bem protegido pelos delitos de falsificação de moeda fosse a segurança do dinheiro ou a confiança nessa segurança. Também nos cada vez mais importantes delitos de corrupção entende-se como bem jurídico por vezes a probidade do serviço público (*Lauterkeit des öffentlichen Dienstes*), por vezes a confiança da população nessa probidade. E para dar um terceiro exemplo: nos crimes de falso testemunho, falsa perícia etc. consideram alguns a administração da justiça, outros a confiança na administração da justiça o bem jurídico protegido.

Os três exemplos demonstram, de igual maneira, porque não é indiferente enxergar na confiança uma componente do bem jurídico protegido. Porque em cada um desses casos o instituto ou a instituição – o dinheiro, o serviço público ou a administração da justiça – necessitam da aceitação da sociedade, de outro modo ele ou ela não seriam um bem, no verdadeiro sentido da palavra. É preciso ter confiança no Real, se se quiser apostar na moeda brasileira; é preciso confiar nos funcionários das repartições públicas, de outro modo não se iria mais a eles ou se lhes daria constantemente propina. E é necessário aceitar a ideia de um tribunal como um terceiro que decide uma controvérsia, de outro modo ela seria resolvida diretamente pelos envolvidos, o que significaria ou anarquia ou a lei do mais forte.

(4) Bens jurídicos com uma componente de confiança são, portanto, bens essenciais para a sociedade. Por sorte, eles são estruturados, ao menos em parte, de forma a autodefenderem-se, uma vez que ataques individuais a esses bens não ficam sem consequência.[37] Para mencionar um exemplo: quem se vale de notas de banco falsas para comprar uma televisão poderá lesionar o bem patrimônio e cometer um estelionato. O bem jurídico da confiança na segurança do dinheiro em circulação permanece intocado e continua a ser de benefício para todos os membros da sociedade. A confiança nessa segurança do dinheiro só seria destruída quando os membros da sociedade passassem a ter a impressão de que dinheiro falso é a regra. Nesse caso, eles deixariam de usar essa moeda, tornando-se inevitável uma crise econômica existencial.

37. Para as consequências da destruição da componente da confiança cf. HEFENDEHL (nota 2), p. 130 e ss.

6.2 Os titulares do bem jurídico

Os titulares dos descritos bens jurídicos coletivos já foram mencionados, devendo agora ser caracterizados apenas de modo sintético.

1. Nos delitos de proteção do Estado e nos delitos de proteção de recursos estatais, é o Estado o titular dos bens jurídicos. Pouco importando como se define a relação entre Estado e sociedade, os membros da sociedade não são os titulares desses bens. Os titulares são apenas certos representantes estatais.

2. No caso dos recursos ambientais, está claro que o titular do bem jurídico são os membros da sociedade, uma vez que esses recursos são as condições elementares de existência dessas pessoas. Se os bens ambientais tiverem sido privatizados, o que é, cada vez mais, tanto de constatar-se quanto de lamentar-se, eles não nos interessarão mais enquanto bens coletivos.

3. Também os descritos bens clássicos, que se caracterizam pelos três predicados da não exclusividade do gozo, da não rivalidade do consumo e da não distributividade, encontram-se à disposição de todos os membros da sociedade, sem nenhuma restrição.

4. Disso derivam as seguintes implicações para o valor dos bens: os bens jurídicos ambientais acompanham cada passo dos membros da sociedade; os bens jurídicos coletivos clássicos representam uma opção permanente para cada indivíduo e os bens jurídicos de titularidade do Estado são, por óbvio, a ele atribuídos, enquanto representante da sociedade. Daí decorre, sem nenhuma dúvida: para uma teoria social do bem jurídico, a evidência da legitimidade de um bem jurídico diminui quanto mais mediatizada é a referência aos membros da sociedade.

5. A conclusão intermediária, até agora, é a seguinte: uma perspectiva teórica que se concentre de modo parcial em bens jurídicos individuais e unilaterais, como a propriedade e o patrimônio, não faz justiça à sociedade. Essa perspectiva nega a necessidade de criar, sem discriminações, chances de participação a todos os membros da sociedade. Somente uma teoria do bem jurídico que garanta essas chances de participação pode ser considerada uma teoria social.

7. O PAPEL DO DIREITO PENAL NA CRISE FINANCEIRA COMO TESTE

Ao final se analisará o papel do direito penal diante da crise financeira, para daí possivelmente extrair conclusões para a adequação do sistema jurídico-penal nesse setor.

7.1 Os aspectos característicos da crise financeira desde 2007

1. A ainda não superada crise financeira teve início em 2007 com a crise imobiliária dos Estados Unidos, mas acabou, por efeito da globalização, atingindo sistemas econômicos do mundo inteiro. O Brasil saiu-se até relativamente bem. Transações de dimensões monstruosas com empréstimos hipotecários americanos de pequeno valor fizeram surgir uma bolha de imóveis, que explodiu tão logo um crescente número de devedores de hipotecas entrou em mora e o valor dos imóveis baixou. Bancos quebraram, enormes reajustes de valor de bancos líderes de mercado tiveram de ser feitos e, em setembro de 2008, ocorreu a insolvência do Lehman Brothers.[38]

2. Os países da América do Norte e da Europa ocidental tentaram confrontar a crise financeira disponibilizando aos bancos privados e públicos capital ou garantias em dimensões quase inimagináveis. Só assim seria possível manter a circulação de dinheiro e, com ela, o mercado financeiro mundial. Quem paga, porém, é o contribuinte.

7.2 Possibilidade de intervenção do direito penal?

Muitos questionam – especialmente autores de Frankfurt, defensores do direito penal nuclear e da teoria pessoal do bem jurídico – que uma tal crise sistêmica global e econômica seja sequer acessível ao direito penal.[39] Ocorre que o sistema ou a falha do sistema não é algo que ocorreu às pessoas, mas algo que foi por elas criado. Schünemann

38. Sintetizando SCHÜNEMANN, Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität? In: _____ (coord.). *Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?* 2009, p. 71, 74 e ss.

39. Cf. por exemplo LÜDERSSEN, Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht, StV 2009, p. 486, 487; *ders.*, REGULIERUNG, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht. Versuch einer interdisziplinären Systematisierung. In: KEMPF; LÜDERSSEN; VOLK (coords.). *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, 2009, p. 241, 316.

expôs com grande clareza que há, evidentemente, agentes, como pessoas em posições de tomada de decisão e de poder, mais e menos responsáveis pela crise.[40] Se a isso se opusesse que os erros dessas pessoas em posições especiais já seriam algo normal e, portanto, impassível de sanção pelo direito penal, então se estaria, mais uma vez, distribuindo a etiqueta da criminalidade de modo injusto. Porque a criminalidade da pobreza nunca teve o *lobby* para lutar pela descriminalização, apesar de que o dano social aqui é comparativamente marginal.

Na Alemanha, elevou-se o tipo do § 266, a infidelidade patrimonial (*Untreue*), ao ponto fixo de uma possível intervenção do direito penal. Na nossa classificação acima feita entre direito penal da classe baixa e da classe alta, a infidelidade patrimonial pertence a este segundo.[41] Ela penaliza a destruição do patrimônio, por assim dizer, de dentro para fora. O autor é alguém que tem direitos e deveres especiais em face do titular do patrimônio.

b) Já se analisou repetidamente que os diversos pressupostos do delito da infidelidade patrimonial – em especial a violação de dever (*Pflichtwidrigkeit*) e o dano patrimonial – estão aqui presentes.[42] A hesitação em fazer uso desse tipo penal é unicamente decorrência de que a atribuição desigual de criminalidade não é um problema exclusivo do direito penal material, mas se vê continuada também pelo direito processual e por seus agentes profissionais. Que alguém se torne objeto das atenções da polícia e do Ministério Público é algo que depende, em grande parte, de sua classe social.[43] E mencione-se o ponto final, a execução da pena: também ela está direcionada àquele que não tem quaisquer recursos.

7.3 *Mudança de perspectiva por meio de uma teoria social do bem jurídico*

Ainda que a Alemanha possa, de certa forma, considerar-se afortunada por dispor de um tipo penal como a infidelidade patrimonial,

40. Cf. em detalhe SCHÜNEMANN (nota 37), p. 71, 81.

41. Idem, p. 71, 86 e ss.

42. Cf. por exemplo as análises de SCHÜNEMANN (nota 37), p. 71, 84 e ss. e de KASISKE, Aufarbeitung der Finanzkrise durch das Strafrecht? Zur Untreuestrafbarkeit in Portfolioinvestments in Collateralized Debt Obligations via Zweckgesellschaften. In: SCHÜNEMANN (nota 37), p. 13, 22 e ss.

43. Para o processo de seleção que também é descrito pelo *labeling approach*, ALBRECHT (nota 13), p. 174 e ss.

deve-se perguntar se o foco desse tipo reflete corretamente o cerne do injusto cometido.

1. O tipo da infidelidade patrimonial protege os interesses patrimoniais do banco e, com isso, os interesses patrimoniais dos acionistas. Ou seja, aqui se trata novamente dos abastados e de seus interesses. O contribuinte, que tem de arcar com os custos das medidas estatais de salvamento, não é o titular do bem jurídico protegido. Quando se exige a responsabilização penal dos gerentes de bancos, está-se, contudo, primeiramente levando em conta a contribuição por eles dada à crise dos bancos e também de confiança no mercado. O fundamento primário da justificada revolta não foi a lesão aos empregadores e também aos acionistas da empresa.[44]

2. É de perguntar-se, assim, se um direito penal que tem de se contentar com o tipo da infidelidade patrimonial como instrumento de sancionamento dos responsáveis pela crise financeira está bem estruturado. A partir das presentes considerações sobre uma teoria social do bem jurídico, é de concluir que inexiste um tipo penal que abarque o cerne do injusto cometido. Esse cerne se encontra no fato de que, mediante comprováveis violações de dever, atacou-se a confiança na capacidade de funcionamento do sistema financeiro. Essa confiança é essencial não apenas para os abastados e magnatas dos sistemas econômicos, mas também para todos os membros da sociedade.[45]

8. Resumo

O direito penal é, em várias medidas, insatisfatório, e quase se tem vontade de renunciar a essa cortante arma do Estado porque ela produz mais danos que benefícios. Para mim, isso procede ao menos quando se observa quem, atualmente, é o foco do direito penal: o pobre, aquele que já foi abandonado pelo Estado e pela sociedade, contra o qual as pessoas de posses devem ser protegidas. O direito penal deve ser reduzido de várias maneiras, e a limitação à finalidade de proteção de bens jurídicos é um primeiro passo importante nesse sentido. Não se pode, contudo, parar por aqui. Porque com isso ainda não se respondeu que bens jurídicos necessitam da proteção do direito penal. Se lidamos

44. Kasiske (nota 41), p. 13, 40.

45. Cf. algumas primeiras reflexões em Hefendehl, Diskussionsbericht. In: Schünemann (nota 37), p. 67; Kasiske (nota 41) p. 13, 41.

com um comportamento socialmente danoso, devemos tentar construir uma teoria também social do bem jurídico. Uma tal teoria se concentra não apenas nos bens jurídicos pessoais, mas estende a perspectiva também para as chances de participação que cabem à sociedade e a seus membros.

52357

6
Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação

ULYSSES GOMES BEZERRA

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Os principais critérios utilizados pela doutrina nacional e estrangeira para orientar a aplicação do princípio da consunção, um dos mais controvertidos princípios de solução do concurso aparente de normas, são submetidos a uma análise crítica no presente estudo. Concluindo serem insatisfatórios tais critérios, o autor propõe uma revisão dos fundamentos da consunção, tomando por base os fins de prevenção geral da pena. Assim, formula um novo critério denominado "capacidade geral de percepção da proibição adicional".

PALAVRAS-CHAVE: Concurso aparente de normas – Princípio da consunção – Fins da pena – Teoria da prevenção geral negativa.

ABSTRACT: The main criteria used by national and foreign doctrines in order to guide the application of the *ne bis in idem* principle, one of the most controversial principles to solve in terms of concurring norms, are submitted to an analytical criticism in this study. Since the conclusion is that these criteria are unsatisfactory, the author proposes a review of the principle's fundament, having as basis the purpose of general prevention for sentencing. For this reason, it formulates a new criterion, hence called "general perception capacity of additional prohibition".

KEYWORDS: Apparent concurring norms – *Ne bis in idem* principle – Purposes for sentencing – Theory of the negative general prevention.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O conteúdo e significado dos princípios de solução – 3. Exposição e crítica dos principais critérios utilizados pela doutrina para a aplicação do princípio da consunção: 3.1 Breve esclarecimento sobre o método de avaliação destes critérios; 3.2 A regularidade; 3.3 As estruturas meio-fim e fim-aproveitamento; 3.4 A inclusão de desvalor – 4. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação – uma proposta de revisão: 4.1 Fundamentos; 4.2 Critérios: 4.2.1 Determinação de se os delitos podem ser punidos em conjunto: a capacidade geral de percepção da proibição adicional; 4.2.2 Determinação da norma que deve prevalecer: a proibição mais perceptível; 4.3 Consunção nos casos de regularidade inferida do tipo – 5. Conclusão.

1. Introdução

Há casos em que embora o autor realize os pressupostos de punibilidade de crimes descritos em mais de um tipo penal, apenas um ou alguns desses tipos poderão ser de fato aplicados, restando derrogados os demais. Esta conclusão decorre do emprego dos diversos princípios que solucionam o concurso de normas – também chamado concurso aparente de normas.

Trata-se de um dos temas mais tormentosos da dogmática jurídico-penal. São infindáveis as controvérsias acerca do conteúdo dos princípios, bem como dos efeitos de sua aplicação em casos concretos. Além disto, predomina já de longa data a utilização de critérios dúbios, erigidos, em geral, sobre fundamentações superficiais e pouco convincentes. No entanto, nenhum destes inconvenientes deveria diminuir o interesse pelo tema, pois sua relevância prática salta aos olhos: nele não se discutem puras sutilezas abstratas, mas por quantos crimes deve o agente responder, o que tem influência direta sobre a medida de sua pena.

É de se lamentar, todavia, que onde estes problemas assumem contornos mais acentuados, onde a falta de reflexão e cautela pode gerar resultados mais drásticos, o interesse pelo tema reduza-se exponencialmente. No Brasil, o concurso formal, na melhor das hipóteses, aumenta a pena,[1] podendo também levar ao cúmulo material, desde que haja desígnios autônomos,[2] mas nunca permitindo a absorção.[3] No concurso material a regra é simples: somam-se as penas.[4] Com um tratamento tão rigoroso no concurso de crimes, só o concurso de normas pode refrear punições irrazoáveis. Entretanto, o concurso de normas não pode servir de figura retórica, invocada para defender qualquer posição, sustentada

1. A maior das penas é aumentada de um 1/6 até a 1/3, conforme o art. 70 do CP.
2. Trata-se do chamado concurso formal imperfeito. Havendo desígnios autônomos, as penas aplicam-se cumulativamente, de acordo com a parte final do art. 70 do CP.
3. No sistema de absorção a pena menos grave é absorvida pela mais grave, sendo apenas esta última aplicada. O atual Código Penal alemão dispõe de norma semelhante, embora preveja que a pena resultante do concurso ideal não poderá ser inferior ao mínimo legal previsto para a pena absorvida, não constituindo, portanto, um sistema de absorção puro.
4. Art. 69 do CP.

através de uma fundamentação *ad hoc*. Não deve ser reduzido a mero alicerce de decisões intuitivamente preestabelecidas. Na dogmática nacional, as monografias sobre o tema são escassas,[5] e os manuais gastam pouquíssimas páginas na explicação de algo que parece, então, bastante simples. Porém, não há como esconder a confusão predominante na delimitação do conteúdo dos princípios em nossa doutrina.[6]

5. Embora possamos recordar o clássico estudo de Oscar Stevenson (Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962) a obra de Marcelo Fortes Barbosa (*Concurso de normas penais*. São Paulo: Ed. RT, 1976) e o artigo de Andrei Zenkner Schmidt (Concurso aparente de normas penais. *RBCCrim* 33/67 e ss. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2001), entre outros, se comparados às produções científicas relacionadas a outros temas, ainda são poucos os contributos ao estudo do concurso de normas. A recente obra de Frederico Horta (*Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007) merece ser destacada, por tocar em uma série de pontos até então ignorados pela doutrina nacional.
6. Na maior parte das exposições não há uma explicação clara sobre por que alguns casos estão na consunção e não na subsidiariedade, e vice-versa. Principalmente com relação à subsidiariedade os conceitos apresentados costumam ser demasiadamente vagos, não indo muito além da definição formal proveniente de sua própria denominação – uma norma só pode ser aplicada quando outra não o puder. Há até mesmo quem entenda que "aplica-se a norma subsidiária, que é uma espécie de tipo de reserva, apenas quando inexistir no fato algum dos elementos do tipo geral" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999. vol. 1, p. 120-121). Esta problemática identificação da subsidiariedade com um problema de tipicidade – que se pode notar também em outros autores, ainda que não tão explicitamente – poderia levar à conclusão de que tal princípio é inteiramente dispensável. Afinal, não parece existir concurso de normas entre dois tipos penais quando um deles não se encontra totalmente preenchido. Andrei Zenkner Schmidt vai além e afirma que a subsidiariedade constitui resquício da teoria causal-naturalista (SCHMIDT. Op. cit., p. 93). A conclusão, no mínimo discutível diante do fato de importantes autores finalistas, como Welzel, Maurach e Stratenwerth, adotarem a subsidiariedade (v. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 320 e ss.; MAURACH, Reinhardt. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962. vol. 2, p. 440; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I: el hecho punible*. Madrid: Edersa, 1982, p. 344 e ss.), tem ainda relação com a falta de compreensão da doutrina nacional a respeito do problema da criação de relações de heterogeneidade, por meio da interpretação, entre os tipos penais aplicáveis. Esta falta de compreensão é realçada quando se declara veementemente que o concurso de normas

Especificamente em relação ao princípio da consunção, objeto deste trabalho, os problemas não são exclusividade nacional. A generalizada ausência de boas justificativas e de critérios razoáveis fazem a consunção parecer a realização, pelo julgador, de um autêntico favor, um benefício pouco merecido pelo réu.

Este estudo tem por pretensão a reconstrução teórica do princípio da consunção, através da formulação de um novo critério, calcado em razões bastante diferenciadas das usualmente sustentadas. Previamente, serão examinados os principais critérios de aplicação da consunção, consagrados pela doutrina, em exposição crítica que intentará revelar sua inaptidão para regular o referido princípio.

2. O CONTEÚDO E SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS DE SOLUÇÃO

Antes de discutir especificamente os fundamentos e critérios de aplicação do princípio da consunção, uma breve exposição dos conteúdos dos demais princípios parece ser imprescindível, principalmente para delimitar o objeto da proposta de reformulação teórica que se apresentará mais adiante. A especialidade e a subsidiariedade não merecem maiores críticas ou reparos, pois apresentam fundamentos e critérios bastante satisfatórios. O que requer, porém, maior cuidado é a exata determinação daquilo que chamamos de subsidiariedade, já que existe uma diversidade de entendimentos a respeito, sobretudo em nossa doutrina.

é puramente aparente. É quase uma unanimidade, em nossa doutrina, a ideia de que "o direito penal não constituiria um sistema ou deixaria de ser uma unidade coordenada e harmônica, se as suas normas pudessem entrar em efetivo conflito" (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. 1, t. I, p. 144). Não há espaço para demonstrar aqui que tal concepção cria mais lacunas do que supre. Veja-se, a propósito, HORTA, op. cit., p. 16 e ss. e a excelente obra de Enrique Peñaranda Ramos (*Concurso de leyes, error y participación en el delito*. Madrid: Civitas, 1991). Outros pontos confusos podem ser assinalados. A derrogação dos crimes-membros pelo crime complexo aparece ora como caso de consunção, ora como caso de subsidiariedade ou de especialidade. Alguns autores chegam a situar a mesma hipótese no âmbito de mais de um princípio simultaneamente, como faz Fragoso no que diz respeito à relação entre os crimes de perigo e de dano, ao declarar, após considerar tais hipóteses subordinadas ao princípio da consunção, que "também se poderia invocar aqui a subsidiariedade" (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985).

Da mesma forma, revela-se salutar a prestação de alguns esclarecimentos a propósito dos atos copunidos e do princípio da especialidade.

O único princípio acatado unanimemente pela doutrina é o da *especialidade*. As controvérsias existentes sobre seu conteúdo são pequenas se comparadas às presentes nos demais princípios. Diz-se que uma norma é especial em relação a outra toda vez que ela contenha todos os elementos desta outra e mais um elemento adicional, especializador.[7] No ordenamento jurídico pátrio, talvez o mais clássico dos exemplos seja o do concurso aparente entre homicídio e infanticídio. Todo fato que pode ser qualificado como crime de infanticídio (art. 123 do CP) também é um homicídio (art. 121 do CP), mas nem todo homicídio pode ser considerado infanticídio, pois há elementos no tipo do infanticídio que não existem no de homicídio. Por isso, o infanticídio, considerado especial em relação ao homicídio, deve prevalecer. Conforme a regra originada no direito romano, *lex specialis derogat legi generali*.

A definição da relação de *subsidiariedade* traduz, na verdade, um efeito comum a todo o concurso de normas:[8] uma norma só será aplicada quando outra, mais adequada, não for. O brocardo latino *lex primaria derrogat legi subsidiarae* o indica precisamente. No entanto, apesar do nome obscuro para um princípio de solução,[9] a posição intermediária da subsidiariedade, entre o ponto de vista preponderantemente lógico da especialidade e exclusivamente valorativo da consunção, lhe confere razoável autonomia.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. Há *subsidiariedade expressa* nas hipóteses em que a lei determina, já de antemão, a aplicabilidade condicional de uma norma. É o que ocorre, por exemplo, no crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto no art. 132 do CP, em

7. Idem, p. 375; PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 35-39.

8. Beling o percebeu, pois chama o concurso de normas de punibilidade subsidiária, afirmando que as normas derrogadas através da atuação dos princípios da especialidade e da consunção – únicos que reconhece – teriam aplicabilidade subsidiária. Cf. BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 168. No mesmo sentido, HORTA, op. cit., p. 132.

9. O que, aliás, é característico de todos os princípios enunciados originalmente por Binding – subsidiariedade, consunção e alternatividade – que contêm somente descrições de consequências produzidas por sua aplicação, sem deixar claro quais casos comportam e por quê.

cujo preceito secundário está inserida a cláusula "se o fato não constitui crime mais grave", indicadora da subsidiariedade expressa. A *subsidiariedade tácita*, segundo a concepção aqui adotada – atualmente majoritária na doutrina estrangeira, sobretudo na Espanha e na Alemanha[10] –, se dá entre diversas normas que protegem o mesmo bem jurídico em distintos estágios de agressão. Deste modo, como a punição de estágios prévios já se encontra compreendida na punição da norma principal, porque esta não se refere unicamente ao estágio final de concretização do delito, mas ao fato desvalorado como um todo,[11] justifica-se a punibilidade subsidiária daqueles.

São consideradas relações de subsidiariedade tácita as existentes entre o crime consumado e a tentativa que gerou a consumação, sendo esta última subsidiária;[12] entre atos preparatórios convertidos em crimes autônomos (subsidiários) e a tentativa ou consumação do crime preparado;[13] entre autoria e participação (subsidiária) no mesmo fato;[14] entre crimes de perigo concreto (subsidiários) e de dano ao mesmo bem jurídico[15] – é importante ressaltar que não são considerados subsidiários os crimes de perigo abstrato.[16] Ainda podem ser mencionadas a subsidiariedade do crime culposo em relação ao doloso,[17] e do crime omissivo

10. Escuchurri Aisa, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 174-175, com referências.
11. Neste sentido, Jakobs, Günther. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 1059: "La pena del delito consumado no es sólo una pena por la continuación del delito a partir de la tentativa perfecta, sino por el hecho en su totalidad, como ya se evidencia en que tras la tentativa acabada no tiene que sobrevenir ningún comportamiento valorable más".
12. Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 673; Stratenwerth, op. cit., p. 346-347.
13. Jescheck, op. cit., p. 673; Stratenwerth, op. cit., p. 346-347.
14. Jescheck, op. cit., p. 673; Stratenwerth, op. cit., p. 347.
15. Jescheck, op. cit., p. 673; Stratenwerth, op. cit., p. 347.
16. Os crimes de perigo abstrato representam, muitas vezes, uma periclitação constante de diversos bens jurídicos individuais ou de diferentes bens jurídicos, que não chegam a ser atingidos pelo delito de lesão.
17. Stratenwerth, op. cit., p. 347; Mir Puig, Santiago. *Derecho penal: parte general*. reimp. da 3. ed. Barcelona: PPU, 1995, p. 739.

frente ao comissivo,[18] tratando-se, obviamente, de imputação do mesmo resultado.

Os chamados *atos anteriores e posteriores copunidos* constituem o ponto mais polêmico da teoria do concurso de normas. Alguns autores os identificam com a consunção,[19] outros com a subsidiariedade.[20] Há também os que consideram os atos anteriores casos de subsidiariedade e os posteriores, de consunção.[21] Finalmente, há aqueles que compreendem tais atos como situações alheias ao concurso de normas.[22]

Os atos copunidos não são tidos como critérios resolutivos, mas como grupos de casos,[23] ocorridos em mais de uma ação, nos quais se deixa de apreciar um concurso material. Portanto, a inclusão dessa figura no concurso de normas fica a depender da disposição de cada autor para aceitar a existência deste, ainda que haja pluralidade de ações.

Sob o título de *atos anteriores copunidos* reúnem-se, em geral, todos aqueles atos prévios apontados no estudo da subsidiariedade, ou apenas alguns deles, variando de acordo com a fundamentação escolhida para explicar o fenômeno da copunição. Os autores que os identificam com o princípio da consunção costumam considerar atos prévios copunidos crimes, ocorridos em ação anterior, que possibilitem o cometimento de outros. Como exemplo pode-se citar o sequestro, não muito demorado,

18. Escuchurri Aisa, op. cit., p. 178.

19. Sauer, Wilhelm. *Derecho penal (parte general)*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 342-343; Correia, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 130 e ss.; Soler, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945, t. II, p. 179 e ss.; Fragoso, op. cit., p. 377-378.

20. Esta é uma posição francamente minoritária. De acordo com Palma Herrera, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 95-97, defenderam-na Schönke/Schröder e Schmidhäuser, entre outros.

21. Aparentemente majoritária, tal posição é adotada, entre outros, por Garcia Albero, Ramon. Non bis in idem *material y concurso de leyes*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 384 e ss. e 392 e ss.; Welzel, op. cit., p. 322-323; Mir Puig, op. cit., p. 738-741; Jescheck, op. cit., p. 672-675.

22. Um exame das diversas posições encontra-se em Palma Herrera, op. cit., p. 55-93.

23. Por este motivo, é difícil concordar com as palavras de Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 348-349, quando indica como tendência o desaparecimento da consunção e sua substituição pelos atos copunidos.

realizado com a única finalidade de levar a vítima para um terreno baldio, onde será assassinada.[24] Ou o dano realizado sobre determinada coisa, que a torna apta a ser furtada em ocasião posterior.[25] Estes casos nada mais são, na verdade, do que atos típicos acompanhantes praticados em ações distintas.

Consideram-se *atos copunidos posteriores* aqueles voltados a manter, assegurar ou propiciar o proveito de crime anterior. Exemplo clássico é a conduta daquele que destrói ou vende a coisa furtada. A doutrina alemã praticamente reduz esta classificação aos crimes patrimoniais.[26] Na doutrina nacional, por outro lado, encontram-se outros exemplos, como o da relação entre os crimes de falsificação e de uso de documento falso, nos quais o crime de uso geralmente é considerado ato copunido posterior.[27]

Parte da doutrina fixa requisitos condicionantes da admissibilidade da copunição. Os mais comuns são: o ato posterior não deve atingir outro bem jurídico, não deve intensificar o dano e deve dirigir-se contra o mesmo sujeito passivo do ato anterior.[28]

Por fim, a doutrina majoritária insere no âmbito de atuação do *princípio da consunção* os atos típicos acompanhantes e os atos copunidos posteriores.[29] Consideram-se *atos acompanhantes típicos* aqueles crimes habitualmente praticados em conjunto com o crime principal, como as lesões corporais de natureza leve nos crimes que envolvem violência, tal

24. Este exemplo e uma série de precisões a seu respeito, impondo requisitos para a copunição, pode ser visto em PALMA HERRERA, op. cit., p. 172-173.

25. Cf. SAUER, op. cit., p. 343.

26. GARCIA ALBERO, op. cit., p. 393.

27. Assim: DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 289. Este entendimento, entretanto, deve ser repudiado. Afinal, a falsidade documental claramente constitui estágio prévio de agressão ao mesmo bem jurídico, devendo restar derrogada. O caso, portanto, é de subsidiariedade. Considerando que o crime de uso deve prevalecer, apesar de manter a hipótese no âmbito da consunção: SCHMIDT, op. cit., p. 88.

28. PALMA HERRERA, op. cit., p. 137.

29. ESCUCHURRI AISA, op. cit., p. 327. Em relação ao atos copunidos anteriores há maiores controvérsias, predominando sua colocação entre os casos de subsidiariedade, conforme exposto mais acima (v. nota 21).

qual o roubo ou o estupro.[30] Exemplos clássicos em nossa doutrina são o da violação de domicílio, que constituiria ato acompanhante típico do delito de furto e a falsidade documental, acompanhante do estelionato.[31]

Estes crimes "acessórios", quando se apresentam muito regularmente vinculados ao principal, são por ele consumidos. O fundamento da consunção nestes casos estaria no fato de que o legislador, ao criar tipos penais, leva em conta as situações fáticas em que eles são normalmente praticados e, por isso, inclui no desvalor do crime principal, o desvalor dos crimes acompanhantes.[32] Portanto, a punição cumulativa resultaria em violação ao princípio do *non bis in idem*.

Na consunção a vinculação entre a prática dos crimes não é algo necessário, mas tão somente regular. É precisamente esta a distinção entre consunção e especialidade. Porém, isto também contribui para que possam ser considerados bastante semelhantes os fundamentos de ambos os princípios,[33] que diferem, quiçá, apenas quanto ao modo de aparição.

Portanto, são dois os grupos de casos submetidos ao princípio da consunção: o dos atos típicos acompanhantes e o dos atos copunidos posteriores. Os fundamentos e critérios da consunção serão questionados adiante, tendo em vista estes grupos de casos.

3. Exposição e crítica dos principais critérios utilizados pela doutrina para a aplicação do princípio da consunção

3.1 Breve esclarecimento sobre o método de avaliação destes critérios

Uma teoria jurídico-penal que pretenda fixar determinado critério pode ser questionada, entre outras coisas, no que diz respeito a três atributos essenciais deste critério: seus *fundamentos*, sua *precisão* e suas *consequências*. As críticas que serão adiante formuladas partirão, portanto, do exame destes itens.

30. Horta, op. cit., p. 153.
31. Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53.
32. Neste sentido: Garcia Albero, op. cit., p. 386; Stratenwerth, op. cit., p. 345; e Jescheck, op. cit., p. 673.
33. Comparando ambos os princípios por tais razões: Stratenwerth, op. cit., p. 345-346; e Garcia Albero, op. cit., p. 385.

Quanto aos dois primeiros não há muito o que advertir. Em relação às *consequências* da opção por determinado critério, porém, devemos ter em mente que a extensão do âmbito de atuação do princípio da consunção derivará necessariamente de tal opção. Isto significa a punição do autor dos crimes com maior ou menor rigor. De modo que importa indagar o que melhor se encaixa em nossa realidade, isto é, se precisamos de uma construção teórica tendente a ampliar ou a restringir o concurso de normas.

Neste ponto, diante do extremo rigor com que são tratadas as hipóteses de concurso de delitos em nosso Código Penal,[34] fica evidente a necessidade de uma válvula de escape, que permita a manutenção de penas proporcionais, ao limitar tal rigor punitivo. É importante salientar, entretanto, que nada disto justifica a adoção de teses absurdas, tendentes a ampliar exageradamente o âmbito de atuação da consunção. Ao revés, a conclusão adequada é aquela que, diante de opções razoáveis de critérios, opta pelo menos restritivo de tal âmbito, sem permitir uma ampliação exacerbada deste.

3.2 A regularidade

O critério da regularidade possui problemas relativos à fundamentação e às suas consequências. Quanto aos fundamentos, diz-se que dada a constante ligação entre os delitos, seria possível concluir que o legislador já inclui no desvalor do crime principal o desvalor daqueles que normalmente o acompanham. Sendo assim, em respeito ao princípio do *non bis in idem*, ficaria vedada a punição cumulativa.

Ocorre, todavia, que este raciocínio comporta um salto lógico: o fato de que o legislador conheça a regular inter-relação entre determinados crimes não permite concluir que os delitos acessórios sejam efetivamente levados em consideração na formação do desvalor do principal. Além disto, não está claro se esta inclusão de desvalor seria, para os adeptos da tese em discussão, um dever do legislador ou mera possibilidade que normalmente se verifica. Sendo um dever, faltaria informar com base no que se o postula. Tratando-se, no entanto, de simples opção, restaria indagar o quanto se veriam afetadas as conclusões sobre a violação do *non bis in idem*, no caso de o legislador não optar por considerar os delitos acessórios, seja deliberadamente, seja por esquecimento ou por qualquer outra razão decorrente do acaso.

34. Cf. acima, 1.

Tampouco parece acertado que a alternativa mais adequada seja a efetiva inclusão do desvalor de um crime noutro. Na fase legislativa, o produto das reflexões acerca do desvalor dos crimes é a pena abstratamente cominada e, por isso, é de se supor que a melhor técnica situe-se no caminho exatamente oposto. Quanto mais se puder individualizar a pena, quanto mais puderem ser criados tipos penais de menor amplitude e penas adequadas a situações específicas, mais proporcionais serão tais penas. A desvaloração do que deveriam ser delitos distintos em um único tipo penal comum, contraria a ideia de individualização da pena e de punição na medida da culpabilidade.

Por fim, vale ressaltar que a referência a um legislador preso ao seu tempo é problemática. Em face de uma regularidade criminológica que pode alterar-se ao sabor de circunstâncias momentâneas, como seria possível manter a correspondência com aquele desvalor anteriormente identificado?

Outra questão relevante é o grau de compromisso com o plano valorativo que se pode esperar de um critério estatístico. Se o fundamento do critério da regularidade é a inclusão de desvalor, torna-se duvidosa a coerência entre os resultados de sua aplicação e seu fundamento, toda vez que restar possibilitada a consunção entre crimes independentes no aspecto valorativo. É o caso do homicídio cometido com dano a coisa pertencente à vítima. Pode-se imaginar que exista um alto índice de casos em que isto ocorre, pois é natural que no homicídio se deteriore, por exemplo, a roupa vestida pela vítima.

Será possível, então, a consunção entre delitos que protegem valores tão distintos, como a vida e a propriedade? Correia e Garcia Albero opõem-se veementemente.[35] Ambos, utilizando-se do exemplo da relação entre homicídio e dano, na qual a aplicação do princípio da consunção lhes afigura inadmissível, concluem que a regularidade não pode fundamentar por si só a consunção. Enquanto Garcia Albero

35. Garcia Albero, op. cit., p. 389, manifesta espécie diante da parcela da doutrina que considera consumido o crime de dano pelo de homicídio. Nenhuma objeção há de ser-lhes dirigida se o que existe é mera pretensão de constatar uma realidade da prática forense: a não punição destes casos, que muitas vezes sequer tornam-se objeto do processo penal. Por outro lado, sustentar a inclusão do desvalor de um crime em outro não lhe parece minimamente aceitável, por tratarem-se de fatos e valores completamente diversos. Provavelmente, finaliza Garcia Albero, o que ocorre nestes casos é uma aplicação não teorizada do princípio da insignificância.

admite tratar a regularidade como indício da relação valorativa, devendo ser sempre possível inferi-la dos elementos dos tipos,[36] Correia não lhe atribui nenhuma importância.[37] De todo modo, parece evidente a incoerência entre um critério de regularidade puramente estatístico e a ideia de inclusão de desvalor, utilizada para sustentá-lo.

Por outro lado, se a regularidade for entendida não como simples relação estatística, derivada de constatações fáticas relativas à fenomenologia criminal, mas como uma regularidade legalmente reconhecida, inferida a partir de elementos dos tipos penais, deixa de existir a incoerência previamente apontada, proporcionando-se um substancial ganho de consistência para o critério. Decerto, nas hipóteses em que o exame dos próprios tipos penais envolvidos sugerir a inclusão do desvalor do acessório pelo principal, nenhuma objeção há de se opor ao reconhecimento da consunção.

Nos diversos crimes em que a violência constitui elemento do tipo é de se considerar ato acompanhante típico o delito de lesões corporais de natureza leve. O mesmo pode-se dizer da restrição da liberdade ou da coação, nos crimes que a envolvam, devendo restar absorvidos eventuais crimes de sequestro ou constrangimento ilegal, desde que não ultrapassem os limites do necessário para a realização do tipo principal. Enfim, existem situações nas quais pode-se reconhecer a consunção apenas a partir dos tipos penais e de sua relação, implícita ou explícita.

Todavia, inúmeras outras hipóteses não podem ser solucionadas segundo tal critério. A acessoriedade entre uso de documento falso e estelionato não pode ser inferida do tipo deste último delito; a injúria proferida durante o estupro, cuja consunção costuma ser aceita,[38] igualmente não pode ser extraída de nenhum elemento do tipo do crime principal. E aqui importa questionar a conveniência da adoção de um critério restritivo do âmbito de aplicação do princípio da consunção. Pela já aduzida razão da rigorosidade de nosso sistema penal, a resposta tem de ser em sentido negativo. Seria fácil remeter todos os demais casos à disciplina do concurso ideal de delitos, se tivéssemos um sistema de

36. Idem, p. 388.

37. Correia, op. cit., p. 133.

38. Admitindo-a, por exemplo, Horta, op. cit., p. 148.

absorção, que operaria, então, uma *função de esclarecimento*.[39] A realidade, porém, é outra e o aumento nas penas dos condenados é altamente significativo.

3.3 As estruturas meio-fim e fim-aproveitamento

A estrutura meio-fim é muito utilizada como critério de aplicação da consunção na doutrina nacional. Alguns dos autores que a adotam consideram os estágios prévios de agressão ao mesmo bem jurídico, em sua totalidade ou parcialmente, casos de consunção.[40] Isto certamente explicaria a derrogação do crime-meio pelo crime-fim, pois, como foi previamente salientado, o princípio da subsidiariedade possui critérios e fundamentos bastante satisfatórios. Mas, então, a questão passaria a ser terminológica e, no que toca a este ponto, vale ressaltar que a delimitação dos significados e conteúdos de cada princípio já foi efetuada, em tópico anterior, exatamente para evitar maiores confusões.

Entretanto, há autores que mantêm tais estágios prévios no tratamento do princípio da subsidiariedade, utilizando-se da estrutura meio-fim para decidir outros casos, mais propriamente relacionados à consunção.[41] A derrogação da invasão de domicílio pelo furto, do falso pelo estelionato e do porte de arma pelo homicídio, por exemplo, são explicados com base na prevalência do crime-fim sobre o crime-meio. À

39. Na Alemanha é comum o entendimento de que o concurso formal possui uma função de esclarecimento. Assim, por exemplo, JESCHECK, op. cit., p. 657. Isto significa, grosso modo, que no concurso formal o conteúdo de uma ação é integralmente captado e exposto, de modo que a sentença condenatória esclarece com maior exatidão o que realmente se passou. Por exemplo: condenar o réu por violação de domicílio e furto é diferente de condená-lo apenas por furto. Ou seja, em um sistema de absorção, apesar de não haver aumento no limite máximo de fixação da maior das penas, a múltipla condenação exerce um papel declaratório e de valoração integral do fato. Ressalte-se, todavia, que o sistema alemão não é mais um sistema de absorção puro (v. nota 3).

40. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1, p. 210-213; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1, p. 215-216; MIRABETE, op. cit., p. 120-121; DOTTI, op. cit., p. 288-289; HUNGRIA, op. cit., p. 147-148; FRAGOSO, op. cit., p. 376-377.

41. É o caso de TOLEDO, op. cit., p. 52-53.

aplicação do critério a casos desta natureza é que se dirige a crítica que segue.

Relativamente aos efeitos, a relação meio-fim, se realmente fosse levada às últimas consequências como critério, ampliaria demasiadamente o âmbito de aplicação do princípio da consunção. Isto se evidencia logo que se tenha em mente que, a partir do plano do autor, ou mesmo de uma perspectiva mais objetiva, muitos crimes – por vezes absolutamente independentes no aspecto valorativo – podem funcionar como meio para a consecução uns dos outros. O assassinato de um indivíduo pode ser meio para o de outro, por exemplo.

Pode-se cogitar a utilização do plano valorativo a fim de delimitar a abrangência dos efeitos da relação meio-fim, mas, neste caso, estaríamos já diante de um novo critério, cujo elemento principal seria a relação valorativa. Este critério será abordado no item 3.4. O que se pode adiantar é que tal critério padece de um grave déficit de precisão, de modo que se perderia a única vantagem da estrutura meio-fim.[42] Outra delimitação muito praticada é a conciliação entre a estrutura meio-fim e o critério da regularidade, traduzida por expressões como "normal fase de preparação"[43] ou "meio regular".[44] Quanto a esta suposta solução, indicam-se as críticas feitas no item 3.2. A expressão "meio necessário",[45] porém, deveria ser relacionada aos casos de subsidiariedade e não aos de consunção.

A estrutura fim-aproveitamento, por sua vez, aparece nos atos posteriores copunidos. Neste caso, o crime-fim prevaleceria não sobre o crime que lhe serviu de meio, mas sobre fato posterior, que constitui aproveitamento do crime principal, complementando seu sentido. Diferentemente da relação meio-fim, a relação fim-aproveitamento não constitui um critério em si, mas uma característica essencial de um grupo de casos – os atos posteriores copunidos –, trabalhando com aqueles critérios já enunciados: o ato posterior deve dirigir-se contra o mesmo bem jurídico e a mesma vítima e não deve ampliar a lesão.

42. Não há como negar a precisão da relação meio-fim, desde que não esteja subordinada ao plano valorativo. Entretanto, o simples fato de um critério poder ser aplicado com precisão e segurança não torna justos e convenientes os resultados de sua aplicação.

43. BITENCOURT, op. cit., p. 211.

44. SANTOS, op. cit., p. 348.

45. BITENCOURT, op. cit., p. 211.

Quanto aos fundamentos, pode-se dizer que a absorção dos atos posteriores não está bem explicada. Embora se possa, como sempre, recorrer à ideia de inclusão de desvalor, não fica claro por que razão deve-se permitir que o agente termine aquilo que começou. Afinal, por que deve nos importar o fato de que o crime posterior é apenas a realização da finalidade inicial do agente, a complementação do sentido do crime anterior? Se o que importa é apenas o desvalor dos crimes, o fato de que o ato posterior seja indispensável na mente do criminoso, que isto faça sentido para ele, não deveria fazer a menor diferença. No mais, a argumentação em favor da consunção nos atos posteriores parte, muitas vezes, de uma premissa equivocada: a de que não há aumento no prejuízo para a vítima.

A destruição da coisa furtada, reconhecida hipótese de ato posterior copunido, pode servir de exemplo para demonstrar o modo extremamente vago e impreciso como se aplica, em geral, o critério de não intensificação do dano. Se o legítimo proprietário tem o direito de reaver o bem subtraído, não faz sentido afirmar que a definitiva destruição da coisa não amplia a lesão à propriedade da vítima. O aspecto fático, no qual a vítima encontra-se destituída do controle do bem e o autor do crime comporta-se como seu verdadeiro dono, não altera o aspecto jurídico. O agente não tem o direito de dispor da coisa e a vítima, por sua vez, continua tendo o direito de propriedade.

Da mesma forma, toda ação que dificulta a persecução penal, distanciando a vítima da recuperação da coisa deve ser entendida como ampliação da lesão ao bem jurídico. É o que ocorre quando a coisa subtraída é alienada a terceiro, esteja ele agindo de boa-fé ou não. Por estes motivos, é muito difícil levar a sério o critério de não intensificação do dano. Como bem acentua Jakobs, todo ato típico naturalmente intensifica o dano.[46]

Também possui problemas de precisão o critério da unidade de bem jurídico. Além das muitas controvérsias em torno da própria noção de bem jurídico,[47] não se pode ignorar o fato de que uma mesma norma

46. JAKOBS, op. cit., p. 1066.

47. Sobre o tema vide: GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/89-147. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 181 e ss.

muitas vezes protege, direta ou indiretamente, diversos bens jurídicos e não unicamente aquele para cuja proteção foi criada, de mais fácil identificação. Assim, caberia indagar, por exemplo, onde estaria a unidade de bem jurídico na relação entre injúria e estupro, uma vez que a incriminação do estupro tutela a liberdade sexual, enquanto a incriminação da injúria tutela a honra. O importante é que a proibição de realização de uma conduta serve, muitas vezes, para impedir a realização de outras que normalmente aparecem ligadas a ela. Isto já deveria ser suficiente para a admissibilidade do concurso de normas, a despeito da falta de unidade entre os bens jurídicos principais.

Finalmente, a proibição de lesionar terceiro já está incluída na de aumentar o dano ou na de atingir novo bem jurídico, sendo, portanto, além de desnecessária, inválida pelos motivos indicados em relação a ambas.

3.4 *A inclusão de desvalor*

Na doutrina atual o concurso de normas e o princípio da consunção são conceituados de maneira bastante semelhante,[48] quando não idêntica. Por isso, é compreensível que, diante da ausência de uma fundamentação autônoma, este chegue a ser considerado um princípio residual,[49] para o qual são dirigidas todas as situações que não possam adequar-se aos demais princípios.

Paralelamente, seguindo a tendência de formação de elementos residuais de conteúdo indefinido, transforma-se aquilo que seria um fundamento em um critério. Na falta de bons critérios, a ideia de inclusão de desvalor, fundamento da consunção e de todo o concurso de normas, passa a exercer tal função. A simples afirmação de que o desvalor de uma norma está incluído no de uma outra em determinado caso concreto, é tida, então, como suficiente para justificar a consunção, sem recorrer a nenhum dos critérios anteriormente expostos, ou qualquer outro.[50] No entanto, a facilidade com que tal afirmação pode ser feita contrasta com sua indisfarçável vagueza e permite a lamentável conclusão de que seria

48. Vide Escuchurri Aisa, op. cit., p. 179.

49. Assim o entende Mir Puig, op. cit., p. 740.

50. Os adeptos desta concepção referem-se à consunção como uma relação de "mais e menos", de "continente e conteúdo", tal como Stevenson, op. cit., p. 41; e Correia, op. cit., p. 131.

possível, do mesmo modo e com a mesma facilidade, decidir em sentido contrário.

Será que é mesmo tão simples determinar o conteúdo de desvalor de um delito e sua completa inclusão em outro tipo penal? Nos casos de estágios anteriores de agressão ao mesmo bem jurídico, submetidos à disciplina da subsidiariedade, ou nas poucas hipóteses em que a consunção pode ser inferida dos próprios tipos penais, talvez seja possível atingir tal conclusão. Porém, na ampla maioria dos casos abarcados pelo princípio da consunção, só se pode falar em inter-relações valorativas. Afirmar veementemente a inclusão de desvalor seria por demais apressado.

Nos atos posteriores copunidos, por exemplo, não se pode dizer que tudo o que pode ser valorado negativamente em um crime, também o pode ser em outro. O desvalor da subtração é bem diverso do desvalor do dano, ou da receptação. Embora o bem jurídico em jogo seja o mesmo, a forma como se avaliam as condutas é diferente. Tanto que a punição para o dano é bem menor. O mesmo acontece em muitas outras situações em que normalmente se admite a consunção. O desvalor da injúria é bastante diverso do desvalor da lesão corporal ou do estupro, embora possa restar consumida, nos casos de realização conjunta destes crimes, a ofensa à honra. Saliente-se, ainda, que nestas hipóteses é diverso o bem jurídico tutelado.

Somente nos casos mais simples as relações valorativas se revelam suficientemente nítidas para que possam ser utilizadas a fim de justificar a aplicação do princípio da consunção. Ainda assim, sempre deve existir um critério capaz de estabelecer detalhadamente em que situações pode-se declarar a inclusão valorativa e por quê. A inclusão de desvalor não é, em si, um critério e acaba sendo invocada, muitas vezes, como mera figura retórica, hábil a sustentar qualquer tipo de decisão. Tal espécie de procedimento deve ser repugnado, pois a aplicação do princípio da consunção é uma questão demasiadamente relevante para ser deixada a cargo de intuições de justiça.

4. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação – uma proposta de revisão

Até agora muito foi dito a respeito do desvalor dos fatos e das normas necessárias para sua reprovação. Porém, deixou-se de lado o fato de que a reprovação por si só não é um fim, mas apenas um meio. O

castigo sempre tem de possuir uma razão de ser, que vai além da mera retribuição pelo mal causado. Do contrário, será um castigo desnecessário.

Partindo desta ideia, de que a punição precisa ter um fim, se procurará reconstruir, a seguir, os fundamentos do princípio da consunção. A fundamentação do concurso de normas de acordo com a captação do desvalor dos fatos pelas normas não perde inteiramente seu sentido com isto. Na realidade, a complementaridade entre a função preventiva – que aqui será entendida como prevenção geral negativa – e a proporcionalidade das penas é que nortearão a proposta.

4.1 Fundamentos

O modo como se constituíram os casos de consunção, sempre considerando a relação meio-fim, a regularidade, o sentido que o fenômeno criminal tinha para o agente, tem uma explicação que parece ter permanecido oculta: o que importa aqui não é apenas a valoração da norma, mas também a lógica interna da criminalidade. A valoração da norma não pode contrariar tal lógica sob pena de tornar-se inútil ou, no mínimo, irracional.

No sistema jurídico-penal moderno o agente tem sempre de ter possibilidade de evitar o fato e tem de possuir conhecimento, ao menos potencial, de sua proibição. Estes fundamentos básicos do direito penal têm por objetivo manter a racionalidade da lei penal, isto é, não deixar que ela se torne uma retribuição pura e simples, que o agente sirva de símbolo, vedando, portanto, a coisificação do sujeito.

Manter a racionalidade da lei implica também na manutenção de seu direcionamento a uma finalidade clara. Se a finalidade do direito penal é prevenir o crime através da ameaça de pena, que se dirige a todos os indivíduos, o fato de que uma de tais ameaças, num dado contexto, não seja necessária, por já ter sua função cumprida pela pena de outro crime, deveria impedir a punição cumulativa.

Quando se fala em relação meio-fim, não se faz menção simplesmente ao desvalor captado pela norma, faz-se menção a um fenômeno que deve ser reconhecido por ela. Quando se diz que o crime posterior não deve ser punido autonomamente, porque ele apenas representa a complementação do sentido do anterior, faz-se uma nítida referência ao agente, à sua percepção da norma e à lógica com que pratica suas ações.

Se o agente não é capaz de perceber a proibição adicional, se para ele um crime está tão ligado a outro que quando representa em sua mente o fato proibido, representa-o como uma unidade de proibição indivisível, uma das normas já não possui utilidade adicional. Isto não significa que o fato de o sujeito ignorar o direito pode lhe servir de escusa. Trata-se apenas de manter fidelidade à ideia de que a pena deve ter um fim preventivo, o que, nestes casos, se perde.

Portanto, *o fundamento da consunção é o cumprimento da função de uma norma por outra* – especificamente, da função de prevenção geral negativa. Tal função é cumprida integralmente por uma das normas, tornando a outra desnecessária, toda vez que, seguindo a *lógica interna da criminalidade* – com o que se pretende fazer referência ao modo como os crimes são praticados normalmente, e não à lógica de um agente em particular – o cometimento de um crime possa estar estreitamente vinculado ao de outro, diminuindo a sensibilidade para o fato de que se tratam de duas condutas incorretas e não apenas de uma. *Afinal, se o fato é representado como uma unidade, a proibição de qualquer parte desta unidade terá para os agentes o efeito de proibição do todo.*

Seria possível objetar que, seguindo tal raciocínio, conclui-se também que uma norma perde vigência toda vez que os agentes passarem a ignorá-la, ou que passar a ser completamente descumprida. Mas isto não seria correto. Certamente, o estranho fenômeno pelo qual determinadas normas simplesmente perdem vigência prática, mas não teórica, necessita de maiores investigações no sentido de entender se podem elas, de uma hora para outra, passarem a ser exigidas. O fato é que tratamos aqui de uma situação diferente daquelas em que se comete um único crime. Não foi afirmado que o agente incorre em erro de proibição, ou que deixa de entender o desvalor do crime praticado. Ocorre que sua punição é desnecessária somente quando possa ele ser punido por outro crime, cuja pena já cumpre a função preventiva a que se destina. O caminho ainda permanece livre para a volta à vida da norma derrogada,[51] se for o caso. A representação da proibição de um fato individual

51. Chamam-se de "volta à vida da norma" as hipóteses em que uma norma que normalmente seria derrogada acaba sendo aplicada, por concorrer alguma circunstância impeditiva da aplicação de outra norma, como alguma excludente de punibilidade. Sobre o tema v. PALMA HERRERA, op. cit., p. 239 e ss.

é diferente da representação de duas valorações para algo que já passou a ser visto, segundo a lógica do fenômeno criminal, como algo unitário.

Pelo exposto, característica fundamental da consunção é sua relação com a lógica interna da criminalidade, com a percepção que os agentes possuem em relação à multiplicidade de proibições. A consunção diferencia-se, assim, dos demais princípios do concurso de normas, por não estar relacionada com a coerência interna do ordenamento jurídico, mas com a coerência externa dele, a coerência entre a norma e a realidade social.

4.2 *Critérios*

4.2.1 Determinação de se os delitos podem ser punidos em conjunto: a capacidade geral de percepção da proibição adicional

O que determina a possibilidade de aplicação da consunção é a capacidade dos autores dos crimes de perceber os fatos como uma violação normativa plural. Se a grande maioria dos agentes enxerga os delitos como uma unidade, aplica-se o referido princípio.

A capacidade de representação da proibição adicional pela generalidade dos agentes é de difícil demonstração. Deste modo, o critério para verificar a possibilidade de representação da proibição adicional deve se basear em juízo derivado das experiências da vida, do conhecimento geral a respeito do fenômeno criminal, que pode ser enriquecida – deve, melhor dizendo – com material empírico, estatístico[52] ou de outra natureza. Não se pode utilizar aqui a figura do homem médio, porque o homem médio sequer cometeria crimes. Se for possível, embora não pareça a melhor ideia, poderíamos imaginar a figura do delinquente médio.[53] A solução sempre se baseará, no fim das contas, no conhecimento possuído e buscado pelo julgador.

52. As críticas feitas ao critério da regularidade estatística não se aplicam ao critério ora proposto, pois este não tem como fundamento o plano valorativo ou o sentindo da norma, mas o cumprimento das finalidades preventivas de uma norma por outra, o que se verifica através de uma análise que leva em conta a fenomenologia criminal.

53. Não se pretende com isso separar o "cidadão de bem" do "bandido", mas distinguir a realidade prática de quem comete determinada espécie de crime – por mais heterogêneo que seja tal grupo – de uma idealização quase heroica, conhecida como homem médio. O homem médio da teoria jurídica

Vejamos, então, o funcionamento do critério em termos mais concretos. Toda vez que, querendo praticar um crime, a prática de um outro crime relacionado a este pareça para a maioria dos agentes um erro a mais, algo desnecessário ou um ponto onde eles não estão dispostos a chegar, não haverá consunção, pois aqui a função preventiva da pena continua tendo eficácia para a generalidade dos indivíduos. Por outro lado, quando o cometimento de um outro delito lhes surge como algo natural, parte integrante daquele que pretendem cometer, deve ocorrer a consunção, porque, neste caso, a pena adicional é desnecessária.

Alguns exemplos serão apresentados a seguir, para demonstrar o funcionamento do critério.

Em uma briga, em meio a agressões mútuas, é muito comum que ofensas sejam proferidas. A duplicidade de violações, desde que tudo se dê em estreita conexão temporal, realmente parece fugir à percepção do agente.

Quem pretende matar alguém por meio de um disparo de arma de fogo, por exemplo, não perceberá a deterioração das roupas da vítima como uma proibição adicional. Por outro lado, o agente que, com o mesmo objetivo, explode um prédio residencial, ainda que vazio, certamente perceberá como um erro adicional a destruição das residências de diversas pessoas. Portanto, a consunção entre homicídio e dano depende da extensão deste último, apesar de poder ser considerada aceitável na maior parte das situações.

O agente que utiliza documento falso nem sempre está disposto a aplicar golpes, para obter vantagens patrimoniais. Muitos falsificam documentos com fins menos reprováveis, como, por exemplo, o de participar de determinada competição esportiva. Deve-se atentar bem para a direção do argumento: não se diz simplesmente que nem todo uso de documento falso é um estelionato, pois disto todos sabem. O que se afirma é que o agente que utiliza documento falso muitas vezes não está disposto a cometer tal crime. Muitos indivíduos são capazes de representá-lo como um erro adicional. Contudo, o raciocínio inverso leva a uma resposta diferente. Se o indivíduo está disposto a fraudar, é natural que esteja disposto a usar documento falso, e que não o perceba como

não é um homem comum, e sim uma soma de expectativas, a personificação daquilo que o direito espera dos indivíduos.

um erro a mais. Assim, o estelionato deve consumir o uso de documento falso.[54-55]

Quem se propõe a matar alguém, na maioria dos casos não vê problema em ocultar o cadáver, devendo tal crime restar consumido. Mas quem pretende furtar pode ver problema em matar alguém, o que é óbvio, e quem se propõe a matar muitas vezes não está disposto a furtar. Comete-se homicídio por muitas razões e muitos dos que matam não estão dispostos a furtar os bens de suas vítimas. Portanto, se alguém furta o remédio da vítima, sabendo que assim a coloca em sério risco de vida, deve responder por ambos os crimes, se o evento letal ocorrer.

Nos exemplos mais tradicionais de ato posterior co-punido, como a destruição posterior da coisa furtada, ou sua receptação, a proibição adicional geralmente não é percebida. Até mesmo nos casos de venda da

54. Esta solução cria, contudo, o problema de tornar o cometimento do crime posterior mais vantajoso, pois a pena mínima do falso pode ser maior do que a do estelionato – no caso de documento público, por exemplo. Por isso, na aplicação da pena do estelionato deve-se levar em conta o crime anterior, elevando-se a pena base até alcançar, ao menos, a pena mínima do falso – com base nas circunstâncias do crime, ou qualquer outro elemento do art. 59 do CP. Este efeito residual da norma derrogada que é bastante aceito na dogmática alemã, com ainda mais razão deve ser imposto entre nós, em virtude do maior rigor no tratamento legal do concurso de crimes. Praticar estelionato utilizando documento falso não é o mesmo que praticá-lo sem tal ofensa à fé pública, mas, por outro lado, não chega a ser necessária a majoração da pena segundo os critérios do concurso formal.

55. Quanto à Súmula 17 do STJ, segundo a qual "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido", é preciso esclarecer que a solução funda-se em uma premissa equivocada. O destaque conferido à questão da potencialidade lesiva do falso – da persistência ou não de aptidão para gerar novas lesões – evidencia a pretensão de regular a relação de consunção entre os crimes de estelionato e falsificação de documento. Porém, uma tal relação direta geralmente não ocorre. O crime de falsificação é subsidiário ao crime de uso de documento falso e este último delito é que, por aplicação da consunção, acaba derrogado pelo estelionato. Portanto, o equivoco está em considerar o crime de uso derrogado pelo de falsificação e não o contrário (v. nota 27). Deste modo, o questionamento acerca da potencialidade lesiva não tem lugar. O ato de utilizar documento falso dificilmente poderia ter um potencial lesivo que em muito transcendesse aquela ação. Por outro lado, uma nova utilização do mesmo documento falso configuraria novo crime, a ser apreciado em efetivo concurso de delitos.

coisa a terceiro de boa-fé, em que alguns autores não aceitam a consunção do estelionato pelo furto anterior,[56] pode-se concluir que os fatos são vistos como uma unidade pelos agentes.

Quem pratica conjunção carnal forçada, em geral, não representa como um erro adicional praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Na legislação revogada, que previa a distinção entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, existia entendimento no sentido de que os atos libidinosos mais graves – coito anal e sexo oral – deviam ser punidos em concurso material com o estupro. Com a nova redação do art. 213 do CP, conferida pela Lei 12.015/2009, talvez tais casos passem a ser considerados hipóteses de crime único. Porém, é difícil prever como reagirá a jurisprudência. É possível também que ganhe força a tese do crime continuado, ou ainda que seja mantido o posicionamento anterior à reforma legal.

De qualquer modo, se não considerarmos tratar-se de crime único, deverá ter lugar a aplicação do princípio da consunção, de acordo com o critério ora proposto. O fato de que o agente percebe o ato sexual como uma unidade, independentemente das espécies de atos praticados, é difícil de contestar. O entendimento de que os dois crimes deveriam ser punidos em concurso parece ter derivado mais da infeliz estrutura fixada para estes tipos penais, agora reformados, do que de considerações valorativas.

A relação entre o crime de porte de arma (art. 14 ou 16 da Lei 10.826/2003) e os crimes dele decorrentes não pode ser disciplinada pelo princípio da subsidiariedade, por ser o primeiro um crime de perigo abstrato.[57] Nestas hipóteses a compreensão do fato como unidade parece estar relacionada ao intervalo de tempo decorrido entre o início da execução de um delito e do outro, mais do que ao elemento subjetivo, embora este também possua importante influência.[58] Quem se apossa de uma arma

56. Rejeitam a consunção do estelionato posterior, entre outros, WELZEL, op. cit., p. 322; MAURACH, op. cit., p. 470; JESCHECK, op. cit., p. 674. Contra, aceitando a consunção nestes casos, FRAGOSO, op. cit., p. 377; SANTOS, op. cit., p. 349.

57. V. nota 11.

58. STEVENSON, op. cit., p. 43, prioriza o elemento subjetivo na análise da relação entre o porte de arma de fogo e o crime cometido com ela: "(...) Se o porte de armas é ocasião propiciadora da prática de delito, há concurso real da contravenção correspectiva e homicídio ou lesão corporal. Se, todavia,

de fogo minutos antes de matar alguém, descartando-a em seguida, não perceberá a proibição adicional. Contudo, quem carrega uma arma por semanas, planejando um determinado crime, enxerga nitidamente ambas as proibições. A própria preocupação constante em ocultar a arma, serve para chamar a atenção para a separação entre os delitos.

Todas estas conclusões sobre a prática partem, como se pode notar, de suposições fundadas na experiência geral, sem base em pesquisas aprofundadas ou em material empírico. Isto em um primeiro momento é necessário, pois o juiz não terá um tal material à disposição e nem por isso poderá se abster de julgar. Contudo, isto não ilide a obrigação dos juristas de informarem-se sobre a realidade daquilo que julgam. Seria ótimo se todas as teorias pudessem basear-se apenas em abstrações filosóficas, mas a maior facilidade prática para a aplicação não pode ser determinante na escolha da teoria "certa".

4.2.2 *Determinação da norma que deve prevalecer: a proibição mais perceptível*

A admissão do critério enunciado acima nos leva a uma segunda questão, não menos relevante. Se estamos de acordo que a representação do fato como uma unidade impede a configuração de um concurso de delitos, resta indagar, então, qual dos tipos penais deve prevalecer. A solução, que a própria exposição do critério deixa implícita, está relacionada à maior ou menor possibilidade de percepção das normas pelos agentes. A proibição que puder ser percebida com maior facilidade pelo agente, deverá prevalecer. Assim, terá preferência, em geral, a norma com maior poder de apelo, dotada de maior representatividade de acordo com a lógica interna da criminalidade.

Entretanto, não se pode ignorar o problema do *quantum* das penas envolvidas. É certo que a gravidade das penas abstratamente cominadas é um aspecto que ganha maior força naquela perspectiva, deixada de lado nesta proposta, de identificação da consunção com um fenômeno de inclusão de desvalor. Acreditando no critério "democrático", na lei como expressão dos únicos valores de observância geral obrigatória, o mais correto seria concluir que as penas cominadas indicam o desvalor dos crimes e que, por isso, o intérprete não pode valer-se de um critério

o agente se premune da arma para agir, sucede a hipótese do antefato impunível".

supralegal para tal medição, fazendo prevalecer um crime menos grave. Porém, mesmo nesta perspectiva, pode tal posição ser contestada, por ignorar a lógica de estabelecimento das penas abstratas.

Os crimes podem variar imensamente em seu desvalor, a depender das consequências que gerarem, da maneira como forem praticados, dos motivos que levaram à sua realização e de uma série de outras circunstâncias. Pode ocorrer, algumas vezes, de um crime simples ter maior desvalor do que um crime qualificado. Basta imaginar a comparação entre um furto simples no qual se subtrai, conscientemente, todo o patrimônio do sujeito, com praticamente qualquer hipótese de furto qualificado em que se retire do patrimônio da vítima um valor suportável.

Isto significa que a norma, em virtude de sua estrutura abstrata, não é capaz de expressar completamente o desvalor dos grupos de casos a que se dirige, mas apenas aproximar-se dele. É a ideia de aproximação que orienta, portanto, o estabelecimento das penas abstratas. Trata-se de uma avaliação da maioria dos casos, de uma espécie de média. Se na determinação das penas fosse preciso considerar sempre os fatos mais graves e menos graves possíveis, seriam fixados limites mínimos demasiadamente afastados dos limites máximos, gerando um insuportável aumento no poder decisório dos juízes.

Vale destacar, ainda, que o fato de uma pena ser abstratamente superior a outra, não significa que também o será a pena concretamente aplicada. Enfim, a maior gravidade de um crime ou de outro só pode ser avaliada em concreto.

Já em relação ao ponto de vista aqui proposto, que retira a inclusão de desvalor de sua posição central, fundamentando a consunção a partir de fins de prevenção geral, a importância do *quantum* das penas pode ser questionada por uma razão distinta: não possuiria um maior poder de prevenção geral negativa a pena abstrata mais grave?

A propósito desta questão precisam ser feitos breves apontamentos. Primeiramente, embora não seja inteiramente falsa esta correlação entre a prevenção geral negativa e a relevância do *quantum* das penas, não é necessário deixar prevalecer a norma que prevê punição mais rigorosa, porque a própria pena abstrata não é determinada unicamente em função de finalidades preventivas e porque o nível de rigor das penas não parece ser o principal entre os elementos de coação psicológica.[59]

59. Ao que tudo indica, a persecução penal é o fator mais apto a gerar um efeito dissuasivo sobre os potenciais autores de crimes. Assim, já dizia BECCARIA,

As penas devem sempre ser proporcionais, mantendo relação com a medida da culpabilidade do autor, independentemente da utilidade de sua elevação desmedida para atingir determinado fim preventivo. A manutenção da proporcionalidade das penas, aliás, é uma parte essencial do fundamento da presente proposta de reformulação da consunção, juntamente com o fim de prevenção geral, o que está, ainda, em conformidade com o art. 59 do CP, que indica a prevenção e a reprovação como fatores a serem levados em conta na aplicação da pena.

Penas desproporcionais também podem ser de algum modo inconvenientes para a prevenção geral, seja por carecem de divulgação para alcançarem os fins preventivos a que se destinam, pois destoam daquilo que os indivíduos naturalmente imaginariam, ou por outros motivos.[60]

O indivíduo deve ser punido pelo delito cuja proibição puder ser mais facilmente percebida, por ser esta proibição que realiza, de fato, a função de prevenção geral negativa na maior parte dos casos. A aplicação da pena serve mais para demonstrar a seriedade da ameaça, para "cumprir a promessa" da lei, do que para gerar propriamente um efeito dissuasivo.

Deste modo, a violação de correspondência (art. 151 do CP) deve prevalecer sobre o furto (art. 155 do CP) da carta que a contém, por ser mais facilmente representada pelo agente a sua proibição, ainda que sua pena seja francamente inferior. Pela mesma razão, o uso de documento público falsificado (arts. 304 c/c 297 do CP) deve restar consumido pelo estelionato (art. 171 do CP).

Um sistema misto, com a adoção do critério da percepção da proibição adicional, a fim de verificar a possibilidade de punição cumula-

Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 87: "A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade (...)".

60. Outro problema das penas desproporcionalmente elevadas é a possibilidade de gerarem um sentimento de indiferença em quem já será condenado por algum crime. Se o indivíduo já será condenado a 30 anos de reclusão, por exemplo, que diferença farão mais um ou dois anos? Ou ainda pior: que diferença fará uma condenação a mais 30 anos para quem já foi condenado a mais de 100? É óbvio que se trata de um exemplo extremo, mas que comporta uma importante reflexão sobre por que não podemos elevar ao máximo todas as penas, ainda que deixemos de lado a questão da proporcionalidade, tendo em vista apenas aspectos preventivos.

tiva, e a utilização da regra da maior pena para determinar qual dos tipos penais deve prevalecer, já constituiria certo avanço. No entanto, por todas as razões apresentadas e para manter a coerência com os fundamentos da proposta, a melhor solução é admitir a consunção da norma com menor poder de apelo, isto é, com menor facilidade de ser percebida pelo agente. Se na especialidade o que importa é o conceito mais adequado, mais específico, e na subsidiariedade o maior grau de concreção, o estágio mais avançado de lesão ao bem jurídico, também a consunção pode possuir seu próprio critério, relacionado às peculiaridades de sua natureza.

Por derradeiro, uma concessão de *extrema importância* deve ser feita à tese de prevalência do crime punido com pena mais rigorosa. Nos casos em que a pena mínima da norma derrogada for superior à da norma principal, deve esta ser fixada acima do mínimo, como se o seu mínimo fosse equivalente ao da norma derrogada. Trata-se de medida decorrente de uma observação de ordem lógica: se não procedermos deste modo, irá tornar-se mais vantajoso para o agente o cometimento de mais de um crime, do que o cometimento de apenas um.[61]

4.3 *Consunção nos casos de regularidade inferida do tipo*

Há casos em que a consunção pode ser verificada através da simples análise dos tipos penais envolvidos. Nestas hipóteses, a utilização do critério enunciado acima (itens 4.1 e 4.2) é viável, porém desnecessária, porque um procedimento de interpretação sistemática permite atingir, de modo mais simples, as mesmas conclusões.

São exemplos, as relações entre: a violação de domicílio (art. 150 do CP) e o furto agravado pela violação do repouso noturno (art. 155, § 1.°, do CP);[62] o homicídio qualificado pelo meio de que resulta perigo comum (art. 121, § 2.°, III, do CP) e o crime de perigo comum correspondente; a lesão corporal de natureza leve (art. 129) e os crimes que

61. V. nota 54.

62. Fora do repouso noturno, entretanto, não há nenhum critério aceitável que permita a derrogação da violação de domicílio, devendo ser reconhecido o concurso de delitos entre o furto simples e o delito de invasão. A duplicidade de violações normativas, neste caso, é bastante perceptível. Muitos agentes poderiam estar dispostos a furtar determinado bem, sem possuir a mesma disposição para fazê-lo no interior da residência alheia, o que seria uma ação consideravelmente mais audaciosa.

tenham a violência como elemento. Em todos estes casos está implícito em um dos tipos penais a *alta probabilidade* de se cometer o outro crime. É ao menos improvável praticar aquela modalidade agravada do crime de furto sem violar domicílio, ou usar de violência sem gerar lesões leves.

Nestes exemplos a inclusão valorativa é nítida o bastante para que a consunção possa ser reconhecida com base nela, pois as conclusões neste sentido derivam do exame dos próprios elementos dos tipos penais. No item 3.2. criticou-se a limitação da aplicabilidade da consunção às hipóteses de regularidade inferida do tipo, mas em momento algum se questionou o acerto no reconhecimento da consunção nestas hipóteses. No entanto, os casos de regularidade inferida do tipo são bastante distintos dos demais casos de consunção, por não estarem ligados à coerência externa do sistema penal, mas à coerência interna dele. De fato, parecem estar mais próximos ao ponto de vista da subsidiariedade, que se relaciona à interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

5. Conclusão

Como é natural que se parta do mais simples para o mais complexo, as construções teóricas no direito penal são normalmente pensadas para crimes individualmente considerados, e não para situações em que haja uma pluralidade de crimes, ou de normas violadas. Talvez isso explique a nítida impressão que se pode ter ao examinar a teoria do concurso – de crimes ou de normas –, de que ela não experimentou o mesmo grau de evolução da teoria do delito como um todo.

A interferência, lógica e valorativa, entre as diversas normas e o perigo de punir exageradamente determinados comportamentos, em virtude de sobreposições proibitivas, são questões que não devem ser deixadas de lado. Os requisitos impostos para a responsabilização de um indivíduo por um único crime, talvez precisem ser reconfigurados para atender às demandas de um campo de atuação em que todos os elementos se multiplicam e se relacionam. A teoria do concurso de normas constitui, enfim, um desafio para cujo enfrentamento se faz necessária a apuração dos instrumentos dogmáticos. Apesar da ambiciosa pretensão de apontar um novo critério para a aplicação da consunção, o presente estudo busca, acima de tudo, pôr em destaque um tema que requer atenção muito superior à que até o momento tem-lhe sido dispensada.

Demonstrada a insuficiência, por diversas razões, dos critérios tradicionalmente empregados para regular a aplicação do princípio

da consunção, procurou-se reconstruí-lo a partir de uma perspectiva diversa. Explicada com base na finalidade de prevenção geral da lei penal, a consunção diferencia-se dos demais princípios por vincular-se à realidade social, constituindo regra voltada para a manutenção da coerência externa do sistema penal.

Se confrontarmos o critério proposto com aqueles três parâmetros de avaliação enunciados anteriormente – fundamentação, precisão e consequências – veremos que sua consistência é superior a dos demais. Seu fundamento pode ser considerado convincente até para aqueles que não acreditam na função de prevenção geral negativa, porque a mesma é utilizada em favor do réu, uma vez que a consunção é um princípio que cumpre o papel de limitar o rigor punitivo do concurso de delitos. Além disso, não se pode olvidar que o art. 59 do CP elege o fim preventivo como um dos parâmetros de determinação da pena.

Suas consequências mostram-se adequadas, seja com relação a parte das soluções tradicionais – que foram mantidas quanto ao resultado, porém com uma fundamentação agora mais coerente – , seja relativamente às necessidades de limitação punitiva, diante das peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro. Não resulta da aplicação do critério ampliação ou restrição desmedidas ao âmbito do princípio da consunção. Confrontando-se, ainda, os resultados derivados de sua utilização com as intuições gerais de justiça, há boas chances de obtenção de uma resposta satisfatória.

O único ponto relativamente problemático da ideia de percepção da proibição adicional é a dificuldade de demonstrá-la, diante da qual podem surgir entendimentos contrários acerca do que pode ou não ser percebido como uma unidade. Este suposto problema de precisão, na realidade, não se distancia muito do que ocorre com relação ao elemento subjetivo, cuja dificuldade de comprovação gera intermináveis celeumas. Um certo grau de manipulabilidade é característico de inúmeros critérios jurídicos. Mas, exatamente por não ser o direito uma ciência exata, dependendo da constante discussão e argumentação para evoluir, isto não constitui demérito algum. Pelo contrário, o critério proposto, por sua clareza, viabiliza a discussão. Sua adoção permitirá aos estudiosos concordar ou discordar, sem se valer de discursos vazios, mas atendendo às questões e aos problemas reais que o princípio da consunção sempre solucionou veladamente.

52366

7

Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria

URS KINDHÄUSER

Professor Doutor h.c., Universidad de Bonn.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El artículo trae un análisis crítica sobre la influencia de las concepciones de Cesare Beccaria en la idea de prevención criminal, a través de la discusión sobre el confronto entre el comunitarismo y la libertad de conciencia y la autonomía.

PALABRAS-CLAVE: Pena – Prevención – Ilustración – Comunitarismo.

ABSTRACT: This article is a critical view of the influence of the ideas of Cesare Beccaria in the area of crime prevention, throughout a debate over the differences between Communitarianism and the freedom of religion and autonomy.

KEYWORDS: Punishment – Prevention – Ilustration – Communitarianism.

SUMÁRIO: 1. Concepción del crimen – 2. Fundamento teórico – 3. Tolerancia de cosmovisiones divergentes – 4. Leyes simples, claras y escasas – 5. Justicia distributiva – 6. Situaciones climáticas – 7. Ilustración – 8. Libertad científica – 9. Reforma judicial – 10. Recompensas – 11. Educación – 12. Comunitarismo.

1. CONCEPCIÓN DEL CRIMEN[1]

En el capítulo cuarenta y uno de su escrito "De los delitos y las penas", Cesare Beccaria presenta su concepción de la prevención criminal.[2] Esta

1. Traducción de Juan Pablo Mañalich R.
2. Cesare Beccaria, Über Verbrechen und Strafen, 1764, en la tradución de Karl Esselborn, Leipzig, 1905, citado "B mit Seitenangabe".

concepción no descansa en una teoría del delito, y tampoco toma por referencia una investigación empírica de las causas del comportamiento delictivo. Antes bien, Beccaria lucha contra las penas crueles, la tortura y la arbitrariedad judicial. Su sistemática de los delitos no se orienta a categorías criminológicas, a elementos psíquicos individuales, según edad y sexo, o según la respectiva socialización del criminal o bien según la clase específica de lesiones de bienes. La concepción antropológica de Beccaria parte, más bien, de una representación abstracta del ser humano, al cual serían intrínsecas la racionalidad y la sensibilidad. Y para la ordenación de los delitos que Beccaria propone, lo único significativo es la medida del daño que a través del crimen se ocasiona a la sociedad (B 129).

El delito más grave es la subversión de la sociedad, a través de la cual se ven amenazadas la seguridad y la libertad de los ciudadanos. Quien comete semejante crimen procura privar de eficacia al contrato social y así de legitimación al poder estatal. Tal proceder incluso justifica, según Beccaria, dar muerte al afectado (B 107 f.). Que esto último haya de ser entendido como pena criminal y no más bien como una "legítima defensa del Estado", no necesita ser considerado aquí. Siguientes en grado de gravedad son aquellos delitos que afectan los bienes del individuo, y finalmente aquellos delitos que modernamente denominaríamos contravenciones administrativas de relevancia. Todas las restantes acciones no constituyen crímenes y no merecen pena alguna.

El fundamento de la concepción de Beccaria acerca del crimen y la pena, así como de sus reflexiones acerca profilaxis criminal, se encuentra en su filosofía del Estado y de la sociedad. Sus tesis no se derivan de hallazgos criminológicos, sino que tienen carácter socio-crítico, en el sentido de que son expresión de una crítica más o menos cifrada de la situación política de su tiempo. Las propuestas de Beccaria en cuanto a la prevención de los delitos, por ello, tienen que ser entendidas estratégicamente. Beccaria viste su programa de reforma política y social en los ropajes de una política criminal filantrópica, en contra de la cual la censura tiene menos poder de alcance. Beccaria no dirige sus armas argumentativas al hechor criminal, sino que al detentador del poder. A él no interesa, en primera línea, el individuo a ser resguardado frente a la pena, sino que la realización de la mayor felicidad terrenal posible para el mayor número posible de miembros de una sociedad, por la vía de una legislación ilustrada.

Beccaria mira el delito, el fondo, como un infortunio evitable para el hechor, para la víctima y para la sociedad. Como causas de tal infortunio él considera la irracionalidad de la legislación, la falta de claridad de las leyes, la corrupción de la justicia, así como una fallida y completamente insuficiente política en materia de educación y ciencia. Formulado al modo de una tesis, uno podría que decir que el causante del delito es el propio Estado; a éste resulta imputable el infortunio. Por ello, para Beccaria la profilaxis criminal exige nada menos que una modificación de las bases mismas de las circunstancias políticas y sociales, y la transformación del despotismo en una república.

Veinticinco años tras la aparición de la obra de Beccaria tuvo lugar la toma de la Bastilla, y desde entonces la demanda por un cambio social radical siempre ha conllevado programas de prevención criminal. Difícilmente otra obra que apuntara a semejantes objetivos podría haber tenido el éxito que tuvo el tratado de Beccaria. Bien podría esto estar relacionado con que Beccaria haya sido el primer teórico en ocuparse del problema de la prevención criminal.

2. Fundamento teórico

Beccaria introduce su programa preventivo, el capítulo cuarenta y uno, con la siguiente tesis: "Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin primordial de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los seres humanos al punto de la mayor felicidad o la menor infelicidad posible (...)" (B 162). Ya en el capítulo treinta y seis, Beccaria habla, por ejemplo, del infanticidio, identificando los motivos para su comisión con la evitación de la vergüenza social y considerando su punición como legítima y necesaria sólo si la sociedad pone a disposición de la madre las ayudas necesarias, en vez de ejercer represión bajo la manta de la virtud (B 153).

El fundamento teórico para esta tesis inicial acerca de la profilaxis criminal lo representa la doctrina del contrato social. De acuerdo con ésta, las leyes son las condiciones bajo las cuales los seres humanos, independientes y aislados unos de otros, constituyen una sociedad para así no vivir más en una situación de guerra y libertad no asegurada. Ellos renuncian a una parte de su libertad, para así poder disfrutar del resto en tranquilidad y seguridad. En la suma de la libertad sacrificada yace la soberanía del Estado, y el dominador es su custodio y administrador con arreglo a la ley (B 65 y ss.). Los delitos y las penas existentes

sobre la base de las leyes que gobiernan a seres humanos son cualitativamente diferentes de aquellos del estado de naturaleza superado. En una sociedad de seres humanos libres, se hace posible una legislación sensata y moderada, orientada al aseguramiento de la libertad.

Beccaria vincula la doctrina del contrato social, por un lado, con la fórmula del filósofo Francis Hutcheson (1694-1746), muy influyente en la época de la ilustración, relativa a "la mayor felicidad distribuida entre el mayor número". Por otro lado, él también se remite a Montesquieu, quien en su escrito "Del espíritu de las leyes" ya había tematizado la conexión entre prevención y moderación legislativa, con las siguientes palabras: "En Estados (adecuadamente regidos) un buen legislador estará menos preocupado de la punición que del impedimento de los delitos; él se ocupará más de mejorar las costumbres que de imponer penas".[3]

Bajo estas premisas, la prevención de delitos es para Beccaria un medio teleológicamente racional para una legislación ilustrada en el marco de una constitución estatal de ciudadanos libres, carente de despotismo. Pues sólo un Estado de derecho republicano, constituido con arreglo al principio de la división de poderes, tiene la fuerza interna para combatir profilácticamente, y no represivamente, el delito. Esto, bajo el presupuesto de que en lo posible todos los ciudadanos se atengan al contrato por ellos celebrado. La prevención criminal se halla orientada, por ende, a una futura situación social caracterizada por la justicia y el respeto de la dignidad humana. En tal medida, la legislación es un arte refinado. El legislador tiene que aprender de la experiencia y aprovecharse, en la persecución de sus fines, del potencial científico a su disposición. Así visto, el legislador tiene la tarea ética, en el sentido de Kant, de "realizar la paz perpetua, que se anhela no meramente como un bien físico, sino como un estado a ser producido por el solo reconocimiento del deber".[4]

3. Tolerancia de cosmovisiones divergentes

Una profilaxis de la delincuencia sólo puede producirse en un marco de tolerancia respecto de cosmovisiones divergentes. Esto se

3. Charles de Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, editado por Ernst Forsthoff, Tübingen, 1992, p. 118.
4. Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden, en: Kant, Werke, editado por Wilhelm Weischedel, 1968, t. IX, p. 239.

sigue, por de pronto, de la observación general de que sería imposible "introducir un orden matemático en la turbulenta actividad de los seres humanos, que pudiera excluir toda irregularidad y confusión" (B 163). EL jurista Karl Ferdinand Hommel (1722-1781), que tradujera a Beccaria al alemán, proveyéndole un vehemente comentario laudatorio, inspirado por el espíritu de la ilustración, escribió al respecto: "Tal es el error de nuestras ordenanzas policiales, que pretenden convertir a los seres humanos en máquinas, que deberían dormir, rezar (*bethen*), comer y beber según un horario preestablecido, como se hace en las escuelas con los niños".[5]

Junto a esta fundamentación antropológica, en Beccaria también aparece una diferenciación, en términos de crítica religiosa, entre las esferas de influencia del Estado y la iglesia, entre normas y exigencias de comportamiento religiosas. Beccaria exige la eliminación de las contravenciones religiosas del derecho penal: la prevención criminal vuelve necesaria la neutralidad del legislador en cuanto a potenciales cosmovisiones divergentes, así como una desideologización y secularización del derecho criminal estatal. Muchas de las exigencias de comportamiento religiosas que son estatalmente sancionadas constituyen, para Beccaria, acciones indiferentes sin genuino carácter criminal. Hommel escribe al respecto: "Los tribunales de Dios y los tribunales humanos son cosas heterogéneas, y tan difíciles de mezclar entre sí como el agua y el aceite, puesto que sus componentes y fuentes son diferentes. La fuente de la cual manan las leyes penales humanas es única y exclusivamente la magnitud de la desgracia, que causa un crimen al vecino o a toda la república".[6]

4. Leyes simples, claras y escasas

Un medio ulterior, de máxima significación, para la prevención criminal lo ve Beccaria en la calidad y cantidad de las leyes. Él exige, por de pronto, que los textos legales, desde un punto de vista formal, estén claramente formulados y sean de fácil comprensión. Si el Estado impone a los ciudadanos el deber de reconocer las leyes, entonces éstas también tienen que poder ser consideradas justas en virtud de su claridad y simplicidad. Aquí entra en juego, otro elemento antropológico, que por

5. Karl Ferdinand Hommel, Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778, Nachdruck Berlin, 1966, prólogo.

6. Hommel, prólogo.

lo demás también cumple un importante rol en la moderna teoría de la justicia de John Rawls: el sentido de la justicia. Si una ley posee una específica dignidad y legitimación en razón de su justicia, entonces su seguimiento puede ser tenido por correcto y su quebrantamiento por una fechoría. Más allá de esto, el ciudadano dotado de sentido de la justicia también está dispuesto a respaldar y defender sus leyes. En la disposición a la defensa de las leyes Beccaria ve un factor determinante para contrarrestar la inclinación latente a cometer delitos. Él pone esto último en las siguientes palabras dirigidas al titular de la soberanía: "Si se quieren evitar los delitos, uno ha de producir leyes claras y simples, para que así el pueblo las defienda con todas sus fuerzas y no ejerza parte alguna de éstas en destruirlas" (B 163).

Otra exigencia formal, planteada por Beccaria, concierne la reducción del conjunto de leyes penales (B 163). Mientras menos leyes penales haya, menos serán también los delitos. Detrás de esta idea se esconde la consideración, para nada trivial, de que el delito no es algo anterior a la ley, que pudiera ser independiente de su configuración jurídica, sino que es recién a través de la ley que el mismo siquiera se constituye como tal. Los delitos no son eventos naturales, sino contravenciones de acuerdos normativos.

Es decir: mientras menos leyes existan, habrá menos delitos.

Esto va de la mano de la exigencia sustantiva de Beccaria en cuanto a no poner bajo pena acciones indiferentes (B 163). Las leyes penales no deberían tener por objeto más que la penalización de formas de comportamiento concretamente dañoso. Con ello salen del ámbito del derecho penal no sólo acciones proscritas por razones religiosas o puramente morales. Antes bien, el legislador tiene que hacer reconocible lo específicamente dañoso de las formas de comportamiento punibles. También este planteamiento se encuentra asentado en el derecho penal actual, vinculado al concepto de adecuación social, aunque el mismo también subyace al rechazo de un derecho penal de la actitud interna.

5. Justicia distributiva

En lo tocante al contenido de las leyes, Beccaria reclama justicia distributiva: Las leyes tienen que ser ventajosas para todos, y no pueden favorecer sólo a determinadas clases o estamentos. Esta exigencia descansa en la comprensión que Beccaria tiene del contrato social, de conformidad con la cual los derechos del individuo no resultan de su

pertenencia a un estamento privilegiado, sino que de su voluntad de renunciar a la guerra permanente del estado de naturaleza y así vivir en paz con los demás compañeros de contrato. El hecho de que la ley despliegue una fuerza vinculante no se basa en el ejercicio de poder por parte de una clase privilegiada o de un déspota, sino que en la vinculación autónoma del individuo para con el contrato social. Visto así, el quebrantamiento de la ley representa un comportamiento irracional, porque el individuo dotado de razón se sabe vinculado a la ley en virtud de que ello es necesario para el orden social por él elegido y co-realizado, y no por miedo a la fuerza coercitiva del soberano. Beccaria disfraza este pensamiento en las siguientes palabras dirigidas al legislador: "Uno ha de preocuparse de que las leyes favorezcan menos a ciertas clases de seres humanos y más al ser humano mismo, y que los seres humanos teman a ellas y sólo a ellas. El temor a leyes es saludable, pero el temor a otros seres humanos es fatal y genera delitos. Los seres humanos esclavizados son más sensuales, más desinhibidos y más crueles que los seres humanos libres" (B 163 y ss.).

Beccaria formula aquí una idea que también es esencial para la contemporánea teoría del discurso: en el reconocimiento recíproco de los individuos como iguales no sólo se halla la razón para el respeto a los demás, sino también para la percepción de sí mismo como ser racional. Por ello, en el reconocimiento se expresa el efecto vinculante de una ley libremente acordada del auto-respeto individual ante sí mismo, como persona y sujeto de derecho. Y además, así Beccaria puede dar cuenta, en términos claros y simples, del principio fundamental según el cual, por un lado, la libertad tiene como correlato la responsabilidad, mientras que, por otro, la responsabilidad sólo puede surgir de la libertad.

6. Situaciones climáticas

Con la vista puesta en la profilaxis criminal, Beccaria trae a colación una reflexión que a nuestros oídos suena curiosa: malas leyes no sólo tienen efectos diversos, en lo relativo al tipo y la frecuencia de delitos, bajo diferentes formas de Estado, sino también bajo diferentes situaciones climáticas. Pero aquí Beccaria no está más que siguiendo un punto de vista bastante difundido, defendido por Montesquieu, acerca de la influencia del clima en el comportamiento social. "Si es verdad", dice Montesquieu, "que el carácter del espíritu y las pasiones del corazón son extraordinariamente disímiles en los diferentes climas, entonces también las leyes han de tener en consideración la divergencia de estos

caracteres".[7] Según Beccaria, de esto resultaba que, según cuál sea el clima, malas leyes podrían conducir a mayor indolencia y estupidez en una nación indolente, a intrigas, traición e hipocresía en una nación sensual e impulsiva. Sólo una nación valiente y animosa podría, tras muchas oscilaciones entre la libertad y la esclavitud, reconocer y corregir la inutilidad de sus leyes (B 164). Más allá del recurso, insostenible en términos de psicología social, a las situaciones climáticas, lo que ha de mantenerse es que Beccaria claramente advierte que factores externos al ámbito social también pueden influir en la profilaxis criminal, los cuales han de ser tenidos en cuenta.

7. Ilustración

En cambio, no puede impresionar que Beccaria vea la ilustración de los seres humanos como una contribución esencial a la prevención de delitos. Pues el crimen surge de la falta de libertad. Para Beccaria "ilustración" significa, en el espíritu de los enciclopedistas franceses y en la tradición de la filosofía de Francis Bacon (1561-1626), la difusión de los hallazgos empíricos acerca de la naturaleza y la sociedad. La ilustración es una lucha contra la superstición, la seudo-ciencia y la ideología política. Con la divulgación del saber deben hacerse retroceder los males de este mundo. A través de la ilustración el ser humano se hace adulto y capaz de crítica. El no-ilustrado está expuesto a la demagogia, el ilustrado en cambio puede llevar a adelante, sobre la base de su conocimiento de las conexiones sociales y el funcionamiento de la naturaleza, una vida éticamente buena y auto-responsable. El ilustrado es capaz de reconocer la diferencia entre una estructura de poder despótico y un ordenamiento jurídico configurado a través del contrato social, brevemente, entre injusto y derecho legítimo. Ante la ilustración, así observa Beccaria, tiembla la autoridad no cimentada en basamentos racionales (B 164).

8. Libertad científica

Ciertamente, el saber científicamente avalado sólo puede contribuir a una verdadera ilustración si la ciencia misma se desarrolla en libertad. En este contexto de su argumentación Beccaria advierte, manifiestamente, la necesidad de una minuciosa defensa de las ciencias; de

7. Montesquieu, op. cit., p. 310 (Libro 14, Cap. 1).

ninguna manera ha sido la ciencia siempre perjudicial para los seres humanos. En el marco de una apología de la ciencia, él propone una teoría histórico-filosófica acerca de tres fases en el progreso del conocimiento: tras el estado de naturaleza original de la vida humana asocial, algunos hombres de bien fomentan el asombro y la curiosidad sobre una base religiosa; el impulso hacia el saber se convierte una ligazón que unifica a los seres humanos y provee de consciencia a la sociedad. Sin embargo, en este segundo estadio los seres humanos se mantienen presos en múltiples equívocos, cegueras y percepciones erradas acerca de sus propias necesidades. Por medio de la superstición y una explicación cósmica seductora algunos pocos se vuelven poderosos y otros muchos, débiles.

En la siguiente y tercera época, la de la ilustración, han de ser suprimidos, con mucho esfuerzo, los errores y las confusiones, así como las injustas estructuras de poder de la situación anterior. Pues la renuncia a las falsas creencias, que se han vuelto provechosas y apreciadas, resulta tan dolorosa para los poderosos como para los débiles. Ésta es la fase del desencantamiento del mundo a través de la ciencia. El ser humano así erguido, ilustrado y cultivado para custodiar y proteger las leyes es, en palabras de Beccaria, el "regalo más preciado que el soberano puede hacer a la nación y a sí mismo. Acostumbrado ya a ver la verdad en su semblante y sin temerle (...), a contemplar la humanidad desde una mirada mucho más alta, la propia nación se vuelve en sus ojos una familia de seres humanos hermanados" (B 167).

Por ello, la promoción de la ciencia es un instrumento indirecto para la prevención de delitos. El ser humano ilustrado ya no está ciegamente entregado a sus necesidades e impulsos, sino que es capaz de controlarse y dirigirse adecuadamente gracias a la comprensión de los verdaderos contextos y conexiones. Hommel[8] se valió de esta apología de la ciencia como punto de apoyo para una crítica, notoriamente más aguda y de mayor alcance que la de Beccaria, a las religiones, a las cuales atribuye muchas injusticias y crueldades. El ser humano sería, por temor, un animal supersticioso, de modo tal que haría que vencer este temor para así fomentar la sujeción al derecho y la virtud.

8. Op. cit., prólogo.

9. Reforma judicial

Altísimo rango adquiere la reforma del cuerpo judicial en la concepción de la prevención criminal de Beccaria, que él sin embargo no expone en detalle. Especialmente importante para él resulta ser el incremento del número de los miembros de los tribunales colegiados. "Mientras mayor sea la cantidad de personas que lo componen", escribe Beccaria, "menor será el peligro de una intromisión en los derechos legalmente fundados, puesto que el soborno es más difícil entre miembros que se observan recíprocamente, y así también estarán éstos menos interesados en la ampliación de su propia potestad mientras menor sea la parte de ésta que corresponde a cada uno (...)" (B 167). Si, además de ello, los seres humanos se han acostumbrado a temer más a los magistrados que a las leyes, entonces los magistrados habrán obtenido de esto un beneficio superior al que va en interés de la seguridad privada y pública (B 167 ss.).

10. Recompensas

En su obra, Beccaria parte de la premisa de una fuerte susceptibilidad de la voluntad humana a ser influenciada por estímulos externos. De acuerdo con esto, él no sólo asumía que el ser humano puede ser frenado de la comisión de hechos punibles mediante intimidación, sino que también a través de recompensas. Así cree él que "los premios distribuidos por la benéfica mano del soberano" podrían "multiplicar la cantidad de acciones virtuosas" (B 168). La moneda del honor sería "inagotable y fructífera en manos de un sabio repartidor" (B 168).

Este planteamiento de Beccaria ha encontrado aplicación práctica en la investigación psicológica del comportamiento, en la ejecución de la pena y en la pedagogía criminal. Pero el mismo se ha visto enfrentado a notables objeciones, especialmente provenientes de partidarios de la ética del deber de Kant. Johann Adam Bergk escribe en su comentario a la traducción de Beccaria de 1798, por él editada: "La virtud jamás ha de ser recompensada, si ella no quiere perder su propio carácter y su dignidad interna (...) Las acciones virtuosas son un deber para la consciencia ¿y por qué ha de pagarse por aquello que es exigido, en sí y para sí, por el deber del ser humano? Sólo dando a la virtud el correspondiente respeto y atención (...) y no metiendo a los hombres virtuosos bajo el polvo, entonces ya triunfará la virtud".[9]

9. P. 322.

11. Educación

"El más seguro pero más difícil medio para prevenir los delitos" lo ve Beccaria, finalmente, en el "mejoramiento de la educación" (B 168), porque la "naturaleza del gobierno" se relaciona estrechamente con ella. Aquí también Beccaria está en deuda con Montesquieu, quien intentara establecer una conexión entre los principios de la educación y las tres formas prototípicas de gobierno: el despotismo, la monarquía y la república.[10] El despotismo, en pos de su auto-conservación, tendría que educar para la obediencia ciega. Aquél tendría que mantener a los súbditos en la ignorancia y domarlos a través del terror. La monarquía, por su parte, tendría por finalidad educar a un hombre honorable (*honnête homme*), el cual se adapte a las costumbres cortesanas gracias a su cortesía, galantería, astucia, coraje y gusto cultivado. La más severa sanción es para él la pérdida del honor, que es más temida que la muerte misma. La república, finalmente, educaría a sus ciudadanos en la virtud política, fidelidad al derecho y amor patriota. En ella, cuando fallan los medios preventivos, la pena es *ultima ratio*, se encuentra sometida a presupuestos legalmente establecidos y su medida y extensión es dependiente de la gravedad del delito cometido.

En este sentido, para Beccaria las penas no son más que medidas para refrenar las fuerzas destructivas del ser humano y canalizarlas en una dirección útil a la sociedad. Por evidente miedo a la censura, él no prosigue en el desarrollo del pensamiento de Montesquieu acerca de la conexión entre gobierno y educación, meramente dejando aparecer su predilección por la república y remitiéndose –sin indicación nominal– a los principios de la educación de Rousseau, plasmados en la obra "Emile, ou de l'éducation", de mil setecientos sesenta y dos, proscrita por la iglesia. De acuerdo con esta doctrina, que Beccaria califica como "verdaderamente útil", el educando no debería tener maestro alguno más que la sola naturaleza en su originalidad no falseada, para así aprender cómo desenvolverse en el mundo a partir de la propia experiencia. El educando no debe aprender la ciencia, sino descubrir por sí mismo. El ser humano así formado actúa de modo conforme a la ley por libertad y no necesita ser constreñido a ello mediante sanciones.

En razón de esta recomendación, debería considerarse como un error ver en Beccaria, primariamente, al defensor de una prevención

10. Op. cit., Libro 4, p. 47 y ss.

general de intimidación según valoraciones de utilidad colectiva. Antes bien, él parece ser un precursor de la prevención general positiva en el sentido de una prevención de integración. La pena no sólo es entendida por él como un medio represivo, sino que también puede ser puesta en servicio de una finalidad educativa; ella puede servir al aseguramiento de la validez de las normas a través del aseguramiento de una medida suficiente de fidelidad al derecho del ciudadano.

12. Comunitarismo

Para finalizar, cabe dirigir nuevamente una escueta mirada a los fundamentos teóricos sobre los cuales descansan las reflexiones de Beccaria acerca de la prevención criminal. Beccaria puede ser incluido en una corriente de la historia del pensamiento que la nueva filosofía del derecho y del Estado discute bajo la denominación de "comunitarismo".[11] El comunitarismo obtiene su nueva configuración en la confrontación crítica de la concepción del liberalismo específicamente defendida por John Rawls. Metódicamente, el comunitarismo se apoya en el instrumental epistemológico de la hermenéutica y la filosofía analítica, y en términos de historia del pensamiento se inserta en una tradición que va desde a Aristóteles, pasando por Cato y Machiavello, hasta los filósofos de la ilustración francesa.[12] La idea política fundamental consiste en que una sociedad es tan buena o tan mala según sea que sus integrantes cumplen o no los deberes cívicos que recaen sobre ellos.

El comunitarismo se deja entender como una teoría normativa de la sociedad, que no aprecia menos que el liberalismo el valor de la libertad.[13] Pone el énfasis en la participación en los procedimientos, en el pluralismo de las opiniones y de las fuerzas sociales. Mientras que el liberalismo, sin embargo, piensa estáticamente –en tanto la sociedad civil esté organizada liberalmente, las cosas tienden a funcionar por sí mismas, siempre que cada uno respete la libertad de los demás–, el

11. Véase al respecto Forst, Kommunitarismus und Liberalismus, en: Honneth (coord.), *Kommunitarismus*, 1993, p. 196 y ss.; Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 1994, p. 187 y ss.

12. Véase Brumlik et al (coord.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, 1993; Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1994; Honneth (coord.), *Kommunitarismus*, 1993; Zahlmann (coord.), *Kommunitarismus in der Diskussion*, 1992.

13. Me remito en tal medida a mis consideraciones: Rechtstreue als Schuldkategorie. *ZStW* 107 (1995), p. 701, 709 y ss.

comunitarismo piensa dinámicamente. En el lugar de la persecución racional de intereses aparece la virtud,[14] cuyo ejercicio posibilita recién la libertad. La libertad no tiene existencia predeterminada, sino que se genera a través de la participación en los asuntos públicos y se asegura a través de un compromiso práctico efectivo. Un pueblo en el cual falta la virtud y que ha llegado a una plena perversión de las costumbres, así lo formula Machiavello, no pude vivir instante alguno en libertad.[15] Epistemológicamente, el comunitarismo no interpreta al individuo como un ente racional a-histórico y atómico, sino como hijo de una sociedad concreta en una época concreta. Su identidad no existe de un modo temporal o lógicamente previo a la respectiva sociedad, sino que esa identidad recién se ve constituida socialmente. La producción social de la propia identidad fundamenta una vinculación entre el individuo y la sociedad, en el sentido de una comunidad de la cual se siguen obligaciones de contribuir al bien común.[16]

De acuerdo con esta comprensión, el individuo es en cierta medida traído al mundo en su rol de ciudadano. Como ciudadano él porta responsabilidad por el bien común y tiene que observar las normas que aseguran la existencia del Estado y la sociedad, para así no afectar la aspiración común hacia el bien.[17] La fidelidad al derecho significa, entonces, virtud cívica, en el sentido de una vinculación éticamente fundamentada a la sociedad jurídicamente constituida, de la cual se es una parte,[18] mientras que la culpabilidad significa menosprecio de la propia responsabilidad por el bien común. A través del quebrantamiento de la norma, así escribe Hannah Arendt,[19] el individuo abandona la comunidad. Y en sentido exige también Beccaria: "aquel que no presta obediencia a las leyes, es decir, a las condiciones bajo las cuales los seres humanos conviven y se defienden los unos a lo otros, tiene que ser excluido de la sociedad, es decir, desterrado" (B 115).

14. Véase también MÜNKLER, Die Idee der Tugend, *Archiv für Kulturgeschichte*, 73 (1991), 381.
15. MACHIAVELLI, Discorsi, coord. por Zorn, 1966, I, 16, p. 57.
16. Ilustrativamente MACINTYRE, Ist Patriotismus eine Tugend?, en: HONNETH (coord.), *Kommunitarismus*, 1993, p. 84 y ss.
17. Véase MACINTYRE, *Der Verlust der Tugend*, 1988, p. 204 y ss.
18. Véase también FLETCHER, *Loyalität*, 1994.
19. MACHT UND GEWALT, *München*, 1985, p. 42; véase también MACINTYRE, *Der Verlust der Tugend*, 1988, p. 204.

Que el comuntarismo entienda el bien común como dependiente del compromiso efectivo de los ciudadanos, y enfatice la historicidad del pensar y el sentir, es algo que merece aprobación. Es problemática, sin embargo, la consecuencia ético-política que de él se extrae, consistente en una identificación del individuo con su rol de ciudadano patriota. Con ello se pierde de vista que –en todo caso desde la perspectiva actual– el derecho sólo exige el seguimiento de sus normas, y deja al arbitrio de cada cual las razones para su seguimiento, y sin pretender ni poder imponer coercitivamente tales razones. Este mandato de neutralidad del derecho es negado por el comunitarismo, en tanto exige fidelidad al derecho en razón de virtud cívica.

Por ello, quisiera terminar sosteniendo la tesis de que tomar en cuentas las ideas de Beccaria podría conducir, inequívocamente, a una reducción de la criminalidad en una sociedad determinada. Pero me parece que existe el peligro de que en una sociedad tal el derecho exija más de los ciudadanos que lo legítimamente puede pretender en su carácter de medio de aseguramiento de la libertad exterior. Pues también se estaría exigiendo una determinada actitud de adhesión interna, con lo cual se vería restringida la libertad de conciencia y pensamiento, que es, precisamente, la fuente de la magnífica obra de Beccaria.

52367

II Processo Penal

1
Nulidade na oitiva de testemunhas: por uma interpretação conforme do art. 212 do CPP

Felipe Daniel Amorim Machado

Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada (IEC/PUC-MG). Mestrando em Direito (UFMG). Fundador e atual Diretor Presidente do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Advogado.

Área do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: O presente texto busca, a partir do sistema acusatório, uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 212 do CPP brasileiro que de fato compreenda e respeite as garantias do acusado em processo penal insculpidas na Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Testemunhas – Prova – Nulidade – Sistema acusatório – Garantias constitucionais.

Abstract: This paper analyzes the need of interpretation of Article 212 of the Brazilian Criminal Procedure Code under the scope of the accusatory system and the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Witnesses – Evidence – Nullity – Accusatory system – Constitutional guarantees.

Sumário: 1. Aportes iniciais – 2. A (in)aplicabilidade do art. 212 do CPP pelos tribunais – 3. Sistema processual a partir da gestão da prova – 4. Por uma interpretação *conforme* do art. 212 do CPP – 5. À guisa de uma conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. Aportes iniciais[1]

Apesar de passados quase dois anos da *ainda* recente reforma do Código de Processo Penal (CPP), dada pelas Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008, vários de seus dispositivos continuam a suscitar dúvidas e entraves tanto práticos, quanto acadêmicos. Tal é o caso da interpretação do art. 212 do CPP, com redação dada pela Lei 11.690/2008, que alterou a dinâmica da inquirição de testemunhas no processo penal, bem como a atuação do magistrado no respectivo ato processual.

Sabe-se que, antes da reforma de 2008, a audiência de oitiva de testemunhas do processo penal se dava através do *sistema presidencialista*, devendo as partes direcionar as perguntas ao juiz que as retransmitia, após um juízo de pertinência com a causa, à testemunha. Por aquela redação, o magistrado ainda poderia formular perguntas à testemunha em qualquer momento da audiência.

Por outro lado, privilegiando as disposições de um sistema de fato acusatório, a nova redação[2] do art. 212 do CPP extinguiu o retrógrado sistema presidencialista, aproximando-se do *adversarial system* americano. Agora, as partes direcionam suas perguntas diretamente à testemunha, de modo que quem a arrolou (Defesa ou Ministério Público) pergunta primeiro (*direct-examination*), devendo a outra parte realizar sua arguição logo na sequência (*cross-examination*). Ademais, outro traço de extrema importância para concretização do sistema processual penal disposto na CF/1988 – diga-se acusatório – veio no parágrafo único do novo art. 212 que retira das mãos do juiz a gestão da prova e a coloca *em quem de direito* – dentro de um sistema verdadeiramente acusatório –, ou seja, das partes. Logo, a atuação do magistrado na inquirição das testemunhas será supletiva, acontecendo em momento posterior às formulações de perguntas das partes.

1. Artigo dedicado ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho pela enriquecedora interlocução na elaboração deste trabalho.
2. Redação dada pela Lei 11.690/2008: "Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes *diretamente* à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único: Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá *complementar* a inquirição" (grifou-se).

"(...) nos termos do art. 212, CPP (Lei 11.690/2008), as testemunhas serão inquiridas diretamente pelas partes (e não mais por meio do juiz), cabendo ao juiz, após as perguntas e respostas, complementar a inquirição. Note-se: *complementar*. A modificação, portanto, é total, afastando o juiz da função de explorar, prioritariamente, a prova (...)" (PACCELI DE OLIVEIRA, 2008, p. 331 – grifou-se).

Fato é que o art. 212 do CPP despertou várias interpretações tanto dos tribunais quanto da doutrina sobre seu real significado. Alguns alegam que nada mudou em relação à interpretação do texto anterior à reforma; já outros afirmam que o desrespeito a tal artigo gera nulidade relativa do processo; e por fim, há aqueles que defendam a nulidade absoluta do processo.

Logo, o presente ensaio destina-se, num primeiro momento, a pontuar a (in)aplicação do art. 212 do CPP nos tribunais, bem como sua interpretação doutrinária. Na sequência, será apontada a gestão da prova como característica central da diferenciação entre sistema acusatório e inquisitório para, ao final, se confrontar-se as interpretações do art. 212 com o sistema acusatório, a fim de se chegar à sua interpretação constitucionalmente adequada.

2. A (IN)APLICABILIDADE DO ART. 212 DO CPP PELOS TRIBUNAIS

Apesar de já se falar em um novo CPP,[3] algumas das recentes alterações do atual CPP brasileiro são vistas como uma *nova roupagem* para *velhos paradigmas*.

Membros da magistratura, bem como parte da doutrina jurídica, defendem que a nova redação do art. 212 do CPP, ao invés de lhe trazer modificações, simplesmente reafirmou, em um novo texto, a lógica pretérita. Tal é a posição de Nanuncio (2008), para quem a promulgação

3. Em março de 2008, foi protocolado no Senado Federal o Requerimento n. 27, de autoria do Senador Renato Casagrande, pleiteando a nomeação de uma comissão de juristas que elaborassem projeto de um novo Código de Processo Penal. Tal comissão, composta por nove pessoas, fora reunida e elegeu para sua coordenação o Ministro do STJ, Hamilton Carvalhido, elegendo também, para relatoria do anteprojeto, o Procurador da República, Eugênio Pacelli de Oliveira. No dia 22.04.2009, a referida comissão apresentou ao Presidente do Senado, o Senador José Sarney, o produto de seus trabalhos, ou seja, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal, que foi convertido no PLS 156/2009.

da CF/1988 já teria estabelecido a *automática* inconstitucionalidade do art. 212 do CPP caso este fosse contrário ao sistema acusatório. Logo, como ele se manteve vigente mesmo com a CF/1988, sua interpretação tradicional é, portanto, constitucional.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 480) também dá azo à tese acima referida ao afirmar que "tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova".

Também Tourinho Filho (2009) e José Barcelos de Souza (2008) se colocam em defesa do sistema presidencialista, alegando que este garantiria um ambiente saudável para o pleno desenvolvimento da audiência. Afirmam, ainda, que o magistrado mantém uma entonação de voz constante, o que já não ocorreria com as partes, podendo estas, com o uso de sua oratória, induzir positiva ou negativamente as respostas das testemunhas.

Esta compreensão doutrinária é mencionada em diversos acórdãos,[4] como, por exemplo, o caso do TJPR, em Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público,[5] no qual o órgão julgador entendeu que a modificação do art. 212 do CPP, feita pela Lei 11.690/2008, resume-se à elaboração, pelas partes, de perguntas diretas à testemunha sem a intermediação do juiz. No respectivo acórdão, cita-se uma palestra proferida por Guilherme de Souza Nucci, em um curso de atualização de magistrados no Paraná, na qual o autor compara o juiz – que atua garantindo o respeito ao procedimento, indeferindo perguntas impertinentes, pautando sua atuação de maneira complementar às das partes – a uma "*samambaia de sala de audiência*". E isso tudo, pois, ainda nos dizeres do acórdão, citando Pedro de Araújo Yung-Tay Neto, caberia ao juiz:

"(...) o indelegável *mister* de, após a descoberta da verdade real – a qual, por óbvio, jamais poderia ser atribuída à acusação nem à Defesa e muito menos poderia ser obtida com sua inércia no curso do processo – aplicar o direito ao caso concreto visando à pacificação social com

4. TJRS, Ap 70028395408, 1.ª Câm. Crim., rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, *DJ* 08.07.2009; TJRJ, Correição Parcial 2008.077.00045, 8.ª Câm. Crim., rel. Des. Denise Bruyère Rolins Lourenço dos Santos, *DJ* 17.11.2008.

5. TJPR, AgRg 0413.084-9/01, rel. Des. Leonardo Pacheco Lustosa, *DJ* 16.10.2009.

Justiça (...)" (TJPR, AgRg 0413.084-9/01, Órgão Especial, rel. Des. Leonardo Pacheco Lustosa, *DJ* 16.10.2009).

Outros Tribunais da Federação se manifestam pela não-alteração da ordem de inquirição das testemunhas, porém admitem que, mantida a interpretação anterior se infringir algum prejuízo ao acusado, este, se provado, ensejará a anulação da audiência.[6] Logo, o magistrado estaria apto a inquirir as testemunhas nos moldes tradicionais. Todavia, caso tal atuação perpetrasse algum dano às partes, este, se demonstrado, geraria *nulidade relativa*.

No julgamento da reclamação 2008.00.2.012057-9, interposta pelo Ministério Público, que visava anular audiência de instrução e julgamento, em razão do desrespeito ao rito estabelecido no art. 212 do CPP, decidiu o TJDFT:

"Reclamação – Ministério Público do Distrito Federal – Nulidade da oitiva de testemunha – Inobservância da ordem determinada no art. 212 do CPP, com a redação da Lei 11.690/2008 – Inexistência – Nulidade relativa – Necessidade de demonstração do prejuízo.

I – Da leitura do novo art. 212 do CPP, depreende-se que as partes perguntam primeiro. O magistrado, ao final, formulará perguntas complementares sobre pontos não esclarecidos. Pela redação anterior, o magistrado questionava em primeiro lugar. Após, abria-se às partes a possibilidade de perguntas. Se a intenção fosse apenas permitir perguntas diretas, não haveria necessidade da inclusão do parágrafo único, esclarecendo que o juiz pergunta de forma complementar, apenas se houver ponto não esclarecido.

II – Não demonstrado prejuízo, a inversão da ordem das perguntas prevista no art. 212 do CPP não enseja nulidade.

III – Reclamação improvida" (TJDFT, Rcl 2008.00.2.012057-9, 1.ª T. Crim., Des. Sandra De Santis, *DJ* 29.01.2009 – grifou-se).

De acordo com o entendimento do TJDFT, também o TJMG, em sua pouca jurisprudência formada sobre o tema,[7] posiciona-se de forma

6. TJRS, Ap 70029599941, 5.ª Câm. Crim., rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, *DJ* 08.07.2009.

7. TJMG, Ap 1.0090.08.019079-7/001(1), 3.ª Câm. Crim., rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, *DJ* 20.10.2009; TJMG, Ap 1.0242.04.007610-9/001(1), 2.ª Câm. Crim., rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJ* 28.01.2010; TJMG, Ap 1.0144.08.023046-5/001(1), 3.ª Câm. Crim., rel. Des. Antônio Carlos

unânime a reconhecer a inobservância do art. 212 do CPP como caso de nulidade relativa.

"*Habeas Corpus* – Ofensa ao disposto no art. 402 do CPP – Inexistência – Inércia da própria parte – Ausência de laudo toxicológico definitivo – Inocorrência – Exame juntado aos autos – excesso de prazo – Alegação superada – Instrução criminal finda – Inversão da ordem de oitiva das testemunhas – Improcedente – Expedição de cartas precatórias – Oitiva das testemunhas – Perguntas formuladas pela magistrada antes de ser dada oportunidade às partes – Mera irregularidade – Ausência de efetivo prejuízo – Denegado o *habeas corpus* – Encerrada a instrução criminal, caso a parte deseje a realização de eventuais diligências, a mesma deve se manifestar, sendo prescindível sua intimação para tal fim. – Da análise dos autos percebe-se que o laudo toxicológico definitivo foi juntado antes mesmo da audiência de instrução e julgamento. – Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula 17, TJMG). – A inversão da ordem de oitiva das testemunhas é plenamente justificada pela expedição de cartas precatórias. – A inobservância da nova redação do art. 212 do CPP constitui mera irregularidade, devendo restar comprovado efetivo prejuízo para que a audiência seja anulada.

Súmula: denegado o *habeas corpus*" (TJMG, HC 1.0000.09.508637-7/000(1), 4.ª Câm. Crim., rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez, *DJ* 13.01.2010).

Por fim, posição diversa é formada no STJ, que firma entendimento de que o desrespeito ao art. 212 gera nulidade absoluta, eis que viola o princípio constitucional do devido processo legal, além de gerar certa confusão entre quem acusa, defende e julga. Nos dizeres do STJ:

"*Habeas corpus*. Nulidade. Reclamação ajuizada no tribunal impetrado. Julgamento improcedente. Recurso interposto em razão do rito adotado em audiência de instrução e julgamento. Inversão na ordem de formulação das perguntas. Exegese do art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008. *Ofensa ao devido processo legal. Constrangimento evidenciado.*

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado

Cruvinel, *DJ* 17.11.2009; TJMG, HC 1.0000.09.502226-5/000(1), 2. Câm. Crim., rel. Des. Renato Martins Jacob, *DJ* 20.08.2009.

sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal*, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade. 3. *A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma. 4. Ordem concedida para*, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP" (STJ, HC 121.216, 5.ª T., rel. Min. Jorge Mussi, *DJ* 19.05.09 – grifou-se).

Tal entendimento foi confirmado em novo julgamento sobre o tema, o qual tem sua ementa abaixo transcrita.

"Processual Penal. *Habeas Corpus*. audiência de instrução e julgamento. inquirição de testemunhas. não-observância do procedimento previsto no art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008. Nulidade. Constrangimento evidenciado. Ordem concedida. Liminar confirmada.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP pela Lei 11.690/2008 determina que as vítimas, as testemunhas e o acusado sejam ouvidos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, patente o constrangimento, sanável pela via do habeas corpus, por *ofensa ao devido processo legal*. 3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do CPP, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo" (STJ, HC 137.091/DF, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 01.09.2009).

Este entendimento também ecoa nas palavras de Streck e Trindade (2010), para quem, dentre outras críticas, não há sentido em se falar de nulidade relativa quando está-se diante de uma ofensa ao princípio do devido processo legal (*due process of law*). Logo, a violação do art. 212 do CPP acarreta nulidade absoluta.

Igualmente, defendendo a existência de nulidade absoluta face à ofensa ao art. 212 do CPP, colocam-se Nereu Giacomolli e Cristina di Gesu ao aduzirem que,

"(...) a formulação de perguntas pelo magistrado, antes das partes, ultrapassa a mera irregularidade da metodologia da inquirição, pois o defeito atinge uma formalidade essencial, por não ter sido observado o devido processo legal, no plano formal (ordem de inquirição) e material (vício substancial, por ofensa ao contraditório e a distribuição das funções entre os sujeitos processuais). A inversão das perguntas ou a inquirição inicial do magistrado invalidam o depoimento e vedam a sua utilização no processo, pois a inutilizabilidade é uma forma de invalidade dos atos processuais (Lozzi, 2007, p. 193). A utilização dos depoimentos defeituosos, no julgamento, contaminam o *decisum*, o qual há de ser desconstituído e, em cada caso penal, há de ser verificado o desdobramento causal do ato viciado, nos seguintes atos processuais, pois poderá haver contaminação dos atos processuais subsequentes (...)" (Giacomolli; Di Gesu, 2009).

A par das orientações divergentes sobre a interpretação do art. 212 do CPP tanto nos bancos acadêmicos quanto nos tribunais, *mister* se coloca, para um estudo acerca de sua interpretação conforme à CF/1988, uma breve análise do sistema acusatório no paradigma do Estado Democrático de Direito.

3. Sistema processual a partir da gestão da prova

Costuma-se dizer que a diferença entre sistema inquisitório e acusatório é a de que, no primeiro, haveria a concentração das funções de acusar e julgar na figura do juiz, ao passo que, no segundo, ocorreria a divisão de tais tarefas entre órgãos diferentes. Tal perspectiva é extremamente simplista, reduzindo "a complexa fenomenologia do processo penal" (Lopes Jr., 2008, p. 10). Isto, pois, não adianta a separação de funções no processo se, em seu desenvolvimento, abre-se ao magistrado a possibilidade de *produzir* provas para embasar – ou seria justificar? – sua decisão, a qual já pode ter sido tomada *a priori*. Um processo

de partes como processo pertencente ao sistema inquisitório pode ser percebido na análise das *Ordonnance Criminelle* de 1670, de Luís XIV na França, a qual, apesar de comportar um processo de partes, serviu como um dos maiores instrumentos inquisitórios fora da Igreja.

"(...) Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. (...) Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo. (...)" (LOPES JR., 2005).

O que se depreende da estrutura inquisitória – mesmo se tratando de um processo de partes – é que o juiz é colocado como *o senhor da prova*. Logo, ele sai ao seu encalço, a fim de, utilizando-se do pensamento ocidental da *lógica dedutiva*, escolher a premissa maior para, depois, buscar as provas que confirmem a premissa por ele já eleita. Assim, o julgador pode decidir antes e depois buscar, quiçá obsessivamente, provas para embasar sua decisão (COUTINHO, 2009a). Tal fato já é há muito denunciado por Cordero (1986) como "il primato dell'ipostesi sui fatti", ou seja, as hipóteses se sobrepõem aos fatos, gerando, por sua vez, *quadri mentali paranoidi*, de modo que o julgador pode, colhendo as provas que bem quiser, tornar seu *imaginário* em *real* possível.

O próprio conceito de sistema processual já indica ser a gestão da prova o caráter diferenciador entre os sistemas acusatório e inquisitório. A noção de sistema processual decorre da lição de Kant em sua obra *Crítica da razão pura* (2008), que, idealizando a possibilidade de se chegar a uma verdade em estruturas complexas, entendeu haver um conjunto de elementos que se circunscrevem em uma mesma ideia, nomeando esse conjunto como *sistema*. Por sua vez, essa ideia estaria definida a partir da finalidade do conjunto, sendo, portanto, o ponto de ligação de todos os seus elementos. Logo, a ideia apareceria como um *princípio unificador* que garantiria a coerência e integridade do sistema, devendo ser dada *a priori*, eis que é ela o parâmetro de apreciação do pertencimento ou não de algum elemento ao sistema.

Em se tratando de processo penal, se este possui como finalidade, dentre outras, o acertamento de um *caso penal*, através da reconstrução de um fato pretérito apontado como crime, dando-se mediante a instrução probatória, seria (é) a gestão da prova e o modo pelo qual ela é realizada que identificaria o princípio unificador do sistema (COUTINHO, 2009a). Logo, a finalidade do conjunto que compõe o princípio unificador do sistema acusatório é diversa daquela do sistema inquisitório. No primeiro, busca-se alcançar uma verdade processual (FERRAJOLI, 2002), histórica, dialética, sujeita à verificação e refutação e abalizada por limites impostos pelos direitos fundamentais. Quanto ao segundo, sua finalidade é alcançar uma verdade material, universal, não importando que, para o seu alcance, alguns direitos fundamentais necessitem ser violados.

Como se sabe, os sistemas processuais se vinculam ao fim último do processo, qual seja, a sentença (*sentire*). Contudo, para se sentenciar, necessário se impõe o conhecimento, o qual se dá através da prova (COUTINHO, 2009b). E, pela prova, o processo penal vai reconstruindo o fato pretérito, que é o crime. Essa reconstituição do crime se dá através da linguagem. Isso, pois, tendo o crime como hipoteticamente consumado/tentado, sua reconstrução é feita mediante matéria processual, ocorrendo, portanto, através da linguagem. Em verdade, no processo, mormente o penal, tudo é linguagem, da notícia de crime, passando pela denúncia, pelas provas, mormente a testemunhal, a sentença, enfim, *todo e qualquer ser para ser compreendido é linguagem* (GADAMER, 1997).

A par da virada linguística (*linguistic turn*), impensável a permanência de alguns na busca da "descoberta da Verdade". Estes, ignorando o horizonte interpretativo trazido pela linguagem, refugiam-se na filosofia da consciência, de modo a "assujeitar" o objeto de acordo com aquilo que se quer que ele seja (STRECK, 2009). Logo, no processo penal, como em todo e qualquer processo, a reconstrução de um fato não pode-se orientar pelo "assujeitamento", dado pelo método dedutivo, mas sim pelo conhecimento advindo da intersubjetividade, a partir de uma fusão de horizontes (STRECK, 2009). Há, enfim, uma inversão de paradigmas, de modo que agora o *significante* vem antes do *significado* (ROSA, 2006).

Portanto, a finalidade do sistema inquisitório está ainda atrelada à filosofia da consciência, de modo a buscar a Verdade a todo custo, partindo, então, do princípio unificador *inquisitivo*. Já o sistema acusa-

tório, na construção participada da decisão[8] judicial (HABERMAS, 2003), garantindo às partes a gestão da prova, contempla o princípio *dispositivo*. Como se vê, uma ideia única, ou melhor, um princípio unificador, não comporta divisão. Logo, impossível a figura de um sistema *misto* (COUTINHO, 2009b). Assim, a afirmação de que todos os sistemas processuais da atualidade são mistos, trata-se, em verdade, de um problema conceitual e não fático (COUTINHO, 2009b). Ainda na esteira de Coutinho (2009b), o que se pode dizer é que os ditos sistemas mistos não se tratam da somatória de elementos diversos de sistemas distintos. Na verdade, eles são, em sua "essência", acusatórios ou inquisitórios, agregando em seu interior elementos do outro sistema, mas, repita-se, ele – o sistema misto – possui um princípio unificador, o qual caracterizará o verdadeiro sistema ao qual ele se filia.

Desse modo, o sistema processual brasileiro disposto no CPP, Dec.-lei 3.689/1941, caracterizado por muitos como misto (TOURINHO FILHO, 2003), revela-se uma legislação autoritária e antidemocrática, adepta do sistema inquisitório. Não obstante incorporar elementos do sistema acusatório, o princípio unificador que rege o sistema brasileiro é o *inquisitivo*,[9] e para tal conclusão basta a simples leitura do art. 156, I, do CPP, que dispõe sobre a possibilidade do magistrado determinar a produção de provas mesmo antes da ação penal, bem como do art. 311 do CPP, que autoriza o juiz a decretar a prisão preventiva de ofício.

Agora que estabelecidas as bases mestras dos sistemas processuais, bem como da filiação do CPP ao sistema inquisitório, mesmo que incorporando elementos do sistema acusatório, resta analisar a interpretação

8. Fazzalari (1992) trabalha a ideia de *procedimento em contraditório*, com a diferenciação entre procedimento e processo, sendo o primeiro caracterizado como uma estrutura sequencial de atos, normas e posições subjetivas que se encadeiam até a obtenção de um provimento estatal; já o segundo se dá pela mesma conceituação do primeiro, porém com a inserção de um item, qual seja, o contraditório. Logo, processo é um procedimento realizado em contraditório. A proposta de Fazzalari resulta na efetiva hipótese de uma participação equilibrada das partes no *iter* procedimental, exercitando seus direitos e faculdades em *simétrica paridade*.

9. Ao passo que os sistemas de *Common Law*, *como*, por exemplo, o norte-americano, seriam regidos pelo princípio dispositivo, com o incremento de alguns elementos do sistema inquisitório.

do art. 212 do CPP tendo por paradigma o modelo processual previsto no art. 129, I, da CF/1988.[10]

4. Por uma interpretação *conforme* do art. 212 do CPP

Leva tempo para se romper com velhos paradigmas. Galileo Galilei, por exemplo, ao afirmar que era a Terra que girava em torno do Sol e não o inverso foi levado ao Tribunal da Santa Inquisição, a fim de renunciar à sua conclusão, classificando-a como uma heresia, sob pena de ir para a fogueira. Com relação ao art. 212 do CPP, não haveria de ser diferente. Depois de mais de 60 anos de utilização do sistema presidencialista, a ruptura com tal prática não se dá da noite para o dia e requer, para sua real efetivação, um *enforcement* dos tribunais, na assunção da nova interpretação. Em prol de nova postura interpretativa, melhor dizendo, de uma nova mentalidade, impõe-se uma filtragem hermenêutica por parte do intérprete, de modo a analisar as normas a partir da Constituição, sendo esta o *início* e o *fim* de toda atividade interpretativa.[11]

A discussão sobre a interpretação constitucionalmente adequada do novo art. 212 do CPP, iniciou-se antes mesmo de sua publicação ainda no Congresso. Quando da tramitação do PL 37/2007 (proveniente do PL 4.205/2001, da Câmara dos Deputados), a Senadora Ideli Salvatti apresentou algumas propostas de emendas modificativas ao texto original do projeto, estando dentre elas a Proposta 07, a qual autorizava o juiz a realizar, antes das partes, perguntas às testemunhas.[12] Tal proposta se

10. Andrade (2009, p. 170) sustenta não haver um sistema processual penal no Brasil, mas tão somente modelos de processo. Isso em razão não da inexistência de unidade sistêmica, a qual seria a ausência de uma consolidação da legislação processual penal em torno de um sistema previamente eleito. A seu turno, a fim de sanar quaisquer dúvida ou contradição sobre o sistema processual adotado no Brasil, o PLS 156/2009 estabelece de maneira clara que: "Art. 4.º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação."

11. Nessa seara, importante o art. 6.º do PLS 156/2009 que estabelece que toda interpretação que amplie as possibilidades de restrição dos direitos fundamentais: "Art. 6.º A lei processual penal admitirá a analogia e a interpretação extensiva, vedada, porém, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais."

12. O teor da emenda rejeitada é: "(...) Art. 212. Após a inquirição inicial do juiz, as perguntas serão formuladas, sucessivamente, pelo acusador,

fundava no argumento de que, em sendo o juiz o destinatário da prova, deve ele ser o primeiro a coletá-la.

Contudo, tal proposta fora rejeitada pela CCJ do Senado nos termos do Parecer 1.089/2007, emitido pelo Relator do projeto de lei no Senado, o Senador Mozarildo Cavalcanti, *in verbis*:

"(...) Sucede que, para impedir que a doutrina e jurisprudência continuem interpretando a lei nova com a mentalidade antiga, cremos ser indispensável radicalizar a redação de alguns dispositivos da presente proposição, de modo a não deixar qualquer margem para uma interpretação salvacionista de cunho inquisitivo.

(...)

Dito isto, temos que as emendas apresentadas devem ser todas rejeitadas justamente por – em nosso modesto entender – não contribuírem para a adoção de um sistema acusatório que se pretende efetivo e livre de ranços inquisitivos pelo Brasil.

Como exemplo, podemos citar a Emenda 7 que busca preservar a inquirição inicial do juiz quando da oitiva das testemunhas, sob o fundamento que o destinatário primeiro da prova é o juiz, olvidando o fato de que o processo penal moderno é um processo de partes, em que a prova do crime incumbe essencialmente ao Ministério Público, não cabendo ao juiz, portanto, senão supletivamente à atividade das partes, qualquer iniciativa probatória.

É exatamente o que assegura, em sua redação atual, o parágrafo único do novo art. 212, do CPP: Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (...)" (BRASIL, 2007 – grifou-se).

É fato que a *mens legislatoris* não é decisiva na interpretação da norma, eis que a lei ganha autonomia com a sua publicação.[13] Todavia, merece relevo a discussão travada na proposição e respectiva rejeição da Emenda 7, na qual já se percebe a preocupação do legislador em relação à adequação da interpretação do art. 212 do CPP ao modelo acusatório e, consequentemente, à CF/1988.

assistente e advogado do réu, diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (...)".

13. Ademais, conforme aduz Peter Habërle (1997), estamos em uma *sociedade aberta de intérpretes*.

Ademais, ainda no campo legislativo, o PLS 156/2009 traz à tona um processo de partes ainda mais eficaz, e o faz a partir do interrogatório do acusado – agora expressamente disposto como um meio de defesa –, ao aduzir, em seus arts. 70 a 72, que as perguntas sobre o fato serão feitas diretamente pelas partes e, no final, o juiz poderá complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos. Na sequência, ao tratar especificamente da inquirição de testemunhas, o PLS 156/2009, em seu art. 175, reforça a tese das perguntas serem feitas também diretamente pelas partes, cabendo ao magistrado complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos. Tal artigo ainda vai além permitindo às partes fazerem re-perguntas caso alguma resposta da testemunha dada ao julgador implique novos fatos ou circunstâncias (art. 175, § 2.º). Esse procedimento já era previsto pelo CPP italiano de 1988 em seus arts. 498, 506 e 503.

Como era de se esperar, a discussão travada no âmbito legislativo ganhou novo fôlego na esfera jurídica com a promulgação da Lei 11.690/2008, resultando nos divergentes posicionamentos descritos no item 2 do presente ensaio. Agora, analisar-se-á qual desses entendimentos de fato se amolda ao sistema processual penal eleito pela CF/1988 – diga-se, acusatório –, conforme apresentado no item 3.

Infelizmente, dentre as três interpretações do art. 212 do CPP que aqui se discute, uma delas parece estar nitidamente na contramão da Constituição. Acreditar que a nova redação do art. 212 do CPP em nada mudou na sua aplicação prática é desprezar os 20 anos de constitucionalismo democrático, com todas as suas conquistas na luta pela afirmação e concretização do sistema acusatório.

Como já referido alhures: mudanças não são fáceis. Logo, é de se entender alguma resignação por parte de alguns membros do Ministério Público, bem como da magistratura, em relação à nova dinâmica da AIJ, a partir do vigente art. 212 do CPP. Isso, pois, exigir-se-á um maior comprometimento dos membros do Ministério Público a assumirem seu *munus* constitucional de efetivamente promoverem a ação penal, o que lhes acarretará uma maior carga de trabalho, em razão da necessidade de maior preparação para as AIJs, pois são eles que possuem o ônus da prova. Já os juízes temem perder o seu simbólico poder e, assim, pleiteiam a manutenção da interpretação anterior, mesmo que isso possa obscurecer sua imparcialidade. Logo, se deve mudar, e, para isso, é mais que necessário "*mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice*" (COUTINHO, 2009c, p. 23).

Não é possível se especular que a ordem das perguntas descritas no art. 212, do CPP, é indiferente, de modo a trazer sempre o mesmo resultado. Ora, "o modo como se formula pergunta à testemunha e a sequência do questionamento, tudo a depender da maior ou menor sagacidade do advogado ou do promotor, poderão conduzir a resultados diversos" (PIMENTA, 2008, p. 46). Se os Tribunais continuarem a entender que o novo art. 212 do CPP, nada trouxe de novo, isso significará que os juízes estão liberados para atuarem como bem entenderem, de acordo com a velha tradição ou com a nova redação.

Além do mais, a testemunha, quando entra na sala de audiências, encontra-se geralmente nervosa. Logo, sendo inquirida primeiramente pela parte que a arrolou, isso, por si só, já lhe traz maior tranquilidade, de modo a contribuir para a maior qualidade da prova testemunhal.

Um argumento também contrário à mudança da hermenêutica do art. 212 do CPP, diz respeito à possibilidade de transformar o juiz em um mero expectador de um processo penal das partes. Contudo, tal crítica não se sustenta. No paradigma do Estado Democrático de Direito, não cabe ao juiz o papel de um observador que atue tão somente na manutenção do procedimento formal a ser seguido pelas partes, como antes se dava no Estado Liberal. No atual paradigma constitucional, o magistrado se coloca na posição de garante do Estado democrático e dos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo esta a função que lhe exige a nova exegese do art. 212 do CPP. O juiz deve se abster da gestão da prova, mas, por outro lado, deve resguardar o respeito os direitos fundamentais das partes, acusado e Ministério Público, da vítima, bem como o Estado democrático, não admitindo nenhuma postura que atente contra os pilares da república. Aí reside a diferença entre um processo penal *das* partes e um processo penal *de* partes.

Em sua atuação como garante, não cabe ao juiz produzir provas para a defesa ou para a acusação. Diante de eventual deficiência da defesa, ao magistrado cabe declarar o réu indefeso e face à falha no trabalho do promotor de justiça lhe resta oficiar o Procurador-Geral de Justiça, não devendo atuar de modo suplementar na desimcumbência do ônus probatório que cabe exclusivamente ao órgão acusatório.

Admitindo-se um processo penal de partes, fácil é de se perceber que a manutenção do juiz como gestor da prova, mormente na colheita de uma das principais provas do processo que é a testemunhal, degrada o caráter cognitivo de apuração dos fatos, culminando num procedimento

de investigação em que o magistrado busca as provas que lhe confirmem a tese por ele já pensada. Logo, o juiz prefere acreditar na mentira que sustenta – ou pode sustentar – sua hipótese do fato, do que aceitar a possibilidade de ver sua versão refutada *no* e *pelo* jogo dialógico do processo, onde a sentença deve ser um *ato de conhecimento* construído em conjunto entre juiz e partes e não um *ato de poder* de um julgador solipsista.

Tal postura consagra a deformação do processo, o qual tem, nesse delineamento, o "apetite de saber tudo" (GARAPON, 2001, p. 86), característica do modelo inquisitório, em contraposição ao anglo-saxão, que delimita o objeto do conhecimento às *provas admitidas*.

Portanto, admitir que o art. 212 do CPP, com redação dada pela Lei. 11.690/2008, nada alterou em relação à interpretação de sua redação pretérita é negar a concretização do sistema acusatório no Brasil, em defesa de práticas inquisitoriais que guarnecem a gestão da prova na mão de um único sujeito – o juiz solipsista (STRECK, 2007). Logo, impera-se a aplicação de alguma sanção à violação do art. 212 do CPP, devendo esta ser o reconhecimento da nulidade do ato processual. Carrara (1897) já dizia que um código de processo que preceitua determinadas formas sem reconhecer a anulação daquilo que é feito sem sua observância é mistificação mal-intencionada.

Outra vertente da doutrina e dos tribunais entende haver no desrespeito ao art. 212 do CPP, uma hipótese de nulidade relativa, devendo, portanto, comprovar-se a existência de prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Ora, o sistema acusatório, mais do que um mero sistema processual, corresponde a uma garantia constitucional das partes e do próprio processo, sendo. Logo, sua violação não é uma mera irregularidade, mas sim uma afronta a preceito constitucional. E "a *atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e das normas de ordem pública*" (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 22). Aqui se insere a terceira vertente de interpretação do art. 212 do CPP, que aduz a nulidade absoluta em razão de sua violação. Dessa corrente participa parcela da vanguarda jurídica brasileira, podendo-se citar, dentre outros, Aury Lopes Junior, Lenio Streck, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Flaviane de Magalhães Barros, Paulo Rangel, Salo de Carvalho, Fauzi Hassan Choukr, Gustavo Henrique Badaró, Alexandre Moraes da Rosa.

O dito prejuízo, requerido pelos defensores da tese da nulidade absoluta, está, em verdade, presente na mera violação ao dispositivo. Isso, pois, o art. 212 do CPP, deve ser entendido como norma que concretiza o sistema acusatório, sendo sua violação, para além de uma afronta ao próprio sistema processual, uma ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, caracterizando, portanto, uma nulidade absoluta. O prejuízo é presumido, em razão do desrespeito de normas[14] de ordem pública.

"(...) Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (...), o ato processual inconstitucional, quando *não* juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada (...).

É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo seguindo as regras do devido processo legal.

Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas (...)" (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 23).

Ademais, a atuação do juiz que não se mantém equidistante das partes e distante da produção das provas já é, por si só, um prejuízo – e grave! Logo, na esteira de Paulo César Busato, "(...) não há de se falar em nulidade relativa, convalidável mediante ausência de prejuízo. Isto porque a contaminação da prova pela atuação do juiz gera duplo e incontornável prejuízo: por um lado, invalida a prova, cujo aproveitamento implica evidente pressuposto; e, por outro, torna suspeito o juiz, ao menos à luz de um sistema acusatório (...)" (BUSATO apud STRECK; TRINDADE, 2010).

Nos dizeres de Busato, o juiz vicia a prova ao produzí-la, em razão da consequente atenuação do ônus probante de uma das partes, o que fere a imparcialidade do órgão judicante. Desse modo, a prova viciada não terá o condão de ser aproveitada na formulação do *decisium*. De outro lado, o

14. Normas aqui entendidas no sentido que lhes é dado por Dworkin (2002), como princípios e regras.

juiz que assume o ônus probatório de uma das partes queda-se suspeito. Portanto, não há nulidade relativa, mas, sim, *absoluta*. Conforme diz Prado (2006, p. 111), "A confiabilidade das partes na isenção do juiz emerge como condição de validade jurídica dos atos jurisdicionais. Ausente tal requisito estaremos diante de atos absolutamente nulos".

Outra discussão que recai sobre o art. 212 do CPP, diz respeito à atuação complementar do magistrado sobre os *pontos não esclarecidos*, pois, afinal, o que se entende por complementar? E por pontos não esclarecidos? Poderia o juiz inovar na linha argumentativa das partes? Ou estaria ele vinculado às teses por elas apresentadas?

Tal questão certamente demandará um estudo específico. Contudo, fácil é a conclusão de que mais adequado ao sistema acusatório seria, a exemplo do que ocorre no processo penal italiano – na primeira parte do art. 506 do CPP italiano, *in verbis* –, no qual o juiz, ao invés de complementar a instrução probatória, seja pela inquirição de testemunhas, pela produção antecipadas de provas, atuasse no *dibattito* indicando os temas e os fatos que considera relevantes para as partes, a fim de que estas produzam a prova.

"(...) Art. 506. (*Poteri del presidente in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private*).

1. *Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento a iniziativa delle parti o a seguito delle letture disposte a norma degli artt. 511, 512 e 513, può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per La completezza dell'esame.*

2. *Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone indicate nell'articolo 210 ed alle parti già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame. Esta salvo il diritto delle parti di concludere l'esame secondo l'ordine indicato negli articoli 498, commi 1 e 2, e 503, comma 2.* (...)" (ITÁLIA, 2007, p. 753-754 – grifou-se).

Pelo exposto, nos moldes de um Estado de Direito que se quer Democrático, não há espaço para se falar em nulidade relativa e muito menos em inalteração do art. 212 do CPP. A Lei 11.690/2008 trouxe novos traços democráticos ao processo penal, privilegiando sua estrutura dialógica em contraposição à concentração de poderes nas mãos do ser onipotente – o juiz. Logo, face à ofensa do art. 212 do CPP, violando-se

está o sistema acusatório e o próprio princípio do devido processo legal, devendo, portanto, reconhecer-se a nulidade absoluta do ato.

5. À GUISA DE UMA CONCLUSÃO

Uma possibilidade de consenso sobre a interpretação do art. 212 do CPP, ainda se demonstra um árduo desafio. As três interpretações esboçadas pela doutrina e pelos tribunais brasileiros, sobre o art. 212 do CPP, (a) não houve alteração, (b) acarreta nulidade relativa e (c) configura nulidade absoluta, possuem fortes defensores. Não obstante, como demonstrado no presente ensaio, possível é identificar aquela que melhor se amolda ao sistema acusatório eleito pela CF/1988.

Logo, num primeiro momento, analisou-se o que de fato diferencia os sistemas processuais penais, concluindo que seu ponto nevrálgico repousa na gestão da prova. Portanto, se a gestão da prova cabe ao magistrado, privilegiado está o princípio inquisitivo e, portanto, tem-se o sistema inquisitório. Por outro lado, se a gestão da prova é entregue às partes, configurado está o sistema acusatório, que possui como princípio unificador o princípio dispositivo. Quanto ao sistema misto, percebeu se tratar ele de uma questão conceitual, pois, em verdade não existe. Não há como fundir os dois sistemas processuais num terceiro, eis que seus princípios unificadores, vistos como a ideia única que une todos seus elementos, são antagônicos. Na realidade, existem sistemas acusatórios acrescidos de elementos do sistema inquisitório e vice-versa, mas sistemas misturados, cabalmente, não existem. Como exemplo, tome-se o próprio Brasil, onde, não obstante a Constituição ter eleito o regime acusatório, tem-se, na prática, a proeminência de um regime inquisitório (representado primordialmente pelo ainda atual CPP de 1941) com enxertos de elementos do sistema acusatório.

A gestão da prova, como característica principal dos sistemas, produz efeitos completamente opostos em cada um. No sistema inquisitório, o juiz, como gestor da prova, corre o risco de ir à sua busca para simplesmente confirmar a tese por ele já eleita no caso penal. Logo, ele desincumbiria as partes de seu ônus probatório, atuando em seus lugares, de modo a comprometer inclusive a sua imparcialidade. No sistema acusatório, a gestão da prova é dada às partes, cabendo a elas se desincumbirem de seu ônus probante. O magistrado não produz prova, mas garante que elas sejam licitamente produzidas. Assim, caso a acusação não tenha produzido as provas necessárias à condenação, o

acusado deve ser absolvido. De outro lado, caso a defesa não apresente condições técnicas adequadas, cabe ao juiz declarar o réu indefeso.

O sistema acusatório representa a opção feita pelos regimes democráticos – por mais que apliquem o sistema inquisitório. Logo, da mesma forma que não existe meia democracia, também não pode existir um regime acusatório parcial ou às *avessas*. A compreensão das normas infraconstitucionais deve ser abalizada pelo texto constitucional, de modo que não só o art. 212, mas o CPP como um todo deve ser (re)lido a partir da Constituição e não o inverso. A hermenêutica constitucional não é mais uma opção, mas uma condição de possibilidade para a correta aplicação da norma num Estado Democrático de Direito.

A interpretação que nega a alteração do art. 212 do CPP defende uma concepção solipsista de juiz, o qual deve manter o poder em suas mãos. A função do processo penal deixa de ser o acertamento do caso penal, em consonância com os direitos fundamentais das partes e com os princípios fundantes da República, para se transformar na concretização da justiça social, a partir da mente solipsista do juiz *soberano*. Os adeptos desse entendimento não visualizaram que o juiz não será relegado a expectador que assiste impassível ao duelo das partes. Ele, na verdade, garantirá o contraditório. Assegurará o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios que fundam a República Federativa do Brasil, e, diga-se, assumir esse papel não é um reducionismo, mas, sim, a assunção da principal função da estrutura jurisdicional. Logo, longe de ser uma samambaia, o magistrado se comportaria como um garantidor do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

Entender que a violação do art. 212 do CPP acarreta nulidade relativa também não contempla toda evolução constitucional que se quis dar ao dispositivo. Como se disse, a produção de prova pelo julgador pode representar sua busca pela confirmação da hipótese por ele já idealizada para o deslinde do fato. Assim, sua imparcialidade estaria comprometida e, em um regime democrático, a mera aparência de ausência de imparcialidade pelo órgão judicante, por si só, já retira toda a legitimidade da decisão, devendo ela, portanto, ser declarada nula. O próprio magistrado, ao produzir a prova, já deve ser considerado suspeito, pois auxilia uma das partes a se desincumbir de seu ônus probatório.

Ademais, a não observância de um dispositivo que se amolda à Constituição, concretizando o seu art. 129, I, que tem sua base no sistema acusatório, representa um desrespeito ao próprio princípio do

devido processo legal. Com isso, afirma-se que a nova redação do art. 212 do CPP, veio para implementar sim o *cross examination*, o qual prestigia o princípio dispositivo, princípio este unificador do sistema acusatório. Logo, a infração a tal disposição legal acarreta violação ao sistema processual erigido pela CF/1988, e, portanto, ao princípio do devido processo legal, o que gera, por sua vez, nulidade absoluta.

Portanto, entendimento outro não há senão aquele que reconhece a nulidade absoluta da AIJ e dos atos posteriores a ela face à inobservância do art. 212 do CPP. Violar o sistema acusatório é desrespeitar uma garantia tanto do indivíduo, como da sociedade como um todo. Do indivíduo, ao passo que o sistema acusatório impõe limites à persecução penal, oferecendo ao acusado uma posição de simétrica paridade frente ao próprio Estado, representado pelo órgão de acusação, na reconstrução do fato penal. Da sociedade, na medida em que o mesmo sistema estipula que seus cidadãos terão uma defesa ampla para se defenderem de qualquer acusação estatal que sobre eles recaiam.

Deve-se romper com a cultura secular da inquisitoriedade judicial. É normal certa resistência a mudanças. Contudo, normal não é se quedar atrelado a paradigmas passados sem abrir horizontes para o futuro. No paradigma do Estado Democrático de Direito, ao intérprete se impõe uma nova postura hermenêutica, em prol de uma interpretação sempre conforme à Constituição. Deve-se reconhecer a evolução, em termos de democracia processual, trazida pela nova redação do art. 212 do CPP. Mas, estariam os juízes preparados para tanto? Se não estiverem, melhor ficarem, pois é isso que lhes reclama tanto a Constituição quanto a própria cidadania.

6. Referências bibliográficas

Altavilla, Enrico. *Psicologia judiciária: personagens do processo penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1982. vol. 2.

Andrade, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, 2009. p. 167-188.

Brasil, Senado Federal. Parecer 1.089/2007. Relator Senador Mozarildo. Brasília, 2007. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/pls/prodasen/prodasen.layout_mate_detalhe.show_integral?t=23400]. Acesso em: 07.03.2010.

Carrara, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: parte generale – Del giudizio criminale*. 8. ed. Firenze, 1897. vol. 2.

Cordero, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição Democrática ao Processo Penal Inquisitório brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (orgs.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcad. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, 2009b. p. 103-115.

_____. Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche El giudice. *Boletim IBCCRIM*: São Paulo, n. 200, ano 17, jul., 2009c. p. 23-24.

FAZZALARI, Elio. *Istituzionidi diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiz de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância. *Boletim do IBCCrim*, n. 201, São Paulo, ago. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia II: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

ITÁLIA. *Codice penale e de procedura penale*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Bom para quê(m)? *Boletim IBCCrim*, n. 188, vol. 16. São Paulo, 2008. p. 9-11.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. Torino: Giappichelli, 2007.

NANUNCIO, Juliano. A atuação do juiz segundo a óptica da nova redação do art. 212 do CPP. *Buscalegis*, 08.09.2008. Disponível em: [http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/18849/18413]. Acesso em: 08.03. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PACCELI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIMENTA, Haroldo. O contraditório e a prova no processo penal: breves comentários à Lei 11.690, de 2008. *Jurisprudência Mineira*, vol. 186, ano 59, Belo Horizonte, jul.-set. 2008. p. 43-48.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luis. (Mais) uma (re)forma solipsista. Prefácio. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____; TRINDADE, André Karam. Produção de prova cabe ao MP e à Defesa. *Conjur*, 11.01.2010. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mpdefesa]. Acesso em: 01.03. 2010.

_____. *Verdade e consenso*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, José Barcelos de. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas; identidade física do juiz. *Boletim IBCCrim*, n. 188, ano 16, São Paulo, jul. 2008. p. 14-15.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

52368

2

"Agente infiltrado" – estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal)

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O presente estudo de direito comparado entre os sistemas processuais penais de Brasil e Portugal visa enfocar o tema do agente infiltrado à luz da tipicidade processual. Para tanto, distingue-se a figura do agente infiltrado das que são parecidas com ele – o que se faz com amparo na doutrina e jurisprudência portuguesas. Na sequência, utiliza-se dos conceitos de meio de prova e meio de pesquisa de prova. O artigo conclui que o uso do agente infiltrado como meio de pesquisa de prova é ilegítimo enquanto, no Brasil, não houver lei específica que dele trate e de seus procedimentos. Por essa metodologia o artigo objetiva enfocar também a precariedade do tratamento que o assunto tem recebido no Brasil quer em âmbito doutrinário, quer – o que é mais crítico – em âmbito jurisprudencial.

ABSTRACT: The present study of comparative law between criminal procedural systems of Brazil and Portugal aims to focus on the subject of the undercovered agent in the light of procedural tipicity. Therefore, distinguishes the figure of the undercovered agent from those which are similar to it – what is done supported on portuguese doctrine and jurisprudence as well. As a follow up, it uses the concepts of means of proof and means of research of proof. The article concludes that the use of the undercovered agent as a means of research of proof is unlawful as long as in Brazil there isn't a specific law that is aimed at it and at its procedures as well. According to this methodology, the article also intends to focus on the precariousness of the treatment that the subject has received in Brazil either in doctrinary domain, or – what is more critical – in the jurisprudence domain.

Palavras-chave: Processo penal – Agente infiltrado – Tipicidade processual – Prova – Meio de prova – Meio de pesquisa de prova – Nulidade.

Keywords: Criminal procedure – Undercovered agent – Procedural tipicity – Means of proof – Means of research of proof – Nullity.

Sumário: 1. O tema: razões da escolha e proposta de metodologia do trabalho – 2. O meio de prova, o meio de pesquisa de prova, o que os distingue entre e si e a ambos perante os elementos de prova em processo penal – 3. Do auxílio das noções da tipicidade processual no campo probatório: 3.1 Ainda, do auxílio das noções da tipicidade processual no campo probatório: especificamente sua abrangência aos meios de pesquisa de prova – 4. Lições do direito português a respeito do agente infiltrado – tipicidade do meio de pesquisa de prova – 5. Agente infiltrado no direito processual penal brasileiro: a desatenção quanto à sua *natureza jurídica* e à *tipicidade probatória* – 6. Consequências do reconhecimento da atipicidade do meio de busca de prova: sugestões propostas: 6.1 A analogia – 7. Últimas considerações: atipicidade e sua inadmissibilidade – 8. Bibliografia.

"Não são os limites dos direitos humanos que têm que se adaptar às exigências do processo, mas é antes o processo que tem que se adaptar às exigências dos direitos humanos. Afinal, é a segurança que é uma aspiração do Homem e não o Homem um instrumento da segurança."

(Manuel Augusto Meireis. *Homens de confiança*, p. 87)

1. O tema: razões da escolha e proposta de metodologia do trabalho

Agente infiltrado é expressão, no processo penal atual, bastante difundida. Com ela e outras modernamente utilizadas – *interceptação telefônica, captação ambiental, entrega vigiada, ação controlada* etc. – difunde-se ideia de maior efetividade do processo penal na escolhida batalha contra a criminalidade dita organizada, pelo menos na expressão espalhada a partir do 9.º Congresso das Nações Unidas para a prevenção do crime e tratamento dos delinquentes[1] e, depois, na Convenção de

1. Naquele colóquio, realizado no Cairo, em 1995, além de prever maior intercâmbio interestatal e entre Estados e organizações não governamentais e expertos para trocar experiências em pesquisas, leis e políticas para desenvolver meios e técnicas de prevenção aos crimes, externaram os países

Palermo.[2] É fácil ver que, assim como a falada *efetividade* do processo penal, *agente infiltrado* é expressão que se pode dizer, sem teor pejorativo, "da moda".

A partir daí – e por isso mesmo – é provocativo se tentar pôr à prova a admissibilidade do uso da informação em processo penal, decorrente do uso do tal *meio de pesquisa*, a partir de uma primeira distinção, que se dá entre *meio de prova* e *meio de pesquisa de prova*.

Depois, e até porque a preocupação com as distintas características de um e outro no plano da *origem* da fonte de informação a ser levada – e o próprio *iter* aí percorrido – ao juiz possibilita entender o tratamento jurídico a que cada um faz jus, continua-se a pôr à prova o uso do *agente infiltrado* (como meio de pesquisa de prova) com subsídios da *tipicidade probatória*, destacadamente com amparo nas noções de meios de prova (e, para este trabalho, *meios de pesquisa de prova*) *típicos e atípicos, anômalos* e *irrituais*, e respectivas consequências jurídicas.

Posteriormente, e na análise que se propõe a fazer do sistema processual penal português, escolhido como parâmetro em razão do desenvolvimento legislativo que a matéria lá tomou (Lei 101/2001 – que dispõe sobe o *regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal*), ali serão estudadas algumas das principais manifestações da doutrina e dos tribunais, inclusive caso que tenha repercutido no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

participantes preocupação profunda com os níveis crescentes de crimes em muitas partes do mundo, "particularly transnational organized crime and its negative effects on socio-economic development, political stability and the internal and external security of States, as well as on the well-being of people" (Res. 50/145, de 21.12.1995. Disponível em: [www.un.org/documents/ga/res/50/a50r145.htm]. Acesso em: 02.05.2010).

2. Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional de Nova York de 2000, aprovada no Brasil por Dec. 231/2003 e, posteriormente, promulgada via Dec. 5.015/2004. Daquela convenção vale ver, no art. 20, o uso de *técnicas especiais de investigação*: "Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada".

Só com essas premissas construídas a partir do modelo paramétrico é que se poderá, com alguma segurança, dar atenção à pretendida configuração do *agente infiltrado* no Brasil e como a ele se tem debruçado nossa doutrina e os julgados de nossos tribunais. Nestas terras, chama a atenção a incipiência e insuficiência do panorama normativo que agasalha o instituto: art. 2.°, V, da Lei 9.034/1995, com alteração da Lei 10.271/2001 e art. 53, I, da Lei 11.343/2006. A perceptível insegurança doutrinária ao abordar o tema se reflete, também, no problemático enfrentamento que vem sendo dado pelos tribunais.

Assume-se, já, um corte epistemológico (que reflete uma escolha ideológica) do trabalho: a análise estrita do direito processual penal que se propõe a fazer não obedece a lógica difundida de que *os fins podem justificar os meios* (isto é: a de que a apodítica complexidade dessa ou daquela organização criminosa pode legitimar a utilização de meio de pesquisa de prova). Não será a premissa segundo a qual a complexidade de algumas organizações criminosas justifica a maior intromissão estatal em direitos individuais a adotada aqui.

Por isso, a pergunta do Procurador-Geral da República de Cabo Verde – "Quantas vidas não seriam poupadas se algum infiltrado pudesse evitar o 11 de setembro?"[3] – é irrespondível.

2. O MEIO DE PROVA, O MEIO DE PESQUISA DE PROVA, O QUE OS DISTINGUE ENTRE E SI E A AMBOS PERANTE OS ELEMENTOS DE PROVA EM PROCESSO PENAL

O processo penal impõe, pelos valores em jogo e pelas consequências que o conhecimento das informações, por parte do Estado-juiz, pode trazer a qualquer pessoa, segurança no trato de *quais* e *como* chegam ao conhecimento do magistrado e demais envolvidos no processo, toda e qualquer informação que possa ter alguma utilidade – aqui, já chamados de *elementos de prova*, que nada mais são do que "cada um dos dados

3. FURTADO, Franklim. O agente infiltrado. *Direito e Cidadania*, n. 16-17, ano 5, Cabo Verde, set. 2002-abr. 2003. O máximo que o autor conhece dessas linhas de missão "hercúlea" é o juiz-hércules, figura já conhecida e difundida por Dworkin em vários de seus trabalhos de filosofia do direito. Não se concebe um "agente infiltrado-hércules" como se ele próprio pudesse "salvar vidas".

objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa".[4]

Assume-se dupla vedação: não é *qualquer* elemento de informação que pode ser admitido no processo e valorado pelo juiz; e nem mesmo, um elemento que aporte ao processo de *qualquer* jeito. A lembrança é relevante não só por balizar as premissas do estudo, como porque no plano do direito positivo brasileiro, a *prova ilícita* – em sentido lato e, de certa forma, até atécnico em vista da distinção feita a partir de lições de Nuvolone – pode ter a ilicitude no aspecto de seu conteúdo, como também na forma de sua obtenção. Neste último caso: inadmissibilidade.[5]

No Brasil, pode-se ver, como atual discussão que o tema das limitações de admissibilidade de determinados elementos de informação apresenta, os recentes julgamentos que se deram em sentidos distintos do STJ (QO na Sindicância 166, Corte Especial, rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 03.09.2009) e do STF (HC 95.244, 1.ª T., rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 30.04.2010) sobre a validação dos elementos de informação decorrentes de *denúncia anônima*, notícia de crime que em Portugal tem previsão específica no Código de Processo Penal (art. 246, n. 5 a 7).

O meio de introdução do elemento a ser valorado pelo juiz, isto é, o *canal comunicativo* pelo qual ele entra, se admitido, no processo, é chamado de *meio de prova* [6]. Em passagem de Tonini, aqui acatada, temos que "com a expressão 'meio de prova' se quer indicar aquele instrumento processual que permite se adquirir um elemento de prova".[7]

4. Gomes Filho, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: DPJ, 2005, p. 307.
5. Conferir, por todos, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 126-127.
6. São, os meios de prova, nas palavras de Gomes Filho, "os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz" (Ob. cit., p. 308).
7. Tonini, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Milão: Cedam, 2000, p. 91 (no original: "Con l'espressione 'mezzo di prova' si vuole indicare quello strumento processuale che permette di acquisire un elemento di prova.") Rigorosamente no mesmo sentido, do professor de Florença, *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 108.

O *meio de prova* possibilita a introdução de elemento de prova já identificado que só pode entrar no processo pelo aludido *meio* sob pena de *anomalia* (de provas anômalas se falará abaixo) das regras probatórias. Pode-se dizer: entre o *elemento* e o *meio* deve haver adequação típica. Antecipando o que abaixo será exposto, que sirva de exemplo: o elemento de prova, se do conhecimento de uma testemunha, só pode ser admitido no processo se o *meio de prova* for o testemunhal; se se trata de um elemento *documental*, o *meio* de introdução no processo há de ser pela apresentação de documento e assim por diante. Sobre os desdobramentos da falta de correlação entre o *elemento de prova* e o *meio* de sua introdução, falaremos a seguir.

Por enquanto, importante timbrar que o *meio de prova* (exemplo: o testemunho, as perícias em geral, os documentos, o reconhecimento) deve seguir um padrão que viabilize o contraditório pleno entre os envolvidos no processo penal, pois não pressupõe a *surpresa* em sua realização e – introduzidos os elementos no processo – serve de norte cognitivo direto ao juízo. Sobre ele, os envolvidos (se o *meio* introduz elemento de informação em fase pré-judicial) ou as partes (se em juízo, como é a regra) devem estabelecer debate com conhecimento de todos seus pormenores (exemplo: em perícias, no processo penal brasileiro, há previsão de indicação de assistentes técnicos art. 159, §§ 3.º a 7.º, CPP).[8]

Por outro lado, com o *meio de pesquisa/obtenção de prova* as coisas não são assim. Em verdade, como diz Siracusano, enquanto o *meio de prova* serve ao juízo, o *meio de pesquisa* serve à própria "prova", ou melhor se dizer, *fonte de prova*[9] a ser buscada.[10] Em distinção atenta a aspectos concretos: se a acusação (e – por que não antecipar outra provocação?

8. Diz Tonini: "Le modalità di assunzione sono predisposte in maniera tale da permettere al giudice ed alle parti di valutare nel modo migliore la credibilità della fonte e l'attendibilità dell'elemento di prova che si ricava dall'esperimento del singolo mezzo" (Ob. cit., p. 91-92 – em tradução nossa: "as modalidades de assunção são predispostas de maneira tal a permitir ao juiz e às partes a valoração do melhor modo da credibilidade da fonte e da atendibilidade do elemento de prova que se deduz do uso do próprio meio").
9. Para Gomes Filho, "Fala-se em fonte de prova para designar as pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova (*rectius*, o elemento de prova), resultando disso a sua usual classificação em fontes pessoais (testemunhas, vítima, acusado, peritos) e fontes reais (documentos, em sentido amplo)" (Gomes Filho. Ob. cit., p. 308).
10. Fernandes, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. *RBCCrim*, n. 66, São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2007, p. 227.

– a defesa também) *já sabe que o elemento de prova decorre de testemunho e documentos,* usa os meios correlatos; mas se não sabe, precisa ir buscar os tais *elementos*. É o que diz, também, Claudio Marinelli.[11]

Assim, assume-se aqui, o *meio de pesquisa de prova,* exatamente por ter de ir à *busca,* à *pesquisa* dos elementos ainda desconhecidos, tem pelo menos três características que o distinguem do *meio de prova:* a surpresa do envolvido, a prevalência de sua adoção em fase pré-processual (pois inexiste, ainda, a estabilização objetiva do processo) e a necessidade de, por eles, identificar – *buscar, pesquisar, descobrir* – alguma fonte de prova.

É correta a lição de Laronga, para quem "i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria. (...) Dal punto di vista tecnico-processuale, i mezzi di ricerca della prova si caratterizzano altresì in quanto, mirando a far penetrare nel processo elementi che preesistono all'indagine giudiziaria, si basano sul fattore sorpresa e non consentono perció, per loro stessa natura, il preventino avviso ai difensori quando sono compiuti nella fase delle indagini. La prova è in questi caso precostituita, non deve cioè essere

11. "Alla individuazione di talune di queste fonti sono preordinati i mezzi di ricerca della prova, quali la perquisizione, il sequestro, l'ispezione e le intercettazioni di comunicazioni. In ultimo i mezzi di prova costituiscono gli istituti mediante i quali gli elementi scaturenti dalle relative fonti vengono introdotti nel processo". *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova.* Turim: Giappicheli, 2007, p. 99 (em tradução nossa – "À individualização de certas destas fontes são preordenados os meios de pesquisa de prova, quais a perquirição, o sequestro, a inspeção e as interceptações de comunicações. Por último os meios de prova constituem os institutos mediante os quais os elementos decorrentes das relativas fontes vêm introduzidos no processo"). O autor se refere às fontes, mas para o que se escolheu no presente trabalho, adota-se a distinção entre *meio de prova* e *meio de pesquisa de prova* com distinção quanto aos *elementos de prova* porque, como se sabe, as *fontes de prova* são reais (provêm os *elementos* de "fontes" documentais ou materiais) ou pessoais (os tais *elementos* advêm de informação detida por alguma pessoa). Como, na introdução dos fatos no processo, não se pergunta – ao menos diretamente – a fonte (se pessoal ou real) mas a natureza do *elemento* (se testemunhal, se pericial, se documental etc.), aqui não se fala muito de *fontes de prova* no processo penal.

formata nel processo, come per le testimonianze, le perizie egli esperimenti giudiziali, etc."[12]

Em outras palavras e na lembrança de Alfonso Furgiuele, enquanto um *meio de prova* se exaure em atividade instrumental de descrição da relevância e dos objetivos perseguidos por um dos envolvidos na cena processual com o determinado elemento de prova que ele contém (o *meio de prova* traz elemento de prova apto ou não a convencer o juiz de um determinado acontecimento sobre o qual se desenvolve o processo), o *meio de pesquisa de prova* visa captar ou descobrir um ainda incerto elemento para, futuramente, ser objeto de introdução no processo por um determinado *meio de prova*.[13]

Com vistas ao direito brasileiro, mas não sem descurar do direito processual penal comparado, na mesma linha é a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem "os *meios de prova* referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os *meios de pesquisa* ou *investigação* dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)".[14]

Justamente em razão de o *elemento de prova* (e, portanto, o *meio de prova* também, pois é o canal pelo qual o *elemento* de prova "entra" nos autos em sentido figurado) ser ainda uma incógnita, algo a se descobrir, não só é permeado pela surpresa, como também pela inata característica pré-processual ou, como quer Laronga, prodrômica. Afinal, e isso atinge

12. Laronga, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: Cedam, 2002, p. 28. Em tradução nossa: "os meios de pesquisa da prova não são por si fonte de convencimento, mas tornam possível adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de atitude probatória. (...) Do ponto de vista técnico-processual, os meios de pesquisa da prova se caracterizam também enquanto, mirando a fazer penetrar no processo elementos que preexistem à investigação judicial, basearem-se no fator surpresa e não permitirem portanto, por sua própria natureza, o preventivo aviso ao defensor quando são cumpridos na fase da investigação. A prova é neste caso preconstituída, não deve ser formada no processo, como pela testemunha, as perícias e os experimentos judiciais etc."

13. Furgiuele, Alfonso. *La prova nel processo penale. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappichelli, 2007, p. 117.

14. Gomes Filho, Antonio Magalhães. Ob. cit., p. 309.

o ordenamento jurídico brasileiro – se para a incoação de ação penal válida se exige prova da materialidade, todos os elementos nos quais possa se arrimar a acusação já devem estar, antes da denúncia, indicados nos autos. Quer para que o acusado deles se defenda, quer para que a relação processual então iniciada se paute pela segurança e previsibilidade sobre os pontos controvertidos que serão levados ao juiz.

É Laronga, de novo, quem diz: "ciò appare immediatamente comprensibile, se si considera che l'attività di ricerca della prova – solitamente prodromica a quella processuale – è diretta all'acquisizione di fonti di prova o di elementi di prova che, se e in quanto concretamente immessi nel processo, produrranno una conoscenza rilevante per il processo stesso".[15]

O modelo escolhido para a análise comparativa (o português), de resto, é didático para auxiliar na distinção da matéria. Ao prever, no Livro II, a sistemática da prova em processo penal, e ali tratar dos *meios de prova* (Capítulo II), previu, tipicamente, os seguintes: prova testemunhal, declarações do arguido, do assistente e das partes civis, prova por acareação, prova por reconhecimento, reconstituição do fato, prova pericial, prova documental. Já no Capítulo III daquele Livro II, ao falar sobre os *meios de obtenção da prova,* previu o legislador processual penal português: exames, buscas e revistas, apreensões e escutas telefônicas.

E, a respeito disso, é bastante feliz a síntese de Germano Marques da Silva, ao estabelecer que "os *meios de obtenção da prova* são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos. Os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla perspectiva: *lógica e técnico-operativa.* Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova

15. Laronga, Antonio. Ob. cit., p. 29. Em tradução livre: "que aparece imediatamente compreensível, se se considera que a atividade de pesquisa da prova – somente prodrômica àquela processual – é direta à aquisição de fonte de prova ou de elemento de prova que, se e enquanto concretamente colocada no processo, produzem um conhecimento relevante para o próprio processo".

caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito".[16]

Como *meios de pesquisa (ou obtenção, que aqui se toma por sinônimos) de prova* no Brasil que podem ser citados a título meramente exemplificativo – e nos auxiliarão a melhor fixar seu conceito – citem-se a *interceptação telefônica* (a medida decorre – até como diz a Lei 9.296/1996 em seu art. 2.°, II – de necessidade de se buscar informação que ainda não se tem e é pautada pela incerteza do conhecimento dos diálogos a serem captados. Deles é que poderá surgir a *fonte de prova* – imagine-se a informação de documento a ser apreendido, i.e., uma fonte *real*; ou pense-se em pessoa a ser ouvida a se constituir como *fonte pessoal* de prova), a busca e a apreensão (suspeita-se haver algum elemento de prova em determinado local e, por que não se pode apresentar, ainda, aquele documento em juízo como *elemento de prova,* é buscado para depois ser introduzido no processo pelo *meio de apresentação* correlato) e o *agente infiltrado.*

Ainda sobre a utilidade da conceituação desses dois institutos tão relevantes e distintos no campo do direito probatório, deve-se lembrar de importante lição de Antonio Magalhães Gomes Filho no sentido de que "na prática, essa diversidade terminológica também serve para identificar as possíveis repercussões das irregularidades verificadas em relação aos *meios de prova* e aos *meios de investigação.* No primeiro caso, a consequência do vício será a nulidade da prova produzida (*rectius*, dos elementos de prova), enquanto no segundo tratar-se-á de prova *inadmissível* no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (art. 5.°, LVI, da CF/1988)".[17] O aviso do professor é importante e tentará ser seguido neste texto.

16. Silva, Germano Marques da. *Curso de processo penal.* 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999, vol. 2, p. 189-190.

17. Gomes Filho, Antonio Magalhães. Ob. cit., p. 310. No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes, no artigo já citado, indica que "Para análise do vínculo entre a atipicidade da prova e a ilicitude ou admissibilidade da prova, mister distinguir entre a atipicidade na produção da prova e a atipicidade na obtenção da prova" (Ob. cit., p. 227).

3. Do auxílio das noções da tipicidade processual no campo probatório

O desenvolvimento sistemático e histórico do processo penal pós-iluminista possibilitou que se entendesse, hoje, que a *liberdade dos meios de prova* (aí incluídos os meios de pesquisa de prova) é uma moeda de duas faces.

Uma face, voltada para o passado, reside na constatação de que a *liberdade probatória*, ao abandonar o sistema então vigente na Europa continental, de *prova tarifada* e tudo que nessa ideia pudesse se assemelhar a uma "aritmética das provas"[18] do processo penal, foi capaz de trazer maior possibilidade de se atingir uma decisão legítima, isto é, aceita pela comunidade de seus destinatários. Sirva de exemplo a superação da ideia de *testis unus, testis nullus*, e a parificação valorativa dos meios de prova.

Aí, também olhando para trás, pressupõe-se uma racionalidade na atuação judicial e uma aptidão às partes para introduzirem, no processo, os elementos de informação dos quais dispõem.

A outra face da moeda está intrinsecamente ligada a essa abertura na medida em que – como dá prova o direito anglo-saxão – passam-se a introduzir regras de *exclusão* no processo de determinados elementos de prova; quer para fins exclusivamente intraprocessuais; quer para tutelar, também, fins político-ideológicos do processo. Fala-se, pois, em *exclusionary rules* e em *privileges*.[19]

Não se retorna à fase da prova tarifada, e nem se reconstrói abertamente a teoria das provas negativas, mas se tenta, ao que parece, amoldar a liberdade dos juízes na admissibilidade e valoração dos elementos probatórios à dos imputados (vedando-se o ingresso desse ou daquele elemento; dessa ou daquela forma).

Recorrente na História, como se vê, o problema da liberdade probatória e dele já falou, antes até da preocupação chegar como chegou hoje ao âmbito de diplomas normativos, Franco Cordero: "Ci si è chiesto se

18. Lucca, Giuseppe de. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, Milão: Giuffrè, out.-dez. 1992, p. 1264.

19. Amodio, Ennio. Libero Convincimento e Tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, Milão: Giuffrè, jan.-mar. 1999, p. 3-9.

i procedimenti probatori previsti dalla legge compongano um numero chiuso; nell'ipotesi affermativa, non se potrebbero ovviamente escotigare altri. È difficile sottrarsi all'impressione che la risposta contenga una petizione di principio. Non è detto che le norme dettate in materia rifiutino ogni applicazione analogica; e allora, come escludere che in qualche singolo caso siano ammesse tecniche probatorie non specificamente previste?".[20]

Atualmente, no âmbito do direito comparado, trabalha-se com a noção da ampla liberdade probatória, atendidos limites específicos e variáveis de cada ordenamento jurídico.[21] Em doutrina correlata, que acompanhou tal evolução, tenta-se sedimentar a aplicação da ideia de tipicidade probatória para matizar os limites jurídicos – e éticos – de intromissão e valoração de elementos da prova no processo,[22] até porque é inegável que não só dos avanços da assim chamada "complexidade de organizações criminosas" (como visto acima em postura crítica neste texto) vive o processo penal atual, mas – principalmente e para o que aqui importa mais – de avanços de tecnologia e, portanto, discussão sobre utilização de (sempre) novos e não previstos meios de prova (e de obtenção de prova) em processo penal.

20. Cordero, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milão: Giuffrè, 1963, p. 63. Em tradução nossa: "Nos é perguntado se os procedimentos probatórios previstos na lei compõem um número fechado; na hipótese afirmativa, não se poderia obviamente imaginar outros. É difícil escapar da impressão que a resposta contenha uma petição de princípio. Não é dito que as normas ditadas em matéria recusam qualquer aplicação analógica; e então, como excluir que em qualquer caso singular sejam admitidas técnicas probatórias não especificamente previstas?

21. Além do ordenamento italiano, sempre referenciado em matéria de tipicidade processual (art. 189), já podemos, a partir de agora, nos preocupar detidamente com as previsões do Código de Processo Penal português, que assim dispõe: art. 125 – "São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei."

22. No processo penal brasileiro, atualizada e profunda obra que tratou do tema da prova penal à luz da tipicidade processual é a de Guilherme Madeira Dezem: *Da prova penal. Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. É desse autor a lembrança de que a tipicidade processual tem fundamento não só na regra do devido processo legal, como também no imperativo da legalidade e que, ainda, atua sobre as normas que preveem garantias aos jurisdicionados (p. 55).

Num cenário já conhecido, em que o legislador busca, depois dos desenvolvimentos de novas técnicas, disciplinar para amoldar e regular o que já existe, é que se coloca, atualmente, a noção de tipicidade processual. Diz-se, a partir daí, não sem alguma hesitação doutrinária quanto ao seguimento de uma ou outra classificação da tal *atipicidade* e fenômenos processuais correlatos (*anomalia, irritualidade*), que um meio de prova (e de obtenção de prova) *típico,* é aquele já previsto em lei.

Citem-se, a respeito, os meios de prova *típicos* do processo penal português aqui já referidos, e citem-se, também, no caso brasileiro, os meios de prova típicos da prova testemunhal (arts. 202 a 225), pericial (arts. 158 a 184), por reconhecimento (arts. 226 a 228), por acareação (arts. 229 e 230), documental (arts. 231 a 238), todos previstos no Código de Processo Penal.

A principal hesitação doutrinária[23] – que tem notável pertinência ao caso brasileiro dos *agentes infiltrados* – reside na amplitude da noção de *atipicidade:* se a premissa é de que o que está previsto em lei é *típico*, só será *atípico* o que não estiver, consequentemente, previsto na lei, ou há alguma nuance? A esse respeito, há, segundo noticia Guilherme Madeira Dezem, duas concepções da *atipicidade*: a primeira, dita "restritiva", diz ser *atípico* apenas o que efetivamente não estiver previsto na lei processual;[24] enquanto uma segunda corrente vê a *atipicidade* dos meios de prova – e de produção da prova – não só em decorrência da total falta de previsão na lei, como também de sua mera nomeação desacompanhada das regras legais do procedimento probatório. Essa noção, chamada de "ampliativa", é de ampla aceitação no direito comparado[25] e também entre os autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema[26] e

23. Diz-se, aqui, ser essa hesitação a "principal" porque há outras, sempre afetas à divisão entre meio de prova *típico* e *atípico*. Vale ver, a respeito, a exposição de Tonini (três concepções de prova *atípica* que, aparentemente, confundem as noções de *atipicidade, anomalia e irritualidade* que serão vistas neste texto). Tonini, Paolo. Ob. cit., p. 93-95.

24. Dezem, Guilherme Madeira. Ob. cit., p. 144. O autor cita, como expoentes dessa corrente, Francesca Ferraro e Michelle Taruffo.

25. Idem. p. 147-148. Da doutrina mais recente, vale ver a posição de Claudio Marinelli (Ob. cit., p. 108-109).

26. À exceção de José Carlos Barbosa Moreira, que assemelha a *tipicidade* à mera *nomeação* do meio de prova (Provas atípicas. *RePro*, n. 76, vol. 19, São Paulo: Ed. RT, 1994), processualistas penais que atentaram à tipicidade no campo probatório seguem a concepção ampliativa: Badaró, Gustavo

será usada no trabalho. Em síntese, para essa base classificatória, prova *nominada* não equivale a prova *típica;* a última exige a *nomeação com procedimento probatório.*

As ideias de *tipicidade* e *atipicidade* probatória ligam-se diretamente à liberdade probatória do processo penal (art. 125 do Código de Processo Penal português,[27] art. 189 do Código de Processo Penal italiano; art. 3.º do CPP brasileiro com utilização analógica do art. 332 do CPC brasileiro[28] e ao art. 295 do CPPM[29]) e sua inadmissibilidade no processo penal decorre, de acordo com lições de Guilherme Madeira Dezem, dos seguintes parâmetros: da existência ou não de prova típica disponível às partes; da vedação prevista na utilização da prova atípica pela lei civil ou, ainda, da própria limitação ao uso da prova em virtude de regra de proibição.[30]

Com os olhos voltados ao *agente infiltrado* (pois, no Brasil, não há previsão normativa além das já mencionadas – insuficientes como veremos – nas Leis 9.034/1995 e 11.343/2006; e não há qualquer previsão em lei processual penal militar e nem na civil, a respeito desse meio de pesquisa de prova) importa tratar, então, das regras de proibição. Aí, no

Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações de quem poderia ser testemunha. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 344. FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. cit., p. 231, conclusão n. 3.

27. A respeito dele, disse Teresa Pizarro Beleza: "Não há, no direito português actual, um catálogo fechado de meios de prova admissíveis. A regra é a da *atipicidade*" ("Tão amigos que nós éramos": o valor probatório do depoimento de coarguido no processo penal português. *Revista do Ministério Público*, n. 74, ano 19, Lisboa, abr.-jun. 1998, p. 40).

28. Art. 332: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa".

29. Art. 295: "É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares". É fundamental lembrar, já agora, que mesmo no Código de Processo Penal Militar, um limite imposto à assim chamada "interpretação extensiva" se dá quando tal interpretação "cercear a defesa pessoal do acusado" (art. 2.º, *a*, Dec.-lei 1.002/1969).

30. DEZEM, Guilherme Madeira. Ob. cit., p. 283.

caso do parâmetro português, têm elas dupla previsão: a Constituição da República (art. 32, alínea 8),[31] e a regra geral trazida no Código de Processo (art. 126); no Brasil, o Código de Processo Penal vigente silencia sobre as proibições de produção de prova e, por enquanto, a remissão da proibição vem, apenas, mas diretamente, da Constituição Federal (art. 5.º, LVI, CF/1988).

Neste trabalho, a concepção da *atipicidade* não deve se confundir com outras duas, quais sejam: *anomalia* da produção probatória e, ainda, seu aspecto *irritual*. Para o que importa aqui, e como tem se posicionado a doutrina brasileira mais atenta ao tema, a *anomalia* da produção probatória é sempre vedada pelo ordenamento, porque significa, sob o procedimento previsto para uma prova (ou meio de sua produção) típica, a produção de outra, que demandaria distinto meio (de prova ou de produção). O exemplo da doutrina brasileira é eloquente: introdução de declarações de testemunhos colhidos em gabinete de promotores de justiça, no processo, sob a forma de documento,[32] pode-se pensar, também, em introdução de documento de transcrição de interceptação telefônica com a pretensão de admiti-lo no processo como se confissão fosse; ou ainda, com maior problematização, tomar o apontamento em audiência como característica inata ao testemunho.

A advertência conceitual da *prova anômala* pode ter outra utilidade ao estudo do *agente infiltrado* no Brasil e, conquanto seja distinta da questão de sua *atipicidade*, a ela se liga na medida em que só em se defender a teoria ampliativa da atipicidade probatória – exigindo-se para que o meio de pesquisa de prova seja considerado *típico* não só sua nominação, mas o estabelecimento de seu procedimento probatório – é que se consegue perceber anomalia desse meio de produção de prova: a atividade *proibida*[33] de agente provocador (que conquanto atípico

31. Expressamente: "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações".

32. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ob. cit., p. 344-345. O autor esclarece ser "necessário distinguir a prova atípica da 'prova irritual', isto é, da prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório. Além disso, a prova atípica não pode ser confundida com uma prova anômala, que é uma prova típica, utilizada ou para fins diversos daqueles que lhes são próprios, ou para fins característicos de outras provas típicas".

33. Eis, já, aí, fundamental importância do estudo de direito comparado com miras ao processo penal português, pelo que já se falou e pelo que se falará ainda.

também, tem seus contornos bem solidificados em doutrina, como se verá); inconfundível com a de *infiltrado*.

De fato: se o risco já existe – como se verá – em ordenamento no qual há plena previsão não só do nome, mas também do procedimento para o determinado meio de produção de prova, é de se imaginar quão problemático será o raciocínio se levado a país, no qual não se prevê nem mesmo o procedimento típico.

Ainda sobre a *anomalia* da produção probatória, em doutrina que parece aplicável também ao parâmetro português, dela tratou Tonini como uma verdadeira *fraude das etiquetas*. O autor chegou a essa conclusão, a partir do exemplo do reconhecimento informal feito em audiência.[34] Interessante perceber que em caso julgado que guarda paralelismo com o exemplo do professor de Florença, o Tribunal Constitucional Português, em julgado recente, chegou a conclusão distinta, para não dar procedência a recurso interposto pelo imputado, *anomalamente*, reconhecido em audiência na qual teria sido colhido testemunho.[35]

34. "Se al teste si chiede di identificare informalmente una persona, l'elemento di prova che se ne ricava sarà forse utilizzabile (perché cosi afferma la giurisprudenza), ma certamente il giudice non dispone dello strumento per valutarne l'attendibilità, poiché non ha seguito le modalità idonee a verificare tale dato. Se il giudice fondasse la decisione sulla base del risultato della identificazione informale, la motivazione sarebbe illogica in quanto non avrebbe accertato correttamente un punto ritenuto indispensabile dal codice, quale è l'attendibilità della prova utilizzata (art. 546, comma 1, lett. e)" (Tonini, Paolo, *La prova*... cit., p. 95). Na tradução livre: "Se ao teste se pede para identificar informalmente uma pessoa, o elemento de prova que se obtém será talvez utilizável (porque assim afirma a jurisprudência), mas certamente o juiz não dispõe do instrumento para valorar a atendibilidade, porque não seguiu a modalidade idônea a verificar tal dado. Se o juiz fundasse a decisão na base do resultado da identificação informal, a motivação seria lógica na medida em que não teria aferido corretamente um ponto considerado indispensável ao código, qual seja a atendibilidade da prova utilizada (art. 546, "l", letra "e").Sem mencionar a anomalia pelo nome, mas como *reconhecimentos atípicos ou informais*, mas atingindo a mesma conclusão de inadmissibilidade do meio de prova assim irregularmente produzido, ver com proveito, Seiça, Alberto Medina de. Legalidade da prova e reconhecimentos "atípicos" em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante. Liber Discipulorum *para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 1387-1421.

35. Trata-se do Processo 51/2007, que motivou o Ac. 3.
ACTC 378/2007, de relatoria do Conselheiro João Moura Mariano, j.

Resta ainda falar da prova *irritual*, que não passa da prova com procedimento de obtenção previsto em lei, mas que dele foge, valendo tomar como exemplo, no Brasil, a perícia feita por quem não tem curso superior (art. 159, CPP), ou, também, o reconhecimento pessoal que fuja das previsões estabelecidas no art. 226 do CPP.[36] Como aponta, a respeito, Guilherme Madeira Dezem, a prova *irritual* distingue-se da *atípica* porque, enquanto na última não há desconformidade com procedimento previsto – pois se houvesse a prova seria *típica* – na primeira, "dada a produção em desconformidade com o modelo legal, é eivada de nulidade ou ilicitude".[37]

Importa ter em mente, ainda, distinções e aproximações, dessa vez, entre meios de prova (e de pesquisa de prova) *anômalos* e *irrituais*. Ainda outra vez, esclarece a doutrina brasileira específica sobre o tema, que ambos se aproximam "pela consequência que sua utilização gera no processo, ou seja, a nulidade ou a ilicitude da prova. Com efeito, ambas acabam por gerar, em maior ou menor grau, nulidade ou ilicitude. No entanto, trata-se de categorias distintas: a prova anômala é produzida segundo o modelo legal. Seu problema consiste em que o modelo legal utilizado não é o adequado para o caso, não é o que o caso requer. Já a prova irritual não é produzida segundo o modelo legal. Em verdade,

03.07.2007. Sustenta-se a *anomalia* do caso porque se entendeu que os rigores do meio de prova do *reconhecimento* (art. 147, CPP português) não se aplicam a eventual repetição deste ato a ser feita em audiência na qual acontece o testemunho dos envolvidos. Utiliza-se, então, um meio de prova (testemunho) para atingir-se resultado que adviria de outro (reconhecimento). Pode-se sustentar, também, certa *irritualidade* do meio de prova no caso, pois se *reconhecimento* há, defende-se aqui que os rigores, sim, do tal art. 147 daquele Código de Processo Penal deveriam ser respeitados.

36. Decisão colegiada ainda não publicada, da Câmara. 6.ª T. do STJ verbaliza que depoimento de ofendido que não seja colhido de forma oral pode, virtualmente, não ofender o art. 204 do CPP, porque, "a vítima lavrou a declaração em audiência diante do magistrado, do representante do Ministério Público e da advogada de defesa, não trazendo documento previamente escrito. Ressaltou-se que, não tendo a vítima coragem para narrar os fatos na sala de audiência, a ela se oportunizou a lavratura do texto, na presença das autoridades acima descritas, bem como na presença de sua mãe, que em nada interferiu. Assinalou-se que, em face da sua situação peculiar (menor que sofreu abusos sexuais), justificava-se a eleição de tal meio para tomar suas declarações." (HC 148.215, rel. Min. Og Fernandes, j. 20.04.2010, noticiado no *Informativo STJ* 431).

37. DEZEM, Guilherme Madeira. Ob. cit., p. 153.

utiliza-se o meio adequado, mas sem a observância dos elementos típicos previstos em lei. Em síntese, tem-se a seguinte distinção: na prova anômala segue-se procedimento previsto em lei, mas não o procedimento previsto para aquele meio de prova. Na prova irritual segue-se o procedimento previsto para o meio de prova, mas sem a observância do modelo previsto em lei".[38]

Bom exemplo, em direito comparado, do que aqui se afirma, vem de acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, que, especificamente, reconheceu a nulidade do processo que motivou o recurso extremo, porque não se observaram as regras impositivas do procedimento de reconhecimento do arguido, sendo certo que o objeto do recurso ao Tribunal Constitucional era o próprio questionamento dessa prova colhida de forma irritual.[39]

Colocada a importância das noções da tipicidade probatória, passa-se a enfocar, na sequência, o *agente infiltrado,* nos ordenamentos processuais penais português e brasileiro. Como se verá, é muito grave a percepção da *tipicidade* do meio de pesquisa de prova em Portugal e sua *atipicidade* no cenário brasileiro e, paralelamente a isso, como se corre o risco de perenizar, aqui, a indistinção entre *agente infiltrado* (meio de busca de prova típico e admissível em Portugal) e *agente provocador* (meio de pesquisa de prova inadmissível, porque ofensivo às regras de proibição de prova de lá).

Como disse o Tribunal Constitucional português em acórdão publicado em 1998, além de haver uma separação "por vezes, bem tênue" entre agente infiltrado e agente provocador, é "inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética".[40]

38. Idem, p. 155.

39. Tratou-se do Processo 778/2000, que gerou o Ac. 137/01, de relatoria da Conselheira Maria dos Prazeres Pizaro Beleza, e foi julgado em 28.03.2001. Interessante como, efetivamente, as noções de *irritualidade* e *anomalia* se tocam.

40. Tribunal Constitucional, Ac. 578/1998, decorrente do Processo 835/1995, publicado em 26.02.1999. Entre outros pontos relevantes, no aludido

No Brasil, a atipicidade desse meio de produção de prova é força-motriz da inadmissibilidade da informação por ele trazida ao processo, depois de identificada a fonte de prova e introduzido o elemento pelo meio próprio.

3.1 Ainda, do auxílio das noções da tipicidade processual no campo probatório: especificamente sua abrangência aos meios de pesquisa de prova

Não se percebeu detalhamento doutrinário (salvo honrosas exceções), e menos ainda jurisprudencial, sobre possíveis razões (se é que existem) da abrangência dos conceitos formulados pela tipicidade probatória aos meios de pesquisa de prova. O que se viu, aparentemente por razões sistemáticas mais ou menos atreladas ao sistema normativo (exemplo: sistemas italiano e português têm, cada um, capítulos específicos nos respectivos Códigos de Processo Penal, para *meios de prova* e *meios de pesquisa de prova*[41] sendo certo que o último deles tem, ainda, disposições específicas, na Constituição e no próprio Código, afetas às *provas proibidas*), foi uma defesa do atrelamento, aos meios de *pesquisa de prova* das lições pertinentes aos meios *de prova*. Assim, destacadamente, são as lições de Laronga[42] e Marinelli.[43]

acórdão, decidiram seus conselheiros que "o que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário da investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito".

41. Como espera-se venha a ter o Código de Processo Penal brasileiro projetado, ora em trâmite no Congresso Nacional, decorrente do anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas (lá, apesar de todas as muitas modificações propostas no âmbito do processo legislativo ainda em curso, *meios de prova* e *meios de obtenção de prova* têm capítulos autônomos dentro do título específico da *prova*).

42. "Più vocci dottrinali estendono il concetto di atipicità anche ai mezzi di ricerca della prova. (...) La questione circa l'ammissibilità di mezzi di ricerca della prova, sembra rilembrare nella più ampia problematica concernente l'ammissibilità o mezzo di attività di indagine non disciplinate dalla legge. E la dotrina ha esattamente rilevato l'estensione alle indagini preliminari delle disposizioni generali collocate nel titolo I del libro sulle prove, e quindi anche dell'art. 189 CPP, che costituiscono un vero e proprio catalogo dei principi-guida da osservarsi in materia probatoria, como tali logicamente

Para esta parte,[43] partindo-se da noção de tipicidade probatória a abranger tanto os meios de prova quanto os meios de pesquisa de prova, o posicionamento a se firmar sobre a *tipicidade* dos últimos é ainda mais importante na medida em que neles se lida com elemento-surpresa, e se levam a efeito medidas que – como não é incomum – não são feitas em juízo; nem na presença do juiz, e nem muito menos implementadas diretamente por algum dos sujeitos processuais parciais.

A pauta da *tipicidade probatória*, portanto, como decorrência da legalidade, é de ser seguida com ainda maior rigor no seio das medidas de pesquisa de prova porque, também, só aqui o imputado conta em seu desfavor com elemento-surpresa, e, como se vê amiudadas vezes, ainda que não nos pareça ser esse um elemento de caracterização dos meios de pesquisa de prova[44] – neles há com grande frequência, limitação direta a direitos individuais (exemplo: suspensão da inviolabilidade do sigilo comunicacional em caso de interceptação telefônica; suspensão da

applicabili "all'intero arco del procedimento, anche in via analogica, fuorché nei casi in cui norme speciali dettate per le diverse fasi, o peculiari previsioni di legge, non le deroghino" (ob. cit., p. 29-30). Em tradução livre: "Muitas vozes na doutrina estendem o conceito de atipicidade até aos meios de pesquisa da prova. (...) A questão sobre a admissibilidade dos meios de pesquisa da prova, parece relembrar a mais ampla problemática concernente à admissibilidade ou meio de atividade de investigação não disciplinado na lei. E a doutrina tem exatamente relevado a extensão à investigação preliminar das disposições gerais colocadas no titulo I do livro sobre provas, e portanto também do art. 189 do CPP, que constituem um verdadeiro e próprio catálogo dos princípios-guia de se observar em matéria probatória, como tais logicamente aplicáveis "ao inteiro arco do procedimento, até em via analógica, exceto nos caos em cujas normas especiais ditarem para as diversas fases, ou peculiares previsões legais não o derrogarem."

43. "la giurisprudenza ha accolto una nozione lata di 'prova atipica', idonea ad abbracciare i mezzi di ricerca della prova non codificati" (Ob. cit., p. 111). Em tradução nossa: "a jurisprudência acolheu uma noção larga de 'prova atípica', idônea a abraçar os meios de pesquisa de prova não doficidados".

44. É Tonini quem sintetiza quatro aceitáveis – admitida a distinção sistemática entre os sistemas processuais penais italiano e brasileiro – características dos *meios de obtenção de prova:* o meio de obtenção de prova visa adquirir elemento probatório pré-existente ao desenrolar do processo; podem ser produzidos, além de pelo juiz e partes, por polícia judiciária na fase da investigação; baseiam-se no fator "surpresa"; são juntados diretamente nos autos, haja vista sua irrepetibilidade. *A prova no processo penal...* cit., p. 242-243.

inviolabilidade do sigilo domiciliar em casos de buscas e apreensões), o que não se vê, também, com os meios de prova.

Tudo para, a partir de uma justificativa que nos parece adequada a estender os conceitos desenvolvidos de tipicidade probatória aos meios de pesquisa de prova, para na sequência, centrarmos no problema do *agente infiltrado*. A proximidade com os núcleos de cada direito fundamental envolvido, a fase prodrômica em que as diligências ocorrem, a circunstância de não serem efetuadas – o que se vê diuturnamente – por sujeitos processuais mas sim por outros órgãos, tudo justifica que as cautelas processuais sejam ainda maiores do que as previstas para os meios (típicos ou não) de prova. Eis algo a se defender: se maior o risco de ofensa ao direito; maior o cuidado no atuar estatal; cercando-o e limitando-o.

4. Lições do direito português a respeito do agente infiltrado – tipicidade do meio de pesquisa de prova

Isabel Oneto toma o agente infiltrado, já a partir da Lei 101/2001 daquele país, como "o agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas actividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar factos típicos sem, contudo, os poder determinar".[45]

Outra autora portuguesa que recentemente abordou o tema, Sandra Pereira, conceituou o agente infiltrado como "aquele sujeito (agente da autoridade ou terceiro por si comandado) que não determina outrem à prática do crime, mantendo-se à margem da formação da vontade de cometer o ilícito criminal. Limitar-se-á a observar a eventual prática de crimes e, se necessário, acompanhará a execução dos mesmos".[46]

De sua sorte, Manuel Monteiro Guedes Valente toma a figura como técnica de investigação excepcional e conceitua o tal agente como "funcionário de investigação criminal ou terceiro, por exemplo, o cidadão particular, que actue sob o controle da Polícia Judiciária que,

45. *O Agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p. 150.

46. Pereira, Sandra. A recolha de prova por agente infiltrado. *Prova criminal e direito de defesa*. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coords.). Lisboa: Almedina, 2010, p. 143.

com ocultação da sua qualidade e identidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à prática de novos crimes".[47]

A sempre repetida, mesmo entre os portugueses, lição de Manuel Augusto Meireis, quanto ao conceito de *agente infiltrado*, é por ele assim resenhada em artigo recente: "aquele agente da autoridade, ou cidadão particular que actue de forma concertada com a polícia, e que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou então simplesmente para a obtenção da notícia do crime, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, de forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe".[48]

Já se pode ver, dessa doutrina e também de outra, valiosíssima, de Manuel da Costa Andrade, que o encaminhamento da questão em Portugal passa por uma difícil separação conceitual e casuística do que seja o *agente infiltrado* (lá admitido) em comparação com o *agente provocador* (lá vedado) – e sobre o qual o conhecido autor tanto falou, referindo-se ao chamado *Lockspitzel* alemão.[49]

Sobre a separação entre agente *infiltrado* e agente *provocador*, repetidas vezes analisada pela doutrina portuguesa,[50] é que se centrou um

47. Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2009, t. I, p. 514-515.

48. Meireis, Manuel Augusto. Homens de Confiança. Crise na justiça. Reflexões e contributos do processo penal. *Actas do colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*. Direcção e Coordenação Branca Martins da Cruz. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007, p. 82.

49. Andrade, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992, p. 220-237.

50. Costa, Eduardo Maia. Agente Provocador – Validade das provas. Sentença de 9 de junho de 1998 – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro contra Portugal). *Revista do Ministério Público*, n. 81, ano 21, jan.-mar. 2000, p. 155-174. Costa, Eduardo Maia. Agente provocador/ agente infiltrado. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. *Revista do Ministério Público*, n. 93, ano 24, jan.-mar. 2003, p. 161-172. Justo, Ana Rita de Melo. Proibição da Prova em processo penal:

marco no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a saber: a vedação ao *último* como meio de pesquisa de prova, o que se deu, emblematicamente, em caso de cidadão português que tinha esgotado as instâncias daquele país com a separação entre o *infiltrado* e o *provocador*.[51]

A dificuldade em se separar o *infiltrado* do *provocador* significa preocupação que se deve tomar sob o ponto de vista da *tipicidade processual*, do que se falará ainda, quando se tratar do regime brasileiro ora vigente de agente infiltrado. É que, como diz com toda a razão a magistrada portuguesa Fátima Mata-Mouros – que tem o mérito, também, de trazer luz ao tema sob o ponto de vista de conceituá-lo como "meio de aquisição de prova no processo penal,[52] e, depois no mesmo texto, tomá-lo corretamente por método excepcional de aquisição de prova – para combater práticas excepcionais, exigem-se meios excepcionais, dir-se-á. Eu acrescento: para meios excepcionais há que tomar cautelas adicionais!".[53]

O ordenamento português prevê ainda, no meio (específico) de pesquisa de prova, um âmbito específico de admissibilidade (art. 2.°, Lei 101/2001),[54] em enumeração taxativa que, se ultrapassada, redunda

o agente provocador. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, ano 16, Coimbra: Ed. Coimbra, jul.-set. 2006, p. 497-512.

51. Trata-se, como se sabe, do caso *Teixeira de Castro,* julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Application 44/1997/828/1034*, Estraburgo, 09.06.1998), que redundou em condenação do Estado Português. O julgamento rendeu, sobre a separação conceitual entre quem seja o *infiltrado* e o *provocador,* interessantíssimo livro, escrito pelo advogado que atuou na causa, Loureiro, Joaquim. *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1.° acórdão do T.E.D. Homen – 9. junho. 1998. Condenação do Estado Português*. Lisboa: Almedina, 2007.

52. E, portanto, não incorreu no erro aparentemente praticado por Germano Marques da Silva que, em seu *Curso de processo penal* tratou do tema quando abordou os *meios de prova* e não os *meios de obtenção da prova* (Ob. cit., p. 159-163).

53. Mata-Mouros, Fátima. O agente infiltrado. *Revista do Ministério Público*, n. 85, ano 22, jan.-mar. 2001, p. 107-111.

54. "As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes: a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que

na ilicitude da informação decorrente de tal meio de obtenção de prova, como ressalta acatada doutrina que sobre a lei vigente se debruçou.[55]

Sobre o catálogo dos crimes elencados, Isabel Oneto pondera, em sentido restritivo do meio excepcional de busca de prova do que agora se cuida que: "em primeiro lugar, a existência de sérios indícios de que um dos crimes do catálogo foi cometido ou está em vias de ser consumado; em segundo lugar, quando os indícios revelarem igualmente que a sua comissão se enquadra no âmbito de *terrorismo* ou *criminalidade* grave

corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; e) Organizações terroristas e terrorismo; f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; i) Associações criminosas; j) relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; l) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; q) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem; r) Relativos ao mercado de valores mobiliários".

55. Dizem, com propriedade, Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente que se for extravasado o âmbito do art. 2.º da Lei 101/2001, "o recurso à figura do agente infiltrado é legalmente inadmissível sendo, consequentemente ilícito e, por isso, as provas assim obtidas são provas proibidas face, desde logo, ao art. 125 do CPP, que estabelece que só são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. Acresce ainda que as provas assim obtidas são recondutiveis aos "métodos proibidos de prova", de acordo com o disposto na última parte da alínea a) do n. 2 do art. 126 do CPP, do mesmo diploma legal – utilização de meios enganosos –, sendo, por isso, nulas, não podendo ser utilizadas, n. 1 do mesmo preceito legal, a não ser para o seguinte e exclusivo fim de: proceder criminalmente contra quem as produziu, nos termos do n. 4,do referido art. 126 do CPP" (*O novo regime jurídico do agente infiltrado. Comentado e anotado – Legislação complementar*. Lisboa: Almedina, 2001, p. 43-44.

ou altamente violenta, de acordo com o fundamento teleológico do seu regime jurídico, traçado por opções de política criminal face às consequências da globalização do fenômeno criminal."[56]

Eis aí outro indicativo da necessária segurança – cautela, como disse Fátima Mata-Mouros – que deve cercar o uso do meio excepcional de produção de prova; que poderia, no Brasil, ser obtida ou perseguida com o auxílio da noção de tipicidade probatória. Mas há, ainda mais – que foi feito em Portugal e não o foi no Brasil.

O direito português trabalha com a noção de *proporcionalidade* e prazos rígidos procedimentais no plano dos requisitos do tal meio de busca de prova. Assim, logo na alínea 1 do art. 3.º da Lei 101/2001, prevê-se que "as acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais[57] identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais, quer àquelas finalidades, quer à gravidade do crime em investigação".

Na alínea 3 do mesmo art. 3.º, prevê-se que "a realização de uma acção encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público,[58] sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes".

Sobre o relatório a ser entregue pelo *infiltrado* à autoridade judicial, prevê-se prazo máximo de quarenta e oito horas após o encerramento da ação (art. 3.º, alínea 4), o que se mostra, mais uma vez dando coro à doutrina de Isabel Oneto, fundamental. É que, como diz a autora, "a

56. Oneto, Isabel. Ob. cit., p. 187.

57. Sobre a dura colocação de Costa Andrade sobre o uso do *homem de confiança* – aqui, agente infiltrado – como meio de *prevenção penal*, que extravasam os limites dessa nossa abordagem, consultar, com proveito, a obra *Sobre as proibições de prova no processo penal*... cit., p. 233-234. Que sirva, de toda forma, de provocação a um novo debate, nessa passagem, a ácida consideração de Meireis: "O inimigo tem que começar a ser vigiado à mínima suspeita" (Ob. cit., p. 80).

58. O sistema processual penal português trabalha com a ideia de autoridades judiciárias conceitualmente distintas de juízes (art. 1.º do CPP), como, sintomaticamente, a ideia de Ministério Público como diretor do inquérito policial, âmbito no qual pode tal órgão *delegar* funções investigativas à polícia judiciária (a respeito disso,ver, destacadamente, arts. 53 e 263 daquele Código processual).

exigência processual de comunicação à autoridade judiciária dos actos praticados ao abrigo de autorização tem subjacente duas imposições – a primeira, dirigida à entidade policial, no sentido de a vincular aos precisos termos em que a autorização foi concedida; a segunda, destinada à autoridade judiciária, impondo-lhe a obrigação legal de aferir a conformidade da acção desenvolvida ao âmbito e limites constantes da autorização concedida".[59]

O relatório a ser entregue ao juiz que fiscaliza a ação do agente infiltrado é importante, porque, conforme lição de Isabel Oneto – mesmo que não tenha a autora dito uma só palavra acerca da conceituação do agente infiltrado como *meio de pesquisa de prova* – permite ali ver um "labor que exige cautelas redobradas, porquanto o seu controlo foge, em regra, ao escrutínio dos restantes sujeitos processuais. Como a lei expressamente consagra, o relato só é junto aos autos quando for 'absolutamente indispensável.' Nem o arguido nem o assistente terão, a maior parte das vezes, conhecimento da sua existência."[60]

Prevê a lei portuguesa que rege a matéria, também, a hipótese do testemunho do agente infiltrado em processo penal, com incidência, ainda, de norma especial de *proteção de testemunhas* (art. 4.°, alíneas 3 e 4, com remissão à Lei 93/1999),[61] e bem assim, ainda, o prazo fixo inicial de 6 meses prorrogável uma única vez (art. 5.°, alínea 3) em que o agente pode se valer, para os fins investigativos e civis, de identidade fictícia.

É fácil ver que em Portugal a previsão do agente infiltrado, ou bem ou mal, é *típica*. Não se questiona aqui se a própria ideia do meio de obtenção de prova é *constitucional* ou, para falar com os portugueses, redunda em *prova proibida*,[62] mas se alerta ao que virá, na sequência,

59. Oneto, Isabel. Ob. cit., p. 192.

60. Idem, ibidem.

61. Que, em Portugal, é a lei que define um quadro de proteção às testemunhas.

62. Fátima Mata-Mouros beira à reprovação *tout court* do meio de obtenção de prova: "doutrinariamente polémica, por a reconduzir a métodos enganosos de obtenção de prova, o certo é que a consagração da figura do agente infiltrado (como a do homem de confiança em geral e os demais instrumentos excepcionais de prova, de que se destaca aqui as entregas controladas) apenas foi tolerada pelo legislador porque este entendeu que o necessário controlo da autoridade judiciária sobre os respectivos actos de colaboração seria garantia suficiente da contenção da sua utilização, ao

para o Brasil: a tipicidade processual é o mínimo que se deve exigir, com previsões de procedimento, de fiscalização judicial, prazos, limites de atuação do agente, hipóteses de admissão ou vedação de colheita de seu testemunho; enfim, uma tábua normativa que dê segurança ao *agente* – que corre risco que "não é comum, mas sim anormal"[63] e ao investigado – no que se lhe deve resguardar de liberdade de autonomia de determinação, como decorrência natural de sua inata dignidade. Afinal, só não vê quem não quer que "no processo de infiltração, o agente infiltrado leva o suspeito a, involuntariamente, produzir prova contra si próprio o que ofende a liberdade de declaração e a garantia da não auto-incriminação; além disso, e como vimos, fá-lo entrando na sua vida privada, nas suas relações de amizade, nos seus momentos menos públicos, na sua casa e, eventualmente, no seio da sua família e tudo sem revelar a sua identidade e qualidade".[64]

Nenhuma dessas preocupações é o que se vê no panorama brasileiro e não se resigna com o perceptível marasmo intelectual – salvo exceções que fazem jus ao substantivo que as acompanha: *exceções* – ante tão polêmico e agressivo meio de pesquisa de prova.

5. Agente infiltrado no direito processual penal brasileiro: a desatenção quanto à sua *natureza jurídica* e à *tipicidade probatória*

Dentre aqueles que estudaram o tema, tirante a ideia de que uma faceta de critério da proporcionalidade poderia, no limite, legitimar a valoração de prova *ilícita pro societate*,[65] percebe-se certa postura crítica quanto à falta de previsão procedimental da Lei 9.034/1995 com as alterações que lhe deram a Lei 10.217/2001, e a Lei 11.343/2006.

mesmo tempo que assegurava a garantia dos direitos fundamentais. Sendo assim é preciso não descurar esse controlo: por parte do procurador, no primeiro caso, e por parte do juiz, no segundo!" (Ob. cit., p. 119).

63. Gonçalves, Fernando et alii. Ob. cit., p. 102.

64. Meireis, Manuel Augusto. Ob. cit., p. 83.

65. Pereira, Flávio Cardoso. A Moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. *Limites constitucionais da nvestigação*. Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 120.

Não se nota, contudo, na maioria dos autores consultados,[66] firme posicionamento quanto à natureza jurídica do agente infiltrado no campo probatório – *se meio de prova ou meio de pesquisa/obtenção de prova* – o que já dificulta chegar a consequências mais precisas, e não se nota preocupação analítica a partir das indicações de *tipicidade probatória*. Ambas as deficiências acarretam incerteza no posicionamento dos Tribunais.

No estudo de Flávio Pereira sobre *agente infiltrado*, a premissa é a já conhecida – que, como um dogma, i.e., ponto de partida inafastável – de que "torna-se necessário que agentes vinculados ao Estado se introduzam no âmago de uma organização criminosa para permitir uma eficaz persecução investigatória".[67] No texto, o autor traz três críticas às confusas legislações brasileiras acerca do assunto: a primeira é quanto à abertura, na Lei 9.034/1995, aos órgãos de inteligência, e não somente aos quadros policiais terem agentes seus *infiltrados* no âmbito de organizações criminosas,[68] a segunda se dirige à falta de exigência de auto-

66. Superficialidade que se vê, por exemplo, em Guilherme de Souza Nucci, em seu *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo:Ed. RT, 2007, p. 254. Ao contrário, tiveram o cuidado de tomar a medida como *meio de obtenção de prova* (Pacheco, Rafael. *Crime organizado. Medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 143) e, como parece da leitura da abordagem que dá ao tema, Guilherme Madeira Dezem, nos comentários que fez à Lei 9.034/1995 em obra conjunta. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157-158. Claramente, dele tratou como *meio de obtenção de prova* o professor Antonio Scarance Fernandes. Ob. cit, p. 209 e 232.

67. Pereira, Flávio Cardoso. Ob. cit., p. 112. A cantilena é conhecida de todos aqueles que se preocupam com as garantias conquistadas, com passagem de séculos, no processo penal. Vale ver, como outro reprodutor dessa "necessidade" de maior intervenção penal nos direitos individuais; Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Viés crítico e preocupado em desmistificar o moto contínuo que se tornou o argumento da *necessidade de mais invasão no âmbito de direitos fundamentais* em prol de uma noção porosa e, por isso, em si mesma *insegura*, de *segurança*; Beck, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004.

68. Lei 9.034/1995: "Art. 2.º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização

rização judicial para a infiltração como disciplinada na Lei de drogas,[69] e a terceira é uma dura – com a qual aqui se concorda – crítica quanto à inexistência de previsão, nas duas leis brasileiras que regulam o assunto, de prazo de duração da *infiltração*.[70]

Enquanto Ricardo Alves Bento parece ligar a figura do *agente infiltrado*, necessariamente, aos quadros policiais e, por isso, critica a participação, como *infiltrados*, de pessoas não constantes dos quadros policiais,[71] o promotor de justiça em São Paulo Luiz Otávio de Oliveira Rocha, ainda que também não se socorra, explicitamente, da teoria da tipicidade processual no campo probatório, pondera, no que se refere ao agente infiltrado, que: "o legislador brasileiro, contrariando a tendência que vem se firmando nas legislações da maioria dos países democráticos, não fixou critérios básicos para o emprego do recurso a 'infiltração', quer no sentido de limitar sua utilização (via de enumeração taxativa das hipóteses em que é permitida, fixação do tempo e duração da ação dos infiltrados e, ainda, a expressa menção aos critérios da proporcionalidade/necessidade que devem norteá-la), quer no sentido de viabilizá-la na prática (com a criação de mecanismos de proteção aos agentes – como o direito de uso prolongado ou permanente de identidade falsa atribuída durante a operação de infiltração, o de retirar-se para ocupar funções diversas, temporária ou permanentemente, em caso de risco pessoal ou aos familiares, o de engajamento, exclusivamente, por voluntariedade, o de obtenção de outras vantagens funcionais etc. – e, especialmente, da introdução de causa de justificação especial ou escusa absolutória, para os casos em que se vislumbrar com anterioridade a hipótese de que o agente se veja obrigado ao cometimento de determinadas infrações".[72]

judicial. Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração".

69. Lei 11.343/2006: "Art. 53.º Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes (...)".

70. Pereira, Flávio Cardoso. Ob. cit., p. 115-120.

71. Bento, Ricardo Alves. *Agente infiltrado. Busca pela legitimação constitucional. Limites Constitucionais da Investigação*. Ob. cit., p. 344-346.

72. Rocha, Luiz Otávio de Oliveira. Agente infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, n. 5, ano 3, Porto

No que tange à inclusão de agentes "de inteligência" em infiltração, entende o último autor que, caso não ajuste sua participação às investigações formais em curso – *a contrario sensu*, se estiverem eles exercendo, nas palavras do autor, "vigilância e controle das atividades dos cidadãos de forma prospectiva, sem outra razão que não a de obter informações sobre sua vida privada, para eventual descobrimento de fatos relevantes ou não" – haverá vício material de inconstitucionalidade da previsão da Lei 9.034/1995. Caso, contudo, a tal participação, além de não ter o caráter prospectivo aqui falado, vir acompanhada de autorização judicial e houver lei que discipline suas funções investigatórias, com previsão, também procedimental da atuação, o vício inexistirá.[73]

O ponto é interessante porque com o Dec. 4.376/2002, que dispõe sobre a organização e o funcionamento do *Sistema Brasileiro de Inteligência – Sisbin*, chega-se a conceituar, no seu art. 2.º, a atividade de inteligência como aquela de "análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado", o que torna – pela falta de delimitação típica da Lei 9.034/1995, e pelo objeto indicado na norma do Sisbin – nítida a inconstitucionalidade de se prever tal *membro da inteligência* para atuação no âmbito processual penal.[74]

Percebeu-se, na doutrina pesquisada, quem tenha se preocupado com a noção, ainda que não no sentido desenvolvido neste texto, de *tipicidade* da figura do agente infiltrado, como fez Luiz Otávio de Oliveira Rocha, ao cobrar cuidado, quanto aos critérios *lógicos* (necessidade e proporcionalidade), *temporais* (atuação com prazos máximos de duração) e *valorativos* (exclusão de responsabilidade penal em algumas situações).[75]

Alegre Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, jan.-abr. 2002, p. 49-68.

73. Idem, ibidem.

74. É o que diz, também, o agente policial federal Rafael Pacheco que, no estudo do tema, sustentou a inconstitucionalidade por ofensa ao art. 144 da CF/1988. *Crime organizado. Medidas de controle e infiltração policial.* Curitiba: Juruá, 2009, p. 115-117.

75. Idem.

Por fim, não passam em branco as observações críticas de Geraldo Prado à disciplina do *agente infiltrado* no Brasil. Ainda que o conhecido magistrado não tenha tratado da matéria sob o prisma da *tipicidade probatória* e do *meio de produção de prova*,[76] apresentou preocupação pertinente no sentido de que "a infiltração representa verdadeira autorização em branco, dada pelo juiz, para que o agente infiltrado ingresse nos mais variados domicílios, suspeitos ou não de abrir provas de infrações penais, independentemente do exame judicial prévio de estrita necessidade, adequação e proporcionalidade em cada oportunidade! Mais grave: a lei permite que o agente infiltrado não integre os corpos das polícias responsáveis pela investigação criminal, indiciando perigosa tendência de militarização da tarefa de persecução penal, sem embargo de uma nociva espécie de cooperação penal internacional, que poderá comprometer nossa soberania."[77]

O não enfrentamento da questão à luz da natureza jurídica do *meio de pesquisa de prova* e à luz da *tipicidade processual* trouxe consequências na aplicação dos dispositivos da norma pelos Tribunais. É o que se vê, por exemplo, da leitura de julgado advindo do TJRS, que tomou por *agente infiltrado* a figura vedada – em direito comparado, pelo menos – de *agente provocador*. Disseram os desembargadores da 3.ª Câm. Crim. daquela Corte, ao julgarem a ApCrim 70006149348, que o agente policial – que adentra favela na companhia de repórter de televisão e finge ser comprador de entorpecentes, atua como *infiltrado* e não como *provocador*.[78]

76. Disse o cultuado magistrado e professor carioca: "a questão da eficácia destes instrumentos encobre os efeitos negativos que o cotidiano da justiça criminal no Brasil não cansa de constatar: a ausência de controle real sobre os agentes encarregados da investigação criminal, quando estes são os únicos responsáveis pela gestão das técnicas de investigação que invadem o âmbito privado das pessoas, atua como forte fator de corrupção de violência, degradando as relações entre a população e as autoridades". PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

77. Geraldo Prado. Ob. cit., p. 134-136.

78. Os diálogos mantidos com o tal "infiltrado" e o suposto vendedor são eloquentes no sentido de caber dentro da moldura *típica* do agente provocador: *não havia, no local, qualquer substância entorpecente e, após*

A falta de precisão conceitual no âmbito normativo para separar o *agente infiltrado* do *agente provocador*, além da insegurança ínsita a alguns julgados, chega a provocar, também, perceptível acomodação retórica com a qual não se pode concordar, consubstanciada em repetitiva passagem de votos pelo TJMG, quando nem mais se preocupa em distinguir uma figura da outra na medida em que: "ainda que assim não fosse, penso que em se tratando de crime de tráfico de drogas não ocorre flagrante preparado, pois o delito já estava consumado quando da abordagem dos policiais, visto tratar-se de crime permanente. No momento da abordagem policial, ainda que tivesse havido algum induzimento por parte dos milicianos, o réu já guardava ou ainda trazia consigo a substância entorpecente".[79]

Dois julgados recentes do TRF-2.ª Reg., ambos da relatoria do Des. Abel Gomes, são emblemáticos da insegurança no tratamento da matéria

convencer o imputado de se tratar de um possível consumidor, aquele manda trazer a substância então vendida (ApCrim 70006149348, rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 22.05.2003). No mesmo molde, podendo ser tomado como exemplo de julgamento em que se tomou o agente *provocador* como *infiltrado* – o que, acredita-se, pode decorrer da falta de clareza de cada uma das figuras que bem poderia estar no plano normativo, o acórdão do TJSP na ApCrim 1.023.868.3/1-00, rel Des. Péricles Piza. É emblemático ver que efetivamente, de *infiltrado* não se pode cogitar, a partir das seguintes passagens do voto: "referido policial, Niccolini, passou a frequentar o local acabando por demonstrar interesse na compra de drogas, acertando com o réu Dimas, transação a respeito. Compraria um quilograma de cocaína, mediante pagamento de seis mil reais. (...) No caso, o réu já exercia a ilícita atividade, a qual foi objeto de delação, dando ensejo a que a polícia pudesse investigar a ocorrência do crime em questão, agindo o policial não como agente provocador de crime, mas como agente infiltrado e, constatada a procedência daquela denúncia, a consumação do estado de flagrância, a ensejar a prisão do réu" (j. 14.08.2007). Aqui, parece óbvio que *não fosse o policial ter ido até o local para, lá, adquirir a droga*, não teria havido o flagrante do tráfico – e deveria haver outro motivo para se decretar a flagrância de quem *mantém consigo* a substância entorpecente. Parece até que com casos assim, está o Brasil a revivescer o caso *Teixeira de Castro*, acima já comentado, que gerou condenação, pelo TEDH, a Portugal.

79. Confiram-se: ApCrim 1.0040.08.072996-1/001, 3.ª Câm. Crim., rel. Des. Paulo Cézar Dias, j. 14.04.2009; ApCrim 1.0024.08.095664-2/001, 3.ª Câm. Crim., rel. Paulo Cézar Dias, j. 19.01.2010; ApCrim 1.0518.07.123026-3/001, 3.ª Câm. Crim., rel. Paulo Cézar Dias, j. 28.04.2009. Em todos os casos, o que vale ressaltar é a repetição dessa fórmula geral, que tira o compromisso do órgão judiciário de distinguir uma coisa da outra.

e a consequência que isso pode causar. Pelo primeiro deles, de dezembro de 2008, preferiu Sua Exa. jogar sobre os ombros do impetrante do *habeas corpus* o ônus da prova da ilegalidade da medida porque "a Lei 9.034/1995 autoriza a sua adoção quando se tratar de investigação sobre organização criminosa, sendo certo que o impetrante sequer mostrou por qualquer meio idôneo e inconteste de prova pré-constituída, que a medida foi determinada e executada com violação das regras constitucionais e processuais vigentes, não bastando mera alegação de ilegalidade".

Na sequência da fundamentação do voto, não se falou mais, especificamente, em *agente infiltrado*, mas apenas da relação que haveria entre a Lei 9.034/1995 e a Convenção de Palermo. Ainda daquele caso, por ter sido arguida a ilegalidade da assim chamada "exploração de local" por parte de agentes da polícia federal, pontuou o relator – com indiscutível pertinência à noção de tipicidade de meios de busca de prova em gênero – "os meios de investigação criminal não se limitam a uma compreensão literal do que dispõe o Código de Processo Penal. E mais, na linha da persecução penal profícua, adentrar um determinado local com vistas a colher elemento de prova ainda encontra previsão implícita no art. 240, parágrafo 1.º, *h*, do CPP".[80]

Quase seis meses depois, em julgado de maio de 2009, o citado Tribunal enfrentou – lateralmente – a questão do agente infiltrado para distingui-lo de outras assim chamadas *figuras que acabam por colaborar com a persecução penal*, com passagens que, sob o ponto de vista da tipicidade, são curiosas: "umas de acordo com a estrita legalidade exigida, em razão das circunstâncias, e outras suficientemente amparadas pela inexistência de vedação legal, a que possam fazer aquilo que a lei não proíbe (no caso colaborar com a Polícia), assumindo, ainda, à responsabilidade constitucional dada ao cidadão pelo art. 144 da CF/1988 de colaborar com a segurança pública (acusado colaborador ou arrependido, informante, denunciante anônimo e agente infiltrado)".[81]

Há, ainda, julgado recente do TRF-1.ª Reg.[82] que é emblemático do risco que propicia a falta de tipicidade legal do tal meio de produção de

80. HC 2008.02.010.019245-7, 1.ª T., rel. Des. Abel Gomes, j. 17.12.2008.

81. HC 2000.51.01.500001-0, 1.ª T., rel. Des. Abel Gomes, j. 15.05.2009.

82. HC 2009.01.00.027158-0, 4.ª T., rel. Juiz Convocado Klaus Kuschel, j. 06.10.2009 (chamativo que no caso a opinião da Procuradoria Regional

prova, na medida em que teve de se defrontar – e o fez de maneira insatisfatória porque permitiu interpretar a figura do *agente* ora como *infiltrado,* ora como *perito,* ora, até, com *litigant amicus*[83] – com a tormentosa figura do *agente infiltrado* em caso no qual, sequer, cogitava-se de *organização criminosa*; e no qual, sequer, indicou-se por quanto tempo perdurou o narrado auxílio dado ao membro do Ministério Público; e ainda, nem mesmo, se havia autorização judicial para tal atuação.

As dúvidas de interpretação que este último caso gera, somadas ao posicionamento inseguro e despreocupado com as noções repetidas neste texto, tornam premente a análise do *agente infiltrado* à luz dos dois critérios básicos de natureza jurídica e tipicidade probatória – pois daí vêm possíveis consequências quanto à inadmissibilidade dos elementos de informação.

6. Consequências do reconhecimento da atipicidade do meio de busca de prova: sugestões propostas

A potencialidade danosa decorrente do uso sem regras preestabelecidas do excepcional meio de obtenção de provas fala por si.

Nesse sentido, voz de Marcelo Mendroni, da qual aqui se discorda, para quem "além da evidente possibilidade de servir como testemunha, entendemos que o mandado judicial pode conter, extensivamente, autorização expressa para que o agente, sendo favoráveis as condições e sem risco pessoal, apreenda documentos de qualquer natureza, desde papéis a arquivos magnéticos; e, dispondo de equipamentos correspondentes, realize filmagens, fotografias e escutas, ambientais e telefônicas. São meios de prova dos quais a Polícia não pode prescindir e nada os impede, ao contrário, tudo favorece, sejam realizados pelo agente mediante expressa e prévia autorização judicial. Seria, a contrário senso, absolutamente inviável a necessidade de que o agente tivesse que buscar autorização judicial para cada situação vivida na infiltração, não só pelo evidente risco de *periculum in mora*, mas também pela absoluta

da República era pela *concessão da ordem*; mas essa foi denegada, não sem inflamadas passagens valorativas ao longo do voto do relator).

83. Uma figura que se aproxima a um *amigo de uma das partes* (no caso, do Ministério Público – como parte na relação processual; o que efetivamente é), pois nem de perícia se poderia cogitar uma vez que a função confessada do tal *agente* como indicado longamente no julgado seria auxiliar o próprio Ministério Público.

impossibilidade fática. São também providências que se encaixam com o princípio da proporcionalidade, pois se o agente pode estar infiltrado no meio dos criminosos, não há razão para que não possa, via de extensão e em compatibilidade com a sua função investigativa, recolher as provas que forem possíveis à demonstração cabal da situação criminosa vivenciada."[84]

A passagem é um emblemático exemplo – *e haja "proporcionalidade"*[85] para permitir tão larga interpretação em matéria de restrição a direitos fundamentais! – dos danos que seguramente advêm do uso desmesurado, desregrado, extensivo, da medida excepcional de busca de fonte de prova. Não se concorda em defender, em sede de medida nitidamente invasiva e na qual o limite da lealdade como característica do próprio Estado no combate às práticas criminosas (necessariamente desleais), uma *extensão* de tais atividades.

Em rigor técnico, pode-se sustentar da análise do ponto de vista do autor que o *agente infiltrado* poderia se prestar a cometer não uma só, mas *várias* (e quantas vezes possível) *anômalas* e até *irrituais* diligências de meio de busca de prova. É ver: supor que o agente possa *proceder a buscas e apreensões* é medida irritual à luz do regramento específico dos arts. 240 e ss. do CPP; supor que possa, ele, proceder às interceptações e captações ambientais, idem, à luz da Lei 9.296/1996 e, mesmo, da Lei 9.034/1995, que *não à toa* prevê *distintamente* a figura do agente infiltrado (art. 2.°, V), das captações (art. 2.°, IV); e para cada medida demanda-se, ao menos em princípio, uma específica – e circunstanciada – decisão judicial (tanto assim que o parágrafo único do tal art. 2.° se refere *somente* à hipótese da infiltração e não da captação).

6.1 A analogia

Para se evitar interpretações que tais, nota-se opinião pela aplicação analógica – art. 3.°, CPP – com utilização dos procedimentos, no que

84. MENDRONI, Marcelo Batlouni, p. 111.

85. As aspas são propositais, pois já é tempo de, no Brasil, com tantos textos publicados sobre o tido por tantos como panegírico geral "princípio da proporcionalidade", começar-se a depurar o conceito para, então, ver onde o *princípio* (se *princípio* ou *regra* seria, isso mesmo, questão prévia a ser enfrentada) se aplica. É uma tormenta ler repetições convenientes de abordagens rasas e tendenciosas de matéria jurídica tão problemática quanto fundamental, qual seja, a norma jurídica da *proporcionalidade*.

possível, da Lei de Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/1996). Essa, a opinião, dentre outros, de Guilherme Madeira Dezem[86], Rafael Pacheco[87] e, também, Mário Sérgio Sobrinho.[88]

Compreendemos e elogiamos a ideia dos autores, de delimitar de alguma forma o uso, procedimentalizando-o na medida do possível e do que lhe seja parecido e cabível, do *agente infiltrado*. Mas com ela, *data venia*, não concordamos.

Um indicativo da não razoabilidade de se tomar analogicamente o procedimento da Lei de interceptações telefônicas para o caso do *agente infiltrado* se encontra em precedente do Tribunal Constitucional Português e o posicionamento doutrinário a respeito.

No Ac. 578/1998, decorrente do Processo 835/1998, datado de 14.10.1998, disse aquele Tribunal, pela voz do rel. Conselheiro Messias Bento, que eventual deslealdade no emprego dos agentes infiltrados é a mesma *deslealdade* vista em casos de interceptações telefônicas. O entendimento foi repreendido – a nosso ver com razão – por Sandra Pereira, que expôs que "a deslealdade, no caso dos agentes infiltrados, acarreta riscos que não se verificam nas escutas telefônicas. Desde logo, nas escutas telefônicas não há o risco de se instigar o agente a cometer o crime. O problema comum a estas situações será, entre outros, a invasão da reserva da intimidade da vida privada, no entanto, no que toca a níveis de deslealdade, elas não são totalmente equiparáveis. No caso dos agentes infiltrados, acrescenta-se um factor de risco que, de resto, é reconhecido no acórdão: a tênue fronteira entre a infiltração e a provocação".[89]

A notável distinção quanto aos riscos das atividades já afastaria a cogitação da analogia e, por isso, demandaria que a matéria fosse tratada, propriamente, no âmbito do regular processo legislativo.

86. *Crime organizado...* cit., p. 158.

87. Ob. cit., p. 120.

88. *O crime organizado no Brasil. Crime organizado – aspectos processuais.* Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 45. Quanto ao *prazo de duração da medida,* o autor se refugiou, como tantos e em tantas deparações de *hard cases*, no "princípio da proporcionalidade", e deixou claro no artigo seguir o mesmo raciocínio desenvolvido pelo Min. Joaquim Barbosa a partir do voto proferido no HC 85.575, *DJ* 16.03.2007.

89. Ob. cit., p. 146.

Mais ainda: o nível de intromissão à privacidade no caso de *agentes infiltrados* é superior ao previsto na Lei de interceptações telefônicas. Lembre-se, a respeito, não só da posição *passiva* de quem apenas *ouve* conversas quando se compara àquele que *se infiltra* em determinado grupo para lá colher qualquer tipo de informações; como também do risco (anormal, já se viu acima da doutrina portuguesa) que só o *infiltrado* corre, enquanto o *expectador* da interceptação não corre nenhum.

Por tudo isso, não é recomendável também se prever o meio de busca de prova do agente infiltrado como se ele se adequasse às previsões taxativas da vigente lei de interceptação telefônica, pois tal implicaria afirmar que meio potencialmente mais lesivo a direitos fundamentais – que portanto demandaria escrutínio severo quanto à aplicação[90] – coubesse em requisitos relativamente largos para a utilização, como é o caso das interceptações telefônicas e, por exemplo, a previsão de cabimento para todos os crimes apenados com reclusão (art. 2.º).[91]

Ao meio mais invasivo devem-se prever *mais cautelas*, e não *menos*, ainda que o raciocínio daqueles que advogam essa tese tenha a virtude de impedir teses tão amplas quanto a de Mendroni, aqui rechaçada.

O problema que se põe, então, não é só, como poderia parecer em primeiro momento e em sentido figurado, o de fechar-se uma porta, deixando-se aberta uma fresta da janela. Toca-se, no ponto, na própria

90. E nem se chega aqui a advogar a tese, que é conhecida dos constitucionalistas norte-americanos, da *inversão da presunção da constitucionalidade dos atos normativos*, celebrizada em nota de rodapé n. 4 do precedente *United States* vs. *Carolene Products* (C.O. 304, U.S. 144 (1938)).

91. Isso sem falar na pressuposição – pois é do laço de confiança granjeada no seio da organização criminosa investigada que depende o êxito da atuação do infiltrado – de que, sempre, o prazo inicial de 15 dias é insuficiente, o que causaria uma burocratização da atuação em prejuízo não só da investigação em curso, como principalmente, da colocação em risco do agente, a depender dos curtos períodos condicionados às aprovações sucessivas da infiltração. Aí, já outra distinção a evidenciar o descabimento da analogia: é *diferente* o aparato tecnológico de um meio de busca de prova, do outro. Na infiltração, o agente é o veículo direto e insubstituível dos relatórios; na interceptação, dispensa-se toda e qualquer intervenção direta na colheita da fonte da prova – salvo, como também diariamente se vê no Brasil, os lampejos de *interpretação das conversas interceptadas* que se vê em cada relatório encaminhado ao juízo. Se a vida (dos investigados e dos intervenientes da persecução penal) fosse um filme, num caso, assiste-se ao *Lebens des Anderes*; noutro, *The Undercover.*

pressuposição, em processo penal, do uso da analogia para colmatar lacunas da lei, como é, indiscutivelmente, o caso.

E aqui, o que se defende, com base na lição de Figueiredo Dias, é que, ainda que o direito processual penal – do que é prova viva o art. 3.º do CPP – admita a *interpretação analógica*, essa se encontra circunscrita ao limite proibitivo de se impor *diminuir da eficácia de direitos e garantias individuais*. Nas palavras do cultuado professor português, o recurso, assim, à analogia, fica vedado "na medida imposta pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade e, portanto, sempre que o recurso venha a traduzir-se num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos processuais do arguido (desfavorecimento do arguido, analogia *in malam partem*)".[92]

No Brasil, se nota entendimento desapegado da consideração sobre a possibilidade da analogia *in malam partem* no processo penal,[93] o que chama a atenção tanto à luz de interpretação – essa sim, admissível – *extensiva* da proteção constitucional dos direitos e garantais individuais, quanto à separação de antigo entendimento, trazido desde Espínola (e, portanto, anterior ao próprio desenvolvimento da mais recente doutrina de direitos fundamentais, o que deveria chamar a atenção dos intérpretes mais cuidadosos) que, com apoio em Manzini, lembra da inadmissibilidade da analogia "quando haja expressa previsão legal, ou esteja em jogo a extensão de regra que importe em restrição da subjetividade ou do exercício dos direitos ou dos interesses juridicamente protegidos de uma pessoa, ou que estabeleça sanções, ou seja de caráter excepcional".[94]

Com essa posição não se concorda na medida em que, por tudo o que aqui já se viu, mesmo na específica seara do meio de obtenção de prova, a característica invasiva do *agente infiltrado* indica que o uso da

92. Figueiredo Dias, Jorge de. *Direito processual penal*. 1. ed. 1974 reimp. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 97.

93. Entendimento exemplificado, por exemplo, por Guilherme de Souza Nucci, que apregoa que "O Código de Processo Penal admite, expressamente, que haja interpretação extensiva, pouco importando se para beneficiar ou prejudicar o réu, o mesmo valendo no tocante à analogia. Pode-se, pois, concluir que, admitido o mais – que é a analogia, cabe também a aplicação da interpretação analógica, que é o menos". (*Código de processo penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 61).

94. Espínola Filho, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, p. 230.

analogia com o instituto da interceptação telefônica significaria diminuir a barreira de proteção do indivíduo contra a intromissão estatal, sem expressa previsão legal. É, pois, questão de legalidade estrita no campo processual penal.

O posicionamento que aqui se assume é também lembrado por Julio Maier que em obra de referência indicou que: "En el Derecho procesal penal se prohíbe recurrir a la analogia, como consecuencia del mandato de interpretar restrictivamene la ley, en los mismos casos designados inmediatamente antes: reglas que restringem la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de una faculdad que la ley le confiere, y reglas que limitan un poder concedido a cualquiera de los intervinientes en el procedimiento".[95]

Não parece ser fora de propósito, a respeito, lembrar do aqui já falado art. 2.º do CPPM, que *analogicamente aplicável* conforme o art. 3.º, CPP, veda a própria analogia quando a hipótese for de cerceamento da defesa do investigado. Como também não parece ser fora de contexto a lembrança da disposições projetadas, constantes do PL 156/2009, ora em trâmite no Senado Federal, como projeto de novo Código de Processo Penal, em seus arts. 5.º e 6.º, que além de proscreverem a "proibição do excesso" em matéria de interpretação da lei processual penal, demandam a "máxima proteção dos direitos fundamentais" e só admitem a analogia e a interpretação extensiva se não for ampliado o sentido das "normas restritivas de direitos e garantias fundamentais".

7. Últimas considerações: atipicidade e sua inadmissibilidade

A colmatação do meio de obtenção de prova, não é difícil perceber, visa concretizar – para disciplinar e, claro, evitar abusos anunciados –, isto é, disciplinar, um meio de obtenção de prova potencialmente ofensivo a direitos fundamentais.

Isso viabiliza o entendimento de que as normas do art. 2.º, V, da Lei 9.034/1995, e assim também as do art. 53 da Lei 11.343/2006, ainda que formalmente *bastantes-em-si* na medida em que nenhuma das leis demanda, ao menos da superficialidade de cada um dos textos, complementação infralegal, possuam sua eficácia – ainda que meramente infraconstitucional – *limitada* ao advento de nova normatização que as

95. Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos.* Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 236.

tipifique, disciplinando o meio, a forma, a situação, e, principalmente, o *procedimento* do tal meio de obtenção de prova.

Com isso, transposta a classificação e acatada, em âmbito de direito constitucional, para essa seara do direito processual penal, pode-se afirmar que, enquanto não houver a previsão procedimental da figura, isto é, enquanto este meio de obtenção de prova não for dotado de tipicidade, a norma que lhe dá suporte não tem eficácia jurídica; e dela não decorre obtenção de informações que possam ser admitidas no processo.

Sustentar-se o contrário significa o regresso às incertezas acima exemplificativamente constatadas; quer da doutrina, quer dos tribunais.

Noutras palavras: não se admite a atipicidade deste meio de pesquisa de prova; e tamanho o potencial lesivo a direitos individuais, que não se admite, também, a analogia *ou a interpretação analógica* para se tentar suprir o necessário espaço normativo que deve ser preenchido.

Por ser assim – tanto que são os autores mais preocupados em cercar a concretização do instituto de *analogias* aqueles que não conseguem delimitar qual seria o limite seguro quanto a seu âmbito de aplicação[96] – o elemento de informação obtido das normas vigentes sobre *agente infiltrado* padecerá de *vício na obtenção* do elemento da prova. E, no Brasil, a prova "obtida por meios ilícitos" é inadmissível (art. 5.°, LVI, CF/1998).

Permitir, conquanto com as melhores intenções, que a colheita das informações mediante o uso de agente infiltrado fique aos sabores de magistrados e de aplicações analógicas a legislação que não se aplica à matéria – e mais importante que isso: é menos agressiva ao *mínimo essencial* dos direitos fundamentais –, significa pôr em risco não só a (a) aplicabilidade do instituto (exemplo: não se prevê a periodicidade com que devem ser entregues relatórios circunstanciados, se os relatórios são encaminhados ao Ministério Público ao juiz ou a ambos; não se prevê o desencadeamento de descoberta de acontecimentos fortuitos no âmbito da infiltração; e nem o prazo no qual a defesa do investigado deve ter acesso aos relatórios produzidos pelo agente; não se prevê hipótese recursal da admissão ou não do meio de obtenção de prova etc.), como

96. Exemplo disso é a passagem de Rafael Pacheco ao advogar que a duração da medida é determinada "pelo bom senso e pela responsabilidade do juiz" (Ob. cit., p. 119).

a (b) segurança, até mesmo, do *agente*, que não é treinado nos termos da lei; não tem prazo previsto para a assunção das tarefas; não tem limites de atribuição; não tem garantias mínimas quanto à sua consideração futura no processo (exemplo: se testemunha, se isento de responsabilização criminal etc.).

Todas essas considerações colocam a previsão do agente infiltrado – nas duas leis que a ele, no Brasil, se referem – sob o rótulo de tipicidade distinta: a vedação constitucional da prova *obtida* por meios ilícitos porque sem procedimento que impeça, com base na legalidade, os riscos da ofensa direta aos direitos individuais mais comezinhos, como o de *não produzir prova contra si mesmo,* o de ter resguardada a *intimidade*, a *privacidade*.

Por isso, e como se tentou demonstrar no texto, a colocação do tema sob o prisma de sua natureza jurídica (*meio de obtenção de prova*), ao lado de seu estudo à luz da necessária consideração da *tipicidade probatória*, tendo como pano de fundo a solução legislativa paramétrica do processo penal português e toda a doutrina que sobre aquele sistema já se construiu – não sem polêmicas indicadas, mesmo na existência de lei que, suficientemente, discipline a tormentosa matéria – reitera-se o que, de passagem, já se tinha dito neste texto: *no Brasil, a atipicidade desse meio de produção de prova é força-motriz de sua inadmissibilidade.*

8. Bibliografia

Amodio, Ennio. Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, Milão: Giuffrè, jan.-mar. 1999.

Andrade, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ, 2005.

Barbosa Moreira, José Carlos. Provas atípicas. *RePro*, n. 76, São Paulo: Ed. RT, 1994.

Beck, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias.* São Paulo: IBCCrim, 2004.

Beleza, Teresa Pizarro. "Tão amigos que nós éramos": o valor probatório do depoimento de coarguido no processo penal português. *Revista do Ministério Público*, n. 74, ano 19, Lisboa, abr.-jun. 1998.

BENTO, Ricardo Alves. Agente infiltrado. Busca pela legitimação constitucional. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milão: Giuffrè, 1963.

COSTA, Eduardo Maia. Agente provocador – Validade das provas. Sentença de 9 de junho de 1998 – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro contra Portugal). *Revista do Ministério Público*, n. 81, ano 21, Lisboa, jan.-mar. 2000.

_____. Agente provocador/agente infiltrado. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. *Revista do Ministério Público*, n. 93, ano 24, Lisboa, jan.-mar. 2003.

DEZEM, Guilherme Madeira. Crime organizado. In: FULLER Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coords.). *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Da prova penal. Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. 1974. reimp. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. *RBCCrim*, n. 66, São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2007.

FURGIUELE, Alfonso. *La prova nel processo penale. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappichelli, 2007.

FURTADO, Franklim. O agente infiltrado. *Direito e Cidadania*, n. 16-17, ano 5, Cabo Verde, set. 2002/abr. 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *O novo regime jurídico do agente infiltrado. Comentado e anotado – Legislação complementar*. Lisboa: Almedina, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

JUSTO, Ana Rita de Melo. Proibição da prova em processo penal: o agente provocador. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, ano 16, Coimbra: Ed. Coimbra, jul.-set. 2006.

LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: Cedam, 2002.

LOUREIRO, Joaquim. *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1.º acórdão do T.E.D. Homen – 9. junho. 1998. Condenação do Estado Português*. Lisboa: Almedina, 2007.

LUCCA, Giuseppe de. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, Milão: Giuffrè, out.-dez. 1992.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MARINELLI, Claudio. *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappicheli, 2007.

MATA-MOUROS, Fátima. O agente infiltrado. *Revista do Ministério Público*, n. 85, ano 22, Lisboa, jan.-mar. 2001.

MEIREIS, Manuel Augusto. Homens de confiança. Crise na justiça. Reflexões e contributos do processo penal. In: CRUZ, Branca Martins da (coord.). *Actas do colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

ONETO, Isabel. *O agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

PACHECO, Rafael. *Crime organizado. Medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. CUNHA Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PEREIRA, Sandra. A recolha de prova por agente infiltrado. In: BELEZA, Teresa Pizarro; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da (coords.). *Prova criminal e direito de defesa*. Lisboa: Almedina, 2010.

PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SEIÇA, Alberto Medina de. Legalidade da prova e reconhecimentos "atípicos" em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante. Liber Discipulorum *para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999. vol. 2.

SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo:Ed. RT, 2009.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Milão: Cedam, 2000.

_____. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2009. t. I.

52369

III CRIME E SOCIEDADE

1
Democracia na gestão da segurança pública

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de Justiça do MPDFT.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O artigo, que tem por preocupação a temática dos direitos humanos, pretende apresentar propostas de emancipação popular na gestão da segurança pública e na abordagem do caráter descontextualizado e seletivo do sistema de justiça criminal. Os temas de segurança pública possuem complexidade que reclama um recorte transversal e multidisciplinar. Promover os direitos humanos exige a refundação da ideia de democracia, a ser compreendida como projeto político. Essa mudança passa pela adoção de critérios voltados ao desenvolvimento das potencialidades humanas e à criação de um espaço social de textura aberta e instituinte. A participação cidadã deve ocupar-se da maior participação na gestão dos assuntos públicos e da consciência de pertencimento coletivo nos temas relacionados à segurança pública e ao sistema de justiça. Num modelo de gestão compartilhada, os conselhos comunitários prestam-se como exemplo de trabalho e mote para a integração dos âmbitos local e regional.

ABSTRACT: This paper addresses the issue of human rights and intends to present proposals for popular emancipation in law enforcement management and also in the approach of the non-contextualized and selective character in the criminal justice system. Law enforcement matters are complex and require a transversal and multidisciplinary approach. Promoting human rights requires a re-founding of democracy to be understood as a political project. This change demands the adoption of criteria based on the development of the human potential and the creation of a social space which is open and institutional. Citizens should be more participative in the management of public-related issues and be more aware of their sense of collective belonging in issues related to law enforcement and the justice system. In a shared management model, community counseling is an example or work and a mote for the integration, both locally and regionally.

Palavras-chave: Direitos humanos – Ação política – Democracia – Gestão pública – Segurança pública – Sistema de justiça – Conselhos comunitários.

Keywords: Human rights – Political action – Democracy – Public management – Law enforcement – The justice system – Community counseling.

Sumário: 1. Introdução – 2. Repensando a gestão democrática: 2.1 A necessária superação do isolamento jurídico e da democracia como *status*; 2.2 A democracia como projeto político – 3. O resgate da ação política: 3.1 A busca de um critério e a ideia de desenvolvimento humano; 3.2 A participação cidadã – 4. Os conselhos de segurança e os desafios da integração: 4.1 Como verificar a consistência democrática e cidadã das propostas?; 4.2 Conselhos comunitários e a integração local e regional; 4.3 A integração entre os âmbitos local e regional – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os temas de segurança pública no Brasil gozam de um sofisticado arcabouço normativo nos planos constitucional e infraconstitucional. O princípio federativo impõe a repartição e concorrência de atuações entre União, Estados e Municípios na gestão da segurança pública e, não raramente, se vê a ausência de um diálogo interestatal das agências de segurança pública com as instituições e estruturas incumbidas da realização do sistema de justiça criminal. O enfrentamento de tais temas, em regra, acaba por resumir-se à sua feição jurídica, cuja relevância não se nega, mas igualmente não se superestima a ponto de imaginá-la como suficiente e hábil a abarcar toda a complexidade das questões ventiladas.

Faz-se necessário, então, uma abordagem de cunho crítico,[1] isto é, ao se considerar o compromisso de apresentação de propostas que estimulem a participação qualificada da sociedade civil e do diálogo interestatal das agências incumbidas da gestão da segurança pública e

1. A expressão "crítica", aqui veiculada repetidamente, é compreendida como referência ao instrumental pedagógico operante, nas esferas teórica e prática, hábil a permitir uma tomada histórica de consciência e, com isso, desencadear processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora, num marco histórico-concreto, de prática cotidiana insurgente, dos conflitos, das interações sociais e das necessidades humanas essenciais (Wolkmer, 2002, p. 5).

do funcionamento do sistema de justiça criminal, impõe-se a adoção de um marco teórico comprometido com mudanças sociais e com a justificação de práticas sociais emancipatórias já existentes ou a serem criadas. As categorias operacionais desenvolvidas, nesse particular, pela teoria crítica dos direitos humanos, tal como desenvolvida por Joaquín Herrera Flores (2008, passim), respondem afirmativamente a essas demandas.

Salientando a necessidade de visibilização dos contextos subjacentes à realidade normativa e a natureza dos direitos como produtos culturais, Herrera apresenta uma proposta metodológica comprometida com a realização da dignidade da pessoa num sentido concreto, material, efetivo. Por meio da repulsa a soluções que reduzam os problemas sociais ao âmbito jurídico – não se nega o jurídico; mas cumpre reconhecer a necessidade de construir soluções que não sejam só jurídicas para assegurar a efetividade das prescrições normativas –, Herrera reivindica a formulação de propostas hábeis a fomentar o exercício das potencialidades humanas, bem assim diminuir o abismo existente entre as prescrições normativas postas como garantias dos direitos humanos e a realidade que insiste em negá-los.

O compromisso de uma teoria crítica é o de tomada de consciência, de modificação da realidade. Neste sentido, inserir-se num marco teórico crítico exige do investigador a assunção desse compromisso de mudança – e daquele que trava contato com os frutos desse esforço intelectual, a ciência desse compromisso e dessa orientação finalisticamente dirigida à construção de propostas, meios, instrumentos destinados a uma maior participação em práticas insurgentes, voltadas às necessidades humanas essenciais e às interações sociais das pessoas envolvidas.

Na primeira parte da investigação, apresenta-se a necessidade de superação do vezo de isolamento da abordagem jurídico-dogmática a respeito do funcionamento do sistema de justiça criminal, e dos temas manuseados na construção de um modelo de gestão da segurança pública. Parte-se de concepção que não rechaça a abordagem jurídica, mas que a situa de modo agregado a outras leituras destinadas à construção de um marco de pensamento interdisciplinar, que respeite a complexidade dos problemas que envolvem a gestão de segurança pública e o funcionamento do sistema de justiça criminal. Ver-se-á que os reclamos de visualização do contexto subjacente ao funcionamento das agências estatais envolvidas atendem à preocupação de democratização no acesso a tais temas. A própria ideia de democracia, usualmente apresentada como

status nas abordagens que a resumem ao seu viés representativo, deve ser repensada, para que seja ela assumida como projeto político.

Na segunda parte da investigação, a partir da contribuição do pensamento crítico na abordagem dos direitos humanos, procurar-se-á apresentar um critério de avaliação das propostas destinadas ao resgate da ação política num modelo de gestão democrática da segurança pública e de visualização do contexto subjacente ao funcionamento do sistema de justiça criminal. Para tanto, firmar-se-á a necessidade de compromisso ético com o desenvolvimento das potencialidades humanas e de abordagem da ideia de desenvolvimento integral, isto é, não restrito a categorias quantificáveis ou de viés puramente econômico.

A terceira parte da investigação, aproveitando-se da categoria operacional "participação cidadã" construída ao logo do trabalho, pretende abordar a consistência democrática das propostas de um modelo de gestão de segurança pública de caráter relacional e compartilhado, além de apontar características de incidência necessária à verificação de consistência dessas novas propostas. Nesse particular, toma-se o Distrito Federal como hipótese de trabalho, para se construir a ideia do que sejam âmbitos local e regional de participação cidadã e diálogo interinstitucional, bem assim apontar o funcionamento de conselhos comunitários como exemplo prático das propostas de gestão democrática.

Longe da pretensão de completude ou mesmo de esgotamento do tema, os aportes e colocações lançados ao longo do presente trabalho têm por objetivo apenas contribuir à construção de práticas de segurança pública e de funcionamento do sistema de justiça criminal comprometidas com a ideia de cidadania, bem assim prestar-se como justificação teórica ao fomento de práticas de caráter emancipatório e de resgate da ação política.

2. Repensando a gestão democrática

2.1 *A necessária superação do isolamento jurídico e da democracia como* status

A leitura isolada dos diplomas normativos brasileiros, especificamente aqueles que tocam de algum modo os agentes e as estruturas estatais voltadas à realização do poder punitivo do Estado, permitiria a fácil conclusão de que o Brasil encontra-se seguramente entre os países do mundo que melhor asseguram o bem *segurança* a sua população. Porém, é essa a realidade do contexto brasileiro hoje?

A política social brasileira, o diálogo democrático para a solução de conflitos e a preocupação com os verdadeiros problemas sociais seguem sendo substituídos cada vez mais por um discurso alarmista sobre as ameaças advindas da criminalidade. Preocupações democráticas e os avanços duramente conquistados que permitem afirmar o modelo de Estado social cedem lugar ao discurso fácil e tentador de um Estado penal.[2]

O resultado disso, além do alijamento do componente político nas discussões a respeito do campo jurídico-penal, é uma dualidade das manifestações que ocupam hoje um espaço que seria de incumbência da política criminal. De um lado, os partidários da ampliação da repressão penal tentam justificar esse crescimento por meio de uma afirmada necessidade de combater a criminalidade e de estabelecer uma reação oficial a manifestações de desvios "causados"[3] por fatores biológicos, psicológicos ou mesmo sociais. De outro lado, há quem reconheça a preponderância dos fatores sociais da criminalidade e, a partir disso, propõe estratégias que se dirigem à melhoria da situação social das classes mais pobres e não centradas no combate aos próprios criminosos.[4]

2. A expressão "Estado penal" é aqui tomada de Wacquant, quando descreve o que chama de "febre neoliberal" nos Estados Unidos e em diversos países europeus, bem como a difusão de uma política pública característica do "Estado mínimo": o programa "Tolerância Zero" da cidade de Nova Iorque. A propósito da redução do Estado Social e consequente aumento do Estado Penal, diz: "Pois à atrofia deliberada do Estado Social corresponde a hipertrofia distópica do Estado Penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro" (2001, p. 80). Ainda que se refira a países centrais – Estados Unidos e países europeus – a assertiva de Wacquant é perfeitamente aplicável ao Brasil; aliás, no Brasil, as consequências de tal constatação são ainda mais duras, porque a situação do sistema prisional – superlotação, falta de vagas, instalações antigas, ausência de programas de reintegração social etc. – dá tratamento a seres humanos que os assemelha a animais. Em outras palavras, mesmo o Brasil, que nunca passou por uma experiência de Estado de bem-estar social, vê agigantar-se essa figura fixada por Wacquant como "Estado penal".
3. É nítido o viés etiológico da assertiva, reproduzida aqui justamente para salientar o perigoso vício de insistir na reprodução de um modelo teórico de criminologia há muito superado.
4. Ainda que por um discurso de sofisticado cariz social, aqui também há a reprodução desavisada de um modelo etiológico de abordagem crimino-

A par disso, a temática dos direitos humanos frequentemente é associada a posições utópicas, sonhadoras ou descompromissadas com um ideal de segurança coletiva. O discurso identificado com os direitos humanos, em geral, é encarado como um discurso de abolição ou laxismo penal, porque centrado na defesa intransigente de liberdades e garantias individuais. Quando se cuida das discussões que tocam a intervenção penal do Estado, tal percepção é ainda mais agravada, como se a luta pela concretização dos direitos humanos fosse conflitante com as razões que justificam a intervenção do Estado por meio da repressão penal.

É em razão dessa abissal distância entre esses dois eixos temáticos – direitos humanos, de um lado, e sistema de justiça criminal e segurança pública, de outro lado – que se faz necessária uma abordagem diferenciada das questões que tocam a intervenção penal do Estado, máxime nos temas que envolvem a *gestão* da segurança pública. Mais que a proposta de modificação legislativa ou mesmo a redução do tema ao âmbito jurídico, o que sói ocorrer nos debates acerca da ineficácia das previsões atinentes às garantias dos direitos humanos, o tema reclama contribuição que respeite a complexidade das questões envolvidas e, principalmente, assuma um compromisso de realização material da dignidade humana.

Para a consecução dessa tarefa, parece evidente que, em lugar das vazias construções estritamente jurídicas e dogmáticas – as quais, diga-se desde logo, possuem sua importância e valor, mas *não* têm aptidão de modificar por si só a realidade, se consideradas isoladamente –, faz-se necessária uma abordagem com vocação mundana, impura, contaminada pelo contexto e pela dura realidade do sistema de justiça criminal.[5]

Todo fenômeno jurídico – e assim o é também para o fenômeno criminoso – está perpetrado de interesses ideológicos e não pode ser entendido a margem de seu fundo cultural. Essa realidade é muito mais presente quando se trata de temas próprios das ciências criminais. É essa

lógica, na medida em que veicula a ideia de que a criminalidade se centra nos pobres. Logo, se superada a pobreza, superado estaria o fenômeno criminoso.

5. A utilização dessa abordagem guarda referência ao pensamento de Joaquín Herrera Flores (2000, p. 21 et seq; 2008, p. 42 et seq), para quem, ao se pôr em crise um objeto de estudo, especialmente um produto cultural, é preciso afastar todo tipo de metafísica e ontologia transcendentais, isto é, é preciso mundanizar o objeto de estudo.

tendência "descontextualizante" que permite ao direito ser objeto exclusivamente de análises lógico-formais e submetido a um fechamento epistemológico, autopoiético, como se suas normas estivessem separadas e isoladas dos contextos e interesses que necessariamente são subjacentes a toda produção normativa.

O que deve orientar as propostas de um sistema de justiça criminal e de um modelo de gestão de segurança pública destinados a se aproximarem da implementação dos direitos humanos? As propostas hão de se comprometer com a ideia de abalar as características de *centralização* e *hierarquização* do sistema de justiça criminal e da organização estatal do pensamento sobre segurança pública no Brasil. A supremacia quase totalitária do jurídico nas respostas estatais acaba por alijar a contribuição de outros campos de conhecimento – sociologia, antropologia, serviço social, ciência política etc. – e restringir toda sorte de construções de respostas ao pensamento jurídico-dogmático.

Os agentes públicos envolvidos na prestação jurisdicional no campo jurídico-penal não conseguem sequer enxergar-se como agentes públicos igualmente comprometidos com a atuação do Estado na concretização do direito social de segurança pública. As estruturas hierarquizadas de Tribunais, carreiras do Ministério Público, órgãos policiais, repartição de competências, serviços de defesa civil e programas de inclusão social por vezes dificultam, ou mesmo impedem, o necessário *diálogo interinstitucional* que permitiria a identificação de problemas e ineficiências mútuas.

Essa hercúlea sorte de compromissos a serem assumidos por meio de propostas de resgate da ação política, acredita-se, pode ser resolvida com a assunção de um *componente democrático*, a ser observado em todos os esforços de realização de uma política criminal e de um modelo de gestão de segurança pública compromissados com os direitos humanos. Convém, então, delinear algumas ideias sobre o que seja *democracia* para os marcos de possíveis propostas de resgate da ação política.

A democracia, como conceito operacional, pode ser vista por dois vieses. O primeiro refere-se à democracia como *status* sem Estado e diz respeito à democracia representativa, a respeito do qual convém tecer algumas considerações. Usualmente, entende-se a democracia representativa, desenvolvida durante o século XIX e firmada durante o século XX, como a forma de democracia liberal em que "representantes" do povo, eleitos livremente, se agrupam em instituições como Parlamento,

Congresso ou qualquer outra em que se faça necessário falar, decidir e atuar em nome de todos. O conceito de democracia sob o viés representativo isola-se da prática para justificar-se apenas como projeção teórica e abstrata da participação popular no processo político. Isso porque a democracia representativa não permite a visualização de sujeitos políticos.

A valer, a democracia representativa, por si só, evidencia uma situação quase esquizofrênica, pois permite a identificação de pessoas com qualidades negativas, ainda que se mantenham em alto conceito as instituições que representam essas pessoas. Ainda, vê-se que a análise da democracia representativa é usualmente auto-referencial. Seu conceito perde-se em sua localização histórica e passa a observar uma referência pretensamente universal, abstrata e, por isso mesmo, vazia de sentido. O conceito se universaliza e perde a noção de tempo. Nessa perspectiva, a democracia representativa tem definição ao mesmo tempo neutra e avalorativa. Não traz em si elementos políticos, econômicos, culturais. Sua definição é objetiva, carece de sujeitos. Cuida-se de definição externa, afastada de qualquer experiência empírica.

A democracia representativa apenas reduz a participação popular a uma regra procedimental (regra do jogo). Sem adjetivos, a democracia representativa mostra-se objetiva, universal, autorreferencial. Existe notadamente como técnica, que se converte ao mesmo tempo num fator possível de composição, vez que toda técnica tem sua tecnologia (ROITMAN, 2007, p. 13-14).

Em verdade, a própria compreensão do componente democrático e sua estrita compreensão como exercício de voto nada mais faz que repetir a ilusão do natural, a ilusão do "sempre foi assim", de sorte a provocar o que Pierre Bourdieu chamou de "amnésia da gênese" (2005, p. 71), para criar obstáculos aos questionamentos a respeito da "ordem natural" das coisas. Em verdade, ao reduzir a participação popular ao exercício do voto, a democracia representativa oculta a distinção entre o modo de produção e elaboração da opinião e o modo de expressão dessa opinião. Convém mencionar literalmente o que diz Bourdieu (2005, p. 73):

"A visão liberal identifica o ato elementar da democracia tal como é geralmente concebido com a ação solitária, ou melhor, silenciosa e secreta de indivíduos 'reunidos somente para essa circunstância excepcional, que não se conhecem, que não contribuíram mutuamente para a

formação das suas opiniões'. Esse ato, a um só tempo público e secreto, é artificialmente instituído pela cabine de votação cuja cortina protetora, que o oculta aos olhares, e, portanto, ao controle de terceiros, a escolha efetuada, cria, com a urna onde se coloca o voto escolhido, as condições materiais de expressão invisível, incontrolável, *inverificável* (essa é toda a diferença em relação ao voto aberto) de uma opinião dita pessoal que, por motivos diferentes, pode-se querer manter secreta. Além do mais, ao fazer existir num dia determinado, a sucessão dos indivíduos 'que vão uns depois dos outros desfilar diante da urna', e ao suspender, 'durante um momento', o tempo de uma escolha, todas as ligações sociais, entre marido e mulher, patrão e empregado, paroquiano e cura, mestre a aluno e, ao mesmo tempo, as dependências e promessas (como verificar, mesmo no seio do grupo de conhecidos, ou de um conjunto, se tal ou qual manteve os compromissos?), ele reduz os grupos a uma série desagregada de indivíduos cuja 'opinião' não passará de uma agregação estatística de opiniões individuais individualmente expressas."

A contribuição de Bourdieu ao debate revela-se na utilidade da investigação sobre as condições sociais de possibilidade das práticas democráticas. Isso implica tanto um rechaço às ideias abstratas aos grandes ideais quanto a consideração dos comportamentos políticos, significados e organizações realmente existentes. Daí a necessidade de localizar não apenas as capacidades políticas inscritas nas estruturas formais, mas também as variadas predisposições e esperanças dos agentes concretos e como essas disposições passam a ser dotadas, ou não, de categorias, habilidades e desejos necessários à dinâmica do jogo democrático (WACQUANT, 2005, p. 11).

Assim, além do viés da democracia como *status*, cumpre compreender a democracia como *prática política*. Há de se compreendê-la não como uma imposição, mas como autonomia de cidadania, como *vivência*. O resgate da ação política num marco crítico exige a democracia como opção radical de articulação entre o particular e o universal. A democracia considerada como prática política implica um projeto de construção ética do bem comum a partir da participação cidadã. Mais que regras procedimentais, cuida-se de uma forma de vivência, pois não se restringe a âmbitos ou esferas específicas. Implica uma cidadania plena que não deriva do Estado, mas decorre de uma prática plural de controle e de exercício do poder a partir do "dever ser" do poder.

2.2 *A democracia como projeto político*

A democracia assumida como prática política veicula um valor ético. Pressupõe que a cidadania conduz a uma relação que tem como objetivo unir a diferença e a alteridade (unir o uno e o diferente, aceitando as diferenças), que implica a construção do "político" como aqui desenvolvido, a construção da autonomia do ser. A democracia, assim, assume-se como uma prática plural de exercício de poder. Pressupõe a autonomia do sujeito e sua responsabilidade de atuar, pois fixa sua responsabilidade a partir justamente da diferença. A democracia como prática plural de controle de exercício do poder se relaciona com o político e com a autoridade e suas formas (ou com as formas da autoridade e do poder).

O marco da democracia como prática política significa o exercício radical da democracia, isto é, compreende-se a democracia não como um meio, mas como um *projeto político*. Esta é a diferença em relação à democracia como *status* (democracia representativa), que aparece muito mais como uma concessão ou favor do Estado ao exercício de suas instituições (regras para acesso das instituições por elites). A democracia relaciona-se com a construção e o exercício do poder. Não é um meio, tampouco um fim: é um projeto político dinâmico e sempre inacabado. É um processo político essencialmente conflitivo; em outras palavras, não atua no consenso, mas no conflito e nas lutas (dissenso). É um fato a ser pensado de modo qualitativo, não quantitativo. Desse modo, não é um problema de maioria e minoria, mas um fato dialogal, de hábito e de palavra. A democracia implica a construção permanente de um pacto num espaço de conflito.

É possível visualizar, a partir de tais considerações, algumas características para a definição desse marco de democracia como prática política. Em primeiro lugar, a democracia é um espaço *constituinte*, não constituído. É poder aberto, que se define e se redefine continuamente. É preciso refletir sobre sujeitos e não atores. Justamente por ser aberto, envolve a construção de tempo em termos de alternativas, pois são estas que abrem o tempo ao futuro. Em segundo lugar, a democracia é *contingente*, existe como forma capaz de construir um processo alternativo. Em terceiro lugar, a democracia é igualmente *absoluta* (o que não significa que seja totalitária) em relação ao espaço que ocupa. Em quarto lugar, a democracia é *coativa*, nos sentido de que em seu marco não se permite

fazer o que bem se quer. Cuida-se de valorizar a responsabilidade social e o valor ético do compromisso coletivo.

A enumeração da democracia, assim, implica admitir o risco de que ela possa sofrer involuções ao longo do tempo. A democracia, como projeto político, tem que expressar a liberdade de realização do ser, que é a capacidade de realização das expectativas na sociedade em que se insere o sujeito. Ao guardar relação com suas consequências, vê-se o valor ético da consecução da democracia. Ao contrário de uma abordagem instrumental, que apenas considera uma causa eficiente, a democracia como prática política substancia um projeto de realização do ser humano e, assim, há de ser fomentada em todos os graus e medidas de atuação estatal e popular. A liberdade de potencialidades é que constrói a democracia. Não há dualidade entre a ideologia do ser e a ética do ser (não pode haver guerra para evitar guerra, por exemplo).

O esforço teórico, para criar e justificar práticas sociais de caráter emancipatório, reside, assim, na recuperação da dimensão estrutural e estratégica da democracia, para implicar a rearticulação e a reafirmação de seus conteúdos materiais. A democracia é válida quando política, social, econômica e culturalmente dá respostas e soluciona os problemas que, no campo jurídico-penal e na gestão da segurança pública, dizem respeito à inefetividade das decisões judiciais, à ineficácia do sistema carcerário, à ineficácia de práticas prevencionais de crimes, por conta da sua absoluta inaptidão para concretizar um ideal prevencional de pena, à utilização da resposta penal como *prima* ou *solo ratio* para questões sociais de considerável complexidade etc.

A análise, portanto, da democracia inclui, como pressuposto básico para seu estudo, a realização do bem comum, isto é, a satisfação de direitos sociais e individuais, o que impõe refletir sobre a democracia não como modelo teórico baseado em princípios metafísicos, mas como realmente se apresenta (desigual ou mesmo morta) (ROITMAN, 2005, p. 148-149). Trata-se de reconhecer a democracia como parte da luta pelo poder político, não apenas a luta representativa, mas articulada com objetivos sociais, econômicos, culturais e políticos em sua ampla acepção.

Ao relacionar o conceito de desenvolvimento com o conceito de democracia como instrumento de resgate da ação política, parece claro que essas categorias operacionais atuam numa concepção de sociedade e de política fundada em valores constitutivos do ser humano. A ideia

de desenvolvimento não se resume a um conceito econômico quantitativo,[6] mas substancia uma qualidade inerente da condição humana, pois incorpora os distintos âmbitos de atuação da pessoa em sua vida social. A ideia de "desenvolvimento", assim, apresenta-se como uma categoria *integral*. O desenvolvimento e o conjunto de esferas que o constituem – isto é, o político, o social, o cultural, o étnico e o econômico – são um todo indivisível. A construção de um projeto democrático tem por premissa fixar a democracia como fundamento que explica, dá sentido e orienta o desenvolvimento humano. Caso contrário, uma leitura reduzida da ideia de desenvolvimento inevitavelmente produzirá uma deficitária compreensão teórica que, por sua vez, alijará a concretização desse desenvolvimento democrático como opção política.

6. Alijado de uma unidade integradora, o conceito de desenvolvimento em geral é utilizado apenas como critério de interpretação *quantitativa* em relação a avaliações de economia, investimento e tecnologia, isto é, dados a respeito de progresso técnico, crescimento econômico, renda *per capita*, índices de consumo e bem-estar social. Nesse marco quantitativo, de marcado viés etnocêntrico e formalista, a ideia de desenvolvimento constitui-se basicamente de três pontos. O primeiro refere-se a uma elevação sustentável dos níveis e taxas de economia e investimento mediante a transferência básica de recursos de economia e tecnologia de países centrais para países em desenvolvimento (pobres). O segundo diz respeito à elevação das taxas de economia e investimento e o efeito necessário de incremento do produto nacional (Produto Interno Bruto – PIB) por habitante até o patamar dos países desenvolvidos, por meio de um processo de racionalização dos métodos de uso dos recursos disponíveis (humanos, físicos, culturais, tecnológicos, financeiros). O terceiro cuida do processo de trânsito do subdesenvolvido ao desenvolvido que assume feição linear e ascendente, com a observância de três etapas ou fases históricas: ciclo de acumulação, ciclo de desenvolvimento e ciclo de desenvolvimento autossustentado. Essa foi a ótica orientadora do usual conceito de desenvolvimento – inoperante, frise-se – na América Latina, com destaque para o Brasil. Em grande medida, o fracasso de tal concepção parece decorrer da eliminação dos conteúdos políticos, sociais, econômicos, culturais e democráticos, de sorte a resultar num conceito de desenvolvimento vazio de significado. O desenvolvimento, tomado numa perspectiva quantificada apenas, resume-se a um desenvolvimento econômico, isto é, reduz-se a uma busca por eficiência e por racionalidade em ações de mercado e de consumo. Sua relação com a democracia acaba por transferir para a área econômica toda e qualquer potencialidade de eficiência, ao custo da perda da vitalidade política da concepção de desenvolvimento. Um panorama dessas construções e suas relações com a ideia de democracia pode ser encontrado em ROITMAN, 2005, p. 48 et seq.

As questões atinentes à ideia de desenvolvimento, para os fins do presente trabalho, assumem essa necessária abordagem integral. Trata-se de conceito a ser manuseado igualmente nas discussões de gestão de segurança pública e de propostas para emancipação social nessa área. Longe de apenas restringir-se a quantitativos econômicos, a concepção integral de desenvolvimento, à vista da própria condição humana, servirá de lastro e ao mesmo tempo de limite às discussões sobre imposições de condutas num marco penal, bem assim sobre o *modo* com que atua o sistema de justiça criminal como um todo e se gere a segurança pública. A referência aqui, então, é à possibilidade de exercício de potencialidades humanas, num marco emancipatório, o que representa o maior desafio do pensamento crítico no campo jurídico-penal. Como conciliar o fomento de práticas sociais emancipadoras pelas instituições que integram o sistema de justiça criminal? Como afastar o cariz tendencialmente regulatório e opressor que existe na atuação estatal sem perder de vista a necessária função estatal de proteção do particular?

Faz-se necessária uma relação próxima, indissociável, entre discurso e prática, entre "ser" e "dever ser". Por apresentar-se comprometida com a realização de justiça social, por força de seu conteúdo ético, a democracia pressupõe dois elementos: igualar desigualdades sem eliminá-las (a democracia é fato político, não econômico, por isso não elimina as desigualdades, mas assume as diferenças); e a ideia de "mandar obedecendo". É a consciência dessa dinâmica que permitirá a transição de agentes políticos passivos a agentes políticos ativos.[7]

7. Um conjunto de questões que, atualmente, vêm ocupando a atenção dos estudiosos no campo da sociologia política, principalmente nos estudos vinculados com o problema da constituição de novas estruturas e de novas formas de exercício da política, refere-se às relações que são tecidas no interior de quatro campos: o campo da política, envolvendo os dirigentes e os protegidos, ou o que Weber denomina os "agentes políticos ativos" e os "agentes políticos passivos"; o espaço situado entre o Estado e a sociedade civil, onde se debatem os que são autorizados pela própria função a fazer política e os delegados da sociedade civil que ingressam no campo da política; a intercessão entre o público e o privado ou entre os representantes do que é o público e os representantes do que é o privado; o campo onde se opõem a cultura política local e o que Bourdieu e Wacquant denominam o "imperialismo cultural" (WACQUANT, 2005, p. 209). Essas tensões se estruturam, de uma só vez, a partir de noções como as de desigualdade, diferença, competição, solidariedade, integração e inclusão, que ganham sentidos específicos nos diferentes campos e, principalmente, em função

A democracia, assim, realiza-se em dois estados do social, isto é, em sistemas objetivos de posições (situados nos campos político e burocrático) e pacotes subjetivos de disposições (situados nas estruturas mentais que compõem o *habitus* político) depositadas nos agentes sob a forma de esquemas cognitivos e conativos que informam pensamentos, sentimentos e conduta (WACQUANT, 2005, p. 11).

Então, esses cinco elementos constituintes da democracia — mediação, participação, representação, coação, negociação — evidenciam que a questão principal (ROITMAN, 2005, passim), além de visualizar as distinções entre democracia como *status* (democracia participativa) e democracia como prática política, reside em pensar propostas e instrumentos de coexistência e mantença desses elementos num marco de resgate da ação política. A apresentação e a assunção de propostas deve observar a necessária e permanente abertura ao surgimento de novos sujeitos políticos, além de uma aproximação e fidelidade das demandas existentes dos sujeitos políticos já existentes.

As razões da democracia, isto é, a construção de sujeitos éticos e políticos, dizem respeito à semelhança do que ocorre com as razões da liberdade, ao bem comum, objetivos irrenunciáveis para atingir o desenvolvimento da condição humana. Com precisão, lembra Marcos Roitmann (2005, p. 35-36) que a relação que une as razões da democracia e da liberdade não se resolve de forma pragmática. Aliás, as práticas democráticas e de liberdade são sempre contraditórias, mas jamais antagônicas. Por veicularem valores e fins políticos, a relação entre razões democráticas e de liberdade traça um conjunto que dá corpo aos diferentes projetos políticos de transformação social.

> dos atores que as proclamam. No Brasil, esse quadro é localizado, em geral, no interior do que seria a reforma e a democratização do Estado e a reestruturação do campo da política. Mas, enquanto alguns estudiosos abordam prioritariamente as mudanças operadas no quadro formal-institucional e sustentam que estaríamos, atualmente, ingressando num patamar político e de democracia qualitativamente novo e superior, outros se concentram na análise dos sujeitos que elaboram essas mudanças e, assim, na análise das posições e das disposições desses sujeitos no interior dos diversos campos onde atuam; realçam, com isso, a importância dos conteúdos veiculados pelas formas e instrumentos através dos quais se vem elaborando e operando as novas estruturas de poder e, consequentemente, os novos modos de subalternização e de dominação na política. Esse dualismo ficará mais evidente adiante no presente trabalho, quando da abordagem do poder local e de um modelo de gestão relacional.

A necessidade de construção de um projeto democrático de textura aberta se justifica por substanciar uma ferramenta possível de adequação a um contexto em que a velocidade das mudanças sociais não é acompanhada pelas transformações dos aparatos formais do Estado. A velocidade das mudanças, que impõe o adjetivo de "novo" a tantos fenômenos sociais – nova criminalidade transnacional, novos crimes de perigo abstrato, novos objetos jurídicos a reclamarem intervenção penal, novos movimentos sociais, novas tecnologias, nova economia, nova gestão pública etc. –, implica uma adaptação permanente das formas de organização e pede também que se ponha em evidência os desajustes próprios dos períodos de transição. A política criminal hoje vivenciada no contexto brasileiro é exemplo desse desajuste. Isso é patente quando se tem em conta a exacerbada distância que fixa, de um lado, a política realmente existente e suas estruturas (governamentais e institucionais) de (re)produção no sistema de justiça criminal e, de outro lado, os novos desafios e as novas formas de manifestação da criminalidade.

Vale frisar a lição de Herrera Flores (2008, p. 182), quando afirma que a democracia "(...) debe consistir en un proceso de construcción de un 'espacio público de empoderamiento', donde puedan darse una variedad de tipos de experiencias y donde primen la mutabilidad y las posibilidades de cambio y transformación".[8] Se o compromisso ético que impõe a democracia como prática política decorre da eleição de um valor, cumpre então buscar um critério de avaliação suficientemente amplo, que permita afirmar ou negar a generalidade de um direito, de uma teoria ou de práticas sociais. Porém, há de ser um critério que permita concreção, isto é, que supere apreciações ou considerações transcendentais ou alheios aos contextos que subjazem a realidade do sistema de justiça criminal e da realidade como um todo.

3. O RESGATE DA AÇÃO POLÍTICA

3.1 A busca de um critério e a ideia de desenvolvimento humano

Um critério consentâneo com a preocupação de um modelo de gestão de segurança pública e de incidência do sistema de justiça criminal compromissados com uma participação popular e cidadã deve

8. Tradução: "(...) deve ser um processo de construção de um espaço público de fortalecimento, de onde emane uma variedade de experiências e de possibilidades de mudança e transformação".

desdobrar-se de modo a permitir, de um lado, o desenvolvimento das capacidades humanas e, de outro lado, a construção de condições que permitam a apropriação e evolução dessas capacidades por parte de indivíduos, grupos, culturas, enfim, de todas as formas de vida.[9]

A preocupação, portanto, de resgate da ação política justamente por meio da fixação da democracia como prática política revela-se medida imprescindível a qualquer tentativa de compromisso com a temática dos direitos humanos que se afaste das costumeiras armadilhas de redução do tema ao jurídico e de esforços teóricos que redundam em abstrações irrealizáveis. Nessa linha de ideias, o debate político criminal não pode dar-se apenas no momento de criminalização primária; mas, ao revés, deve espraiar-se e estender-se às práticas próprias da criminalização secundária e da criminalização terciária.[10] Igualmente, o teste de consistência de um modelo de gestão de segurança pública passa pelo atendimento a esse critério de avaliação.

Estudos avançados que envolvem o manejo do aparato policial na segurança pública evidenciam que, embora seja corrente a ideia de que as cidades com mais policiais envolvidos em patrulhamento têm índices de criminalidade menores, desde que alcançado um limite mínimo, a multiplicação do número de policiais não surte efeito significativo na queda do volume da criminalidade (por todos, cf. Rolim, 2006, p. 50-51). Isso porque a política de simples patrulhamento – que é muito visível, diga-se – orienta-se precipuamente à realização do aumento do número de prisões. Contudo, igualmente já se sabe que, no enfrentamento da criminalidade, a realização sistemática de pesquisas de vitimização e a utilização de sistemas de georreferenciamento para a atuação policial revelam-se instrumentos muitíssimo mais úteis e efetivos na abordagem da criminalidade, especialmente a de caráter violento (idem, p. 60-61).

Daí a necessidade de pensar categorias que sirvam para articular seriamente a relação entre direitos sociais e políticas públicas destinadas

9. A referência aqui é ao que desenvolve Herrera Flores a respeito do critério da *riqueza humana* (2008, p. 178), hábil a desestabilizar as estruturas tradicionais de abordagem da temática dos direitos humanos e, ao fim, transformar a realidade a partir de propostas de caráter emancipatório.

10. O paradigma da reação social, no pensamento criminológico, trouxe a concepção de que os processos de criminalização são *criadores* da criminalidade; daí a necessidade de reconhecimento das variantes (ou dos momentos desse processo). Cf. Baratta, 2004, p. 94-95.

a satisfazê-los, de gerar *standards* que permitam avaliar em termos jurídicos essas políticas e, por fim, de apontar casos em que se possa exigir dos poderes públicos aqueles direitos incluídos em Constituições e pactos de direitos humanos (COURTIS, 2007, p. 190).

O desafio é apreender a noção de *complexidade*, que não se limita aos direitos sociais – de que o direito à segurança pública é espécie –, mas também os inclui. Não há uma fórmula simples que permita sua efetivação, tampouco se pode limitar a responsabilidade de sua concretização apenas a ferramentas jurídicas. Debruçar-se sobre a temática da concretização dos direitos sociais, em especial o direito social de segurança pública, implica desenvolver ferramentas criativas e rever construtos teóricos, a fim de que novas realidades sejam enfrentadas com novas ideias, novas soluções. Vale salientar que não se trata aqui de rechaçar as soluções tradicionalmente levadas a efeito para assegurar a concretização de direitos – há um sem número de avanços arduamente conquistados ao longo do tempo para efetivação dos direitos de cunho privatista que devem certamente ser considerados –; ao contrário, cumpre propor meios e alternativas que se *somem* ao arcabouço já existente, para que daí se permita visualizar novas soluções.

Nesse passo, a via da participação popular nos temas afetos à segurança pública parece ser a chave para a construção de práticas voltadas ao desenvolvimento de instrumentos de empoderamento individual e coletivo. A segurança pública, alijada da participação popular e de instrumentos que permitam sua fiscalização, controle e abertura a propostas que venham a surgir de novos sujeitos coletivos, resume-se a um fim em si mesmo.

Entretanto, deve-se compreender a segurança como uma condição de *desenvolvimento* de potencialidades humanas. Sua razão é muito mais de instrumento vocacionado a fomentar potencialidades humanas que de justificativa para ação regulatória por parte do Estado. É esse o viés emancipador, comprometido com um acesso igualitário e não hierarquizado de modo apriorístico à segurança, bem imaterial imprescindível a uma vida digna.

Também nos campos da gestão da segurança pública e do funcionamento do sistema de justiça criminal é necessário agregar a ideia de desenvolvimento. A contextualização dessas discussões não prescinde da visualização dos panoramas econômico, cultural, social. A ideia de desenvolvimento, porém, não se reduz ao viés econômico e de visibi-

lização dos processos de globalização e de imposição neoliberal, mas ganha complexidade para se referir igualmente à potencialização das capacidades humanas.

Em 1994, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no seu relatório anual, trouxe o conceito de *segurança humana* (1994, p. 25 et seq).[11] Para o PNUD, o conceito de segurança humana deve modificar-se evolucionando de tal maneira que, em vez de se basear exclusivamente na segurança nacional, passe a destacar muito mais a segurança da pessoa. Em lugar do tradicional discurso de segurança mediante o armamentismo, que se passe à segurança para o

11. Embora o conceito de segurança humana já fosse empregado em círculos acadêmicos do âmbito da investigação para a paz na década de 1980, a divulgação em nível internacional ocorre no ano 1994, quando o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em seu Relatório de Desenvolvimento Humano desenvolveu dito conceito. O PNUD entende que a essência da insegurança humana é a vulnerabilidade que apresentam os seres humanos. Existe uma estreita vinculação entre o desenvolvimento humano e a segurança humana, até se pode afirmar sem temor a equivocar-se que são as duas caras de uma mesma moeda. Mesmo que existem diferentes campos onde se manifesta a insegurança humana, as questões que têm maior incidência na vida dos seres humanos podem ser divididas em seis pontos. O primeiro refere-se à proteção das pessoas nos conflitos violentos. Uma vez que os civis são as principais vítimas dos conflitos, o esforço deve dirigir-se a reforçar as normas e os procedimentos para protegê-los. O segundo menciona a proteção e potencialização das pessoas que se trasladam. Para muitas pessoas a migração é uma oportunidade de melhorar seu meio de vida; para outras, contudo, a migração é a única opção que dispõe para se proteger, como por exemplo, o caso das pessoas que estão obrigadas a fugir a causa dos conflitos ou de graves violações dos direitos humanos. O terceiro diz respeito à potencialização e proteção das pessoas em situações posteriores aos conflitos: Os acordos de cessação de fogo e os arranjos de paz podem indicar o final do conflito, mesmo que não a obtenção da paz e segurança humana. O quarto refere-se à insegurança econômica, o poder de escolher entre diversas oportunidades. Trata da subsistência de uma situação geral de pobreza extrema. O funcionamento adequado dos mercados, bem assim o estabelecimento de instituições fora dos mercados são chaves para a erradicação da pobreza. O quinto ponto diz respeito à saúde como elemento da segurança humana. O sexto, sobre os conhecimentos, preparação para a vida e valores como elementos da segurança humana. Aqui a referência é à educação e à informação pública que proporciona conhecimentos, técnicas de preparação para a vida e o respeito da diversidade, temas que são especialmente importantes para a segurança humana.

desenvolvimento humano; em lugar da segurança territorial à segurança alimentícia, no emprego e o meio ambiente. A definição de segurança humana consiste em proteger a essência vital de todos os seres humanos de maneira que realce as liberdades humanas e a potencialidade de realização humana.

O conceito de segurança humana, por se vincular à concepção de desenvolvimento humano, surge quando se debatem os paradigmas de segurança e outros conceitos inter-relacionados.[12] A ideia de segurança humana, sua natureza, seu alcance e suas aplicações concretas, portanto, afetam sensivelmente a vida humana. A ideia do que se conhece como "segurança nacional" é algo remoto, no sentido de que frequentemente é definida nos termos de preparação militar, empenho de forças policiais, indústrias para a defesa e outros temas de política nacional. E a segurança humana é mais ampla e tem vigência em cada dia e em distintos momentos de incidência dos instrumentos formalizados de controle social, dentre eles a intervenção penal pelo Estado. A complexidade do tema, que toca a própria condição humana, reclama o manejo de elementos como estratégia, desenvolvimento humano e segurança humana. A verificação prática dessas ideias substanciam a trama e os fios da vida.

12. Os componentes desse conceito podem ser visualizados do seguinte modo. Entende-se por segurança econômica o manejo de fontes seguras de ingressos provenientes do trabalho produtivo e remunerado (a partir da necessária mudança da lógica de apropriação para a lógica de uso); segurança nas fontes de emprego; luta contra a má distribuição de ingressos e a perda de poder aquisitivo. A ideia de segurança alimentar traz a ideia de que a população conta com os acessos necessários aos alimentos básicos. A segurança na saúde é assegurada na situação em que existe proteção contra a existência e disseminação de doenças infecciosas e parasitárias nas zonas mais vulneráveis do mundo. A segurança pessoal implica a proteção das pessoas contra mortes criminosas, violência física, delitos associados ao narcotráfico etc. e seu impacto sobre grupos mais vulneráveis. Por segurança comunitária se entende o fato de que ser de um grupo social, étnico ou racial gera uma concorrência pela preservação cultural, o qual pode derivar em situações de conflito, violência ou discriminação, e tal circunstância requer proteção, com observância de um marco de práticas interculturais. Por segurança ambiental há de se compreender que seres humanos dependem, para seu desenvolvimento, de um ambiente físico saudável. Por fim, a segurança política supõe a garantia de abertura ao surgimento de novos sujeitos e práticas sociais de cunho emancipador, máxime nas situações de transição política.

Vale destacar que as acepções ora desenvolvidas não contrariam as conclusões da Comissão de Segurança Humana da Organização das Nações Unidas, que, em relatório datado de 2003, destacou que garantir a segurança humana significa: proteger as chamadas liberdades vitais, proteger as pessoas expostas a ameaças ou situações críticas, desenvolvendo os seus pontos fortes e procurando realizar as suas aspirações; criar sistemas que proporcionem às pessoas os elementos básicos de sobrevivência, dignidade e meios de subsistência.

A Comissão destaca que a segurança humana *complementa* a segurança do Estado, promove o desenvolvimento humano e reforça os direitos humanos. A tarefa de complementar a segurança do Estado concentra-se nas pessoas e toma em consideração os riscos que não foram consideradas uma ameaça para a segurança do Estado. Ao contemplar este outro tipo de riscos, entende a Comissão que essa atuação complementar faz com que o desenvolvimento humano vá além do conceito de "crescimento em equidade". Com isso, entende que o respeito pelos direitos humanos encontra-se no cerne da proteção da segurança humana.

É possível, a partir desse conceito de segurança humana, destacar três ordens de obstáculos à sua implementação: a preocupação pela segurança dos indivíduos e suas comunidades, especialmente nos setores mais vulneráveis; conflitos, ameaças e violências de diferentes tipos (conflitos entre Estados, colapso de Estados, violações de direitos humanos, terrorismo, crime organizado etc.); a pobreza e as situações de exclusão econômica.

Corrupção, discriminação em função de raça, sexo, etnia, religião ou filiação política, juntamente com insegurança política e ausência de possibilidades democráticas, põem em risco a segurança humana em muitos países, entre eles o Brasil. Problemas relacionados a fatos violentos de diferentes tipos são citados em muitos informes, principalmente dos países latino-americanos: violência urbana, homicídios, crime organizado, tráfico ilícito internacional de entorpecentes etc. Observa-se um aumento das redes de criminalidade que agravam a violência urbana. No Brasil, destaca-se a violência urbana, especialmente contra jovens adultos em situação de hipossuficiência econômica, como um dos obstáculos centrais à segurança humana.

A leitura dos dados e conclusões aportados pela Comissão de Segurança Humana permite, desse modo, a *visibilização* de um contexto, a *desestabilização* da compreensão vigente e imposta como natural e

imutável, tudo de sorte a pavimentar o surgimento de propostas hábeis a provocar uma *transformação* da realidade e promover efetivas práticas sociais de empoderamento e participação social.

O conceito de segurança humana complementa o conceito territorial de segurança do Estado, pois diz respeito mais ao indivíduo e à comunidade do que ao Estado. Portanto, pode ser estabelecida uma diferenciação clara entre as políticas de segurança nacional – centradas na integridade territorial de um Estado e na liberdade de determinar sua forma de governo – e o conceito de segurança humana, que tem como foco as pessoas e as comunidades, especialmente civis que estejam em situação de vulnerabilidade extrema, em consequência de guerras ou por marginalização social e econômica. Os perigos para a segurança das pessoas incluem ameaças e condições que nem sempre eram vistas como tais para a segurança do Estado; e, o que é ainda mais importante, o campo dos atores envolvidos foi ampliado, deixando de ser exclusivamente estatal. O objetivo da segurança humana implica não somente a proteção das pessoas, mas também seu empoderamento, para que possam enfrentar as situações por si mesmas.

Num viés crítico, que não rechaça, mas demanda releitura das estruturas já existentes, o conceito de segurança humana amolda-se ao compromisso de realização dos direitos humanos como resultado de processos de luta voltados a assegurar o acesso igualitário e não apriorísticamente hierarquizado ao bem imaterial denominado *segurança*, necessário a permitir uma vida digna de ser vivida por todos.[13]

A revisão dos papéis das instituições com atribuição de garantia, a participação popular e a criação de práticas emancipatórias no tema da segurança pública hão de ser incorporadas no campo jurídico-penal por meio de uma política criminal compromissada com o resgate da ação política. A noção democrática de política criminal surge justamente por meio da criação de novos espaços políticos, frise-se, sem rechaço das garantias já arduamente conquistadas, mas por meio da reinvenção do já existente e do acréscimo de novos modos de pensar a realidade jurídico-penal dos órgãos incumbidos de realizar na prática o sistema de justiça criminal.

13. As categorias operacionais mencionadas no conceito, por evidente, são aquelas desenvolvidas pelo marco teórico da presente investigação, qual seja, a teoria crítica dos direitos humanos tal como a desenvolve Herrera Flores (2008, passim; 2000; passim; 2005, passim).

3.2 *A participação cidadã*

O desenvolvimento, então, de um modelo de gestão de segurança pública e de práticas de um sistema de justiça criminal compromissados com os direitos humanos tem por ponto de partida e de chegada o resgate da ação política. Dessa percepção surge a ideia de que a participação popular e o diálogo coletivo devem ser promovidos e fomentados pelas agências estatais responsáveis pela segurança pública e pelo funcionamento do sistema de justiça como um todo. Tal compreensão tem por fundamento a participação democrática promovida num marco de fortalecimento do poder local e da participação popular.

A implementação do resgate da ação política tem por pressuposto a *renovação* da própria ideia de participação popular. Isso porque o processo de construção da cidadania vinculado à consolidação do Estado de Direito fundamentou-se num modelo político de democracia representativa. Esse modelo procedimental e formalista foi incapaz de incorporar plenamente os cidadãos nos assuntos públicos. Por consequência, pode-se afirmar que o modelo de democracia representativa motivou uma cidadania de natureza passiva.[14]

Essa é a razão pela qual se visualizam e se vivenciam no âmbito da sociedade em geral, mas também de modo particular nas próprias instituições vocacionadas à garantia dos direitos humanos, um evidente desinteresse e uma significativa perda de adesão da cidadania. Quantos agentes públicos participam de modo ativo nas decisões e rumos assumidos pelas instituições a que pertencem? O questionamento, por óbvio, refere-se à política como prática constituinte, à prática democrática, de pertencimento e atuação na conformação das orientações e revisões dos atos estatais. No âmbito da sociedade em geral, existe um sentimento

14. Julio Alguacil Gómez (2006, p. 11) salienta que o modelo de democracia representativa, por seu significado e fomento à passividade, constituiu um impedimento à consolidação de uma cidadania social e ativa, mais próxima de uma participação real nas decisões e na construção dos objetivos coletivos. Nesse sentido, "(...) La no implicación plena de los ciudadanos en la política y en los asuntos públicos hace de la propia política una dimensión muy vulnerable frente a los procesos económicos y territoriales propios del actual contexto de una globalización neoliberal". Tradução: "(...) O não envolvimento pleno dos cidadãos na política e nos assuntos públicos faz da própria política uma dimensão muito vulnerável frente aos processos econômicos e territoriais próprios do atual contexto de uma globalização neoliberal".

de participação ativa nos rumos da segurança pública ou mesmo nos ditames do sistema de justiça criminal?

Há de se buscar e fomentar práticas sociais que valorizem movimentos de cidadania, que fomentem a criação de espaços de singularidade própria, com base territorial e, por conseguinte, de desenvolvimento de capacidades dentro de um processo de confluências territorialmente identificadas. Cumpre adotar uma perspectiva de complementariedade dessas territorialidades, que projete a extensão das demandas locais a garantias de maior amplitude, combinando eficazmente estratégias de reivindicação e mobilização por meio da prática de experiências de ação direta, de autogestão e de gestão compartilhada com outras agências, instituições e órgãos de governo locais. A lógica de construção de políticas públicas voltadas à implementação de demandas de atuação do sistema de justiça e, principalmente, à concretização de uma gestão democrática da segurança pública deve passar por processos de constituição que atuem segundo uma lógica de baixo para cima.

Com efeito, a dinâmica de leitura de demandas e respostas, na tensão entre o geral e o particular, deve atuar a partir da consideração que permita uma relação de tensão dinâmica entre o todo e a parte, entre diretivas de caráter geral e condições concretas de espaço social e âmbitos locais, entre formalização de demandas por garantias (jurídicas, sociais, econômicas, políticas) e reclamos particulares de efetivação concreta dessas garantias. Planos e estratégias que não observem essa lógica "de baixo para cima", isto é, de fortalecimento de poder local, correm inevitável risco de ineficácia, de permanência na apatia própria de uma cidadania passiva. As estratégias excessivamente genéricas ou se encontram submetidas a diretrizes emanadas de um centro decisório ou acabam por carecer de recursos para sua implementação. As políticas locais, num marco de poder centralizado e geral, não são políticas de decisão, mas políticas subordinadas de execução e transmissão da política geral.

A prática de cidadania e de compromisso com o acesso igualitário e não hierarquizado *a priori* aos bens necessários a uma vida digna jamais é plena se não reflete e projeta a esfera do mundo numa perspectiva de suas demandas e leituras cotidianas. A origem de propostas de política criminal surge necessariamente de um *lugar*, hábil a permitir a construção de identidade e de relação do sujeito face ao seu entorno. É possível verificar dois marcos na construção desse *lugar*.

O primeiro marco refere-se, na esteira da ideia de lugar, a orientar as propostas de práticas sociais, à criação de um sentimento de *pertencimento* das pessoas que são destinatárias e ao mesmo tempo razão de existência dessas ações. A ideia de pertencimento, imprescindível à construção de uma autonomia cidadã, traduz-se na possibilidade real de acesso direto às relações sociais. Nesse sentido:

"(...) La identidad se forja a través de la alteridad (reconocimiento de los 'otros' diferentes) y esto precisa de una gestión democrática de la pluralidad que permita alcanzar la adhesión necesaria sin la cual resulta imposible abordar los retos de la ciudadanía: construir conjuntamente (donde ningún tipo de singularidad puede arrogarse la superioridad)" (ALGUACIL, 2006, p. 16).[15]

Logo, a participação política plena só pode desenvolver-se num espaço de realidade social vinculado a um espaço concreto, que seja suporte de uma população (crescentemente diversa em sua composição), de seus recursos e de sua organização social.

O segundo marco refere-se à cidadania como *participação nos assuntos públicos*, que conduz necessariamente à redistribuição ou a socialização do poder. Há de ser compreendido como o desenvolvimento das capacidades para efetivar decisões sobre a gestão dos recursos de seu ambiente social e físico, bem assim poder afrontar a solução dos problemas que afetam aos sujeitos por parte dos próprios sujeitos. É essa orientação prática que permitirá a construção da democracia num viés de textura aberta, de prática democrática constituinte.

Um exemplo específico é elucidativo para demonstração do que aqui se desenvolve. Tome-se, por amostra, o caso do Distrito Federal. É preciso ter em mente, na realidade do Distrito Federal (região), o que seriam unidades hábeis a serem consideradas como locais. A criação de um espaço que sirva de *local*, num marco teórico de caráter propositivo, isto é, que pretenda propor ou justificar práticas sociais emancipadoras de sorte a agregar à realidade, e não simplesmente desconstruir as estruturas de que já se dispõe, deve, tanto quanto possível, considerar as estruturas formalmente existentes para a consolidação de uma prática

15. Tradução: "(...) A identidade se forja por meio da alteridade (reconhecimento dos 'outros' diferentes) e isso exige uma gestão democrática da pluralidade que permita alcançar a adesão necessária sem a qual resulta impossível abordar os desafios da cidadania: construir conjuntamente (onde nenhum tipo de singularidade pode arrogar-se como superior)".

democrática. Além disso, por conta da descentralização das unidades administrativas, a permitir a leitura localizada de demandas e de atuações comunitárias, a melhor variável para apreciação da descentralização é a divisão das regiões administrativas.

A participação com maior intensidade pode se dar com maior facilidade e operacionalidade na medida em que o âmbito de atuação mantenha um certo equilíbrio, o que reclama uma dimensão territorial suficientemente grande, para contar com estruturas mínimas e próprias de organização, e suficientemente pequena, para possuir uma densidade relacional adequada e poder estabelecer instrumentos de controle coletivo e participação real. Por se tratar de divisão que deriva de reclamos políticos – pois, como se verá, a unidade é criada a partir de uma lei –, bem assim por já constar na estrutura do Distrito Federal, a região administrativa surge como unidade mínima de *lugar* para os fins de articulação política ora propostos.

A Lei Orgânica do Distrito Federal[16] prevê, em seus arts. 10 a 13, que "(...) o Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento socioeconômico e à melhoria da qualidade de vida", bem assim que "(...) as Administrações Regionais integram a estrutura administrativa do Distrito Federal". As Regiões Administrativas evidenciam exemplo, ao menos formalmente, de governo descentralizado, uma vez que cada Região "(...) terá um Conselho de Representantes Comunitários, com funções consultivas e fiscalizadoras, na forma da lei" e a criação ou extinção de cada uma dessas Regiões, segundo a mesma Lei Orgânica do Distrito Federal, se fará mediante lei aprovada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Atualmente, o Distrito Federal conta com 30 regiões administrativas.[17] Esses âmbitos locais, onde os cidadãos podem alcançar maior autonomia e construir a oportunidade de incorporar-se a uma estrutura

16. Lei Orgânica do Distrito Federal. *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília, 09.06.1993, Suplemento Especial. Disponível em: [http://sileg.sga.df.gov.br/default.asp]. Acesso em: 02.06.2009.

17. São elas: Candangolândia, Águas Claras, Brasília, Brazlândia, Ceilândia, Itapoã, Planaltina, Samambaia, Santa Maria, São Sebastião, Sobradinho, Sobradinho II, Taguatinga, Cruzeiro, Gama, Guará, Jardim Botânico, Lago Norte, Lago Sul, Núcleo Bandeirante, Paranoá, Park Way, Recanto Das Emas, Riacho Fundo, Riacho Fundo II, Setor Complementar de Indústria

comum de ação política, permite o encontro de estruturas de ordem governamental e também de ordem social (organizações sociais, associações comunitárias etc.). A proximidade dessas estruturas formais – estatais e não estatais – possuem a aptidão para se converterem em verdadeiras escolas de democracia, desde que se assegure o interesse e se estime o sentimento de pertencimento de cada cidadão na gestão da *res* pública. A temática da segurança pública, inserida na esfera político-criminal, é essencialmente uma questão política e, como tal, deve ser debatida e construída por todos os cidadãos, independentemente de sua formação e conhecimento (ROLIM, 2006, p. 49).

Nesse sentido, também aos temas atinentes à política criminal, notadamente na sua feição de segurança pública, há de se desenvolver um conceito de cidadania, de modo que seja ela compreendida como um espaço de mediação, um conjunto de procedimentos diversos para confluências em escalas territoriais, grupos e coletividades em geral, em que o espaço social e de governo local seja um primeiro momento básico e fundamental de inclusão dos sujeitos para construção de relações ótimas de liberdade e igualdade.

A advertência de Alguacil Gómez é precisa, quando afirma que "(...) Unas organizaciones sociales separadas de la política, de la gobernación local, pueden llevar a movimientos sectarios y antisociales; un gobierno local separado de las organizaciones sociales puede llevar al autoritarismo y a la deslegitimación de las instituciones" (2006, p. 18). Esse risco é justamente o que pode vir a acometer instituições e agências estatais, na hipótese de que suas disposições evidenciem um descompromisso com os direitos humanos e com o resgate da ação política nos temas de segurança pública e funcionamento do sistema de justiça. Mais que formalmente e juridicamente estabelecidos como estruturas estatais de garantia ao cidadão, cabem a esses órgãos e instituições assumir o papel de fomentador dessa nova cidadania, também no campo jurídico-penal, para que possam atuar de modo emancipatório.

A solução para afastar o perigo mencionado é uma nova cultura política que dê protagonismo a *políticas locais*. Com isso, as novas dimensões da cidadania recuperam a originária vinculação às particularidades, aos territórios e à esfera da vida cotidiana. Essa nova articulação entre o universal e o particular e a nova complexidade derivada da fragmentação

e Abastecimento, Setor de Indústria e Abastecimento (SIA), Sudoeste e Octogonal, Varjão e Vicente Pires.

dos âmbitos de poder anunciam a necessária observância de vetores que atuem de baixo para cima e de dentro para fora. A preocupação é com a construção de um projeto democrático de política criminal para o sistema de justiça e de construção de um modelo de gestão de segurança pública que deem azo e possibilidade ao desenvolvimento das capacidades humanas e, por conseguinte, se apresentem como complexo, multidimensional e interativo, isto é, de textura aberta. Vale lembrar o que leciona Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 238-239) a respeito:

"Uma tal concepção da emancipação política implica a criação de um *novo senso comum político*. A conversão da diferenciação do político no modo privilegiado de estruturação e diferenciação da prática social tem como corolário a descentração relativa do Estado e do princípio do Estado. A nova cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política horizontal entre os cidadãos. Com isto, revaloriza-se o princípio da comunidade e, com ele, a ideia da igualdade sem mesmidade, a ideia de autonomia e a ideia de solidariedade."

A emergência de políticas locais substancia justamente a ferramenta necessária para o desenvolvimento local. Igualmente, a multidimensionalidade e a complexidade de políticas locais de coesão social, próprias de uma intervenção integrada e inclusiva, só podem ter lugar a partir da introdução de inovações participativas de caráter transversal. É esse o ambiente para o surgimento de uma democracia de caráter reflexivo, em que seus agentes atuam como produtores e comunicadores sobre si mesmos e sobre suas ações externas, graças à interatividade com os demais sujeitos-agentes de outros locais.

É bem verdade que o tema da participação local e da democracia participativa como um todo por si só reclamaria uma investigação monográfica própria. No entanto, ao menos para os fins do presente trabalho, há de se ter em conta que a democracia participativa, por configurar uma autonomia crítica ao sujeito, baseia-se na participação como um conjunto de procedimentos e processos relacionais em que os agentes atuam em relação simétrica e recíproca, de comunicação, de cooperação, de corresponsabilidade (ALGUACIL, 2006, p. 24). A compreensão da participação na vida social passa pelas variáveis *necessidade* e *direito*, de modo a permitir a recuperação do sentido transversal e relacional da participação popular.

4. Os conselhos de segurança e os desafios da integração

4.1 Como verificar a consistência democrática e cidadã das propostas?

A participação popular como ação cidadã conjunta, quando se cuida de política criminal e segurança pública, demanda a assunção de um conceito complexo de participação. Mais que enunciar as propostas, é preciso igualmente dotar aquele que atua no sistema de justiça criminal e na gestão da segurança pública de mecanismos de verificação do êxito dessas propostas. Em outras palavras, a tarefa não se resume a enunciar as propostas, mas também implica apresentar os testes de consistência dessas propostas como ferramentas para o empoderamento cidadão.

Os testes de consistência para propostas de empoderamento e participação cidadã nos rumos de política criminal, especialmente na sua feição de segurança pública, passam por três pontos de análise. O primeiro refere-se à *complexidade* da própria participação, o segundo cuida do *modelo* a ser adotado que define o grau de participação e o terceiro define-se pela análise do *produto* dessa participação.

Passa-se à análise da complexidade da participação. Pode ser ela enunciada por cinco momentos (os quais não são sucessivos ou estanques, mas atuam em relação cíclica, dinâmica). O fomento à *comunicação* (a), compreendida esta como o amplo acesso à informação sobre a gestão da *res* pública, é o meio para que a construção de uma política *inclusiva*, em que o cidadão *é parte* de redes sociais. O fomento ao *conhecimento* (b) acerca de como se gere o aparato de segurança pública implica uma *integração próxima* do cidadão em relação ao seu lugar, isto é, o cidadão, desse modo, *será parte* da coletividade. A *consciência* (c) advinda desse processo permite ao cidadão a construção de uma relação de *identidade/alteridade* em relação a si próprio e ao seu meio, de modo que ele *se sente parte* de uma comunidade. Comunicação, conhecimento e consciência conduzem à *ação* (d), em que o cidadão é chamado a *decidir* num projeto futuro ou mesmo na construção de procedimentos, de sorte que ele *tem parte* ou *toma parte* no processo democrático. Por fim, num ambiente em que os sujeitos *compartilham*, *cooperam* e se *corresponsabilizam* (e), parece evidente que estão eles *implicados* num processo mais amplo e, por conseguinte, *concretizam sua participação*.

Em relação ao modelo de gestão da política criminal, vê-se em regra um modelo de *gestão direta*, em que a administração formalmente estabelecida gere exclusivamente a criação e programação de serviços, prestações e espaços públicos. As limitações à participação popular são

máximas, pois esse modelo de gestão compreende essa participação apenas como direito à informação a respeito das atividades realizadas pelo gerenciamento central das áreas e departamentos administrativos (decisões que derivam de cima para baixo). Em contraposição, o modelo a se almejar é um modelo de *codecisão* e *gestão compartilhada*, em que os sujeitos assumam responsabilidades de organização e gestão dos serviços e espaços, para obter a capacidade de (re)orientar suas demandas e necessidades, bem assim aliviar a carga decisória do governo local em particular e do setor público em geral.[18]

A análise do produto da participação popular implica necessariamente comunicação e participação interna nas estruturas administrativas, além de comunicação e participação externa com o entorno e as estruturas sociais (redes sociais). O produto de um modelo de gestão relacional da política criminal, espera-se, deve promover: uma análise da realidade mais acurada; a concepção de estruturas e de programas mais consistentes e próximos aos anseios da comunidade; a formulação de serviços públicos (demanda); a produção de serviços públicos com a participação da comunidade; o balanço social dos resultados obtidos.

O aprimoramento de caráter institucional – que reclama o maior esforço do operador jurídico, que costumeiramente encontra-se cerrado em suas posições estritamente jurídicas – diz respeito às relações entre os agentes envolvidos nos temas de política criminal. Na relação entre governo local e entidades sociais, é preciso desmitificar o infundado costume de desconfiança e instrumentalização da atuação dessas entidades. Na relação entre governo local e cidadãos em geral, cumpre incorporar os cidadãos às decisões públicas e, para tanto, revela-se imprescindível o trabalho em redes, onde cada um cumpre seu papel de forma não exclusiva nem excludente. Essa última preocupação também destina-se a instituições como o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Polícias, muitas vezes enxergados pela população em geral apenas como estruturas de governo.

18. Não se vislumbra possível, no campo penal, a incidência de um modelo de autogestão, que supõe o controle, a apropriação plena por parte dos cidadãos de continentes e conteúdos, de espaços e atividades de caráter público, independentemente de quem seja a propriedade jurídica. Isso porque tal modelo implica a afastar a feição repressiva que inegavelmente exerce o controle penal, a atuar muitas vezes de modo contramajoritário. A respeito do modelo de autogestão, cf. ALGUACIL, 2006, p. 28-29.

Nas relações interadministrativas, vê-se a necessidade de estabelecer um plano de comunicação relacional interno entre as administrações locais. A comunicação e a participação, que devem ser relacionais e transversais, devem ter a aptidão de conduzir a uma capacidade de liderança e também a competência para articular partes distintas da estrutura da administração na construção comum e democrática dessa estrutura administrativa. Em particular, as agências estatais destinadas à repressão da criminalidade e à realização do sistema de justiça devem atentar para a abertura dos temas em debate institucional para a colheita das demandas e necessidades da coletividade.

A leitura dessas demandas e necessidades – de onde podem também surgir propostas de solução – se dá pela cultura de redes sociais. A criação desses tecidos comuns há de permitir o surgimento de uma potencialidade sinérgica para um projeto comum: que considere os temas de política criminal com uma textura abertura, de profunda densidade democrática e, principalmente, de efetiva participação – tanto da sociedade quanto de cada agente público envolvido na realização da segurança pública e do sistema de justiça criminal.

É importante ter em mente que, ainda que considerada a realidade da Administração Pública, as ideias aqui lançadas – num menor ou maior grau – a ela também se aplicam. Em outras palavras, também a produção derivada de uma participação amiúde e relacional deve ocorrer *dentro* das instituições e agências estatais de segurança pública e de funcionamento do sistema de justiça. As orientações derivadas e havidas pelos órgãos públicos hão de ser fruto da mobilização e diálogo permanentes de todos os integrantes de seus quadros, observando a lógica *de baixo para cima*, *de dentro para fora*, para que igualmente possam afirmar-se democráticas. A democracia, não é demais repetir, há de ser considerada como *status*, como prática constituinte e complexa, de sorte a implicar igualmente a sua observância também na gestão institucional da Administração Pública, a fim de que o componente democrático de sua conformação não se esgote na eventual luta pela escolha por voto de seus dirigentes.

Tem-se, pois, que, *politicamente*, um modelo de pretensão emancipatória, a reclamar práticas sociais de empoderamento cidadão e de maior diálogo com as instituições e agências que concretizam o sistema de justiça criminal, apresenta-se, no plano político, como um Estado descentralizado, de feição participativa no seu conteúdo democrático (democracia reflexiva) e dotado de uma comunitarização dos serviços. A *gestão* pretendida, por conseguinte, é uma gestão compartilhada, de

corresponsabilidade, em lugar do modelo de gestão direta hoje presente nos temas de segurança pública e de política criminal como um todo. A *qualidade* dos serviços eleitos, das propostas formuladas, das demandas exteriorizadas, de toda a estrutura organizacional – estatal e não estatal –, enfim, é entendida como processo, e não como produto. A *participação* é compreendida numa perspectiva de cooperação e diálogo, em lugar de simples consulta ou mesmo de audiência para um monólogo estatal. *Culturalmente*, abre-se espaço para uma nova cultura política, aberta a uma multiculturalidade ou, melhor dizendo, interculturalidade (HERRERA, 2008, p. 124 et seq).

Os instrumentos de participação de um modelo de participação democrática, por conseguinte, são facilmente visualizáveis. A ampla realização de assembleias no âmbito das regiões administrativas do Distrito Federal parece ser amplamente necessária para a discussão comunitária dos temas que envolvam segurança pública e práticas comunitárias. O fomento a oficinas que resultem em projetos de interesse comunitário parece ser interessante. *Workshops*, congressos, seminários, toda sorte de espaço de discussão sobre a gestão pública, nesse ponto, é bem-vinda. O fomento a planos integrais de desenvolvimento comunitário surge como medida premente e necessária. O orçamento participativo, experiência pioneira da cidade de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, também parece interessar aos temas de segurança pública e justiça criminal, na medida em que permite ao cidadão a participação e decisão sobre os rumos de gastos e investimentos que refletirão na segurança da comunidade.

Os chamados conselhos comunitários, como proposta de participação popular de formulação de políticas criminais, especialmente voltados a temas de segurança pública, assumem importante papel num modelo de administração relacional, isto é, num modelo de administração que permita uma participação cidadã e democrática. Com efeito, os Conselhos exercem papel semelhante ao que exercem as *Associações*, que atuam em cooperação e mediação amparadas em compromissos de reciprocidade e corresponsabilidade, e os *cidadãos* de um modo geral, que atuam tanto de modo ativo, corresponsável e participativo.

Propostas de cunho relacional, portanto, em qualquer âmbito de atuação, implicam comunicação e participação internas em face das estruturas administrativas e também comunicação e participação externas em face do entorno e das estruturas sociais (redes sociais). Isso porque, parece óbvio, o conteúdo democrático de determinada sociedade há de

ser medido, entre outros meios, pelo grau de articulação de seu tecido social. Assim, permite-se a satisfação das necessidades e demandas no nível mais próximo possível dos cidadãos. Nesse sentido, confira-se:

"(...) la función de las administraciones públicas, en cuanto que se trata de estructuras de las que democráticamente se han dotado los ciudadanos en su conjunto, es garantizar la cohesión social y, en consecuencia, potenciar, promover y fomentar el desarrollo de la capacidad de los ciudadanos para que estos puedan acometer de forma autónoma y democrática el diseño de la acción colectiva, la gestión, la gestión de las actividades, espacios y ámbitos necesarios para dar solución a las demandas y necesidades de la sociedad. Sería también cometido de las administraciones públicas armonizar las diferentes iniciativas sociales, favoreciendo la compatibilidad de los diversos intereses colectivos, evitando los corporativismos o sectarismos y garantizando a la vez la participación y la transparencia de los proyectos, así como el uso de los recursos públicos gestionados por las propias organizaciones ciudadanas" (ALGUACIL, 2006, p. 43).

Assim, o processo de democratização passa, no aspecto econômico-administrativo, pela distribuição de recursos da economia pública, por meio da desconcentração político-administrativa. No aspecto político, passa pela desconcentração política e, por conseguinte, pela transferência de competências. No aspecto sócio-político, passa pela desburocratização sócio-política, hábil a permitir a distribuição do poder.

A presença concomitante desses aspectos da democratização permite a multiplicação de pontos de confluência entre o âmbito estatal e o âmbito não estatal, de modo a permitir a melhor das políticas locais, a participação e a confiança necessária para o desenvolvimento dos recursos e capacidades de natureza comum e relacional. Nessa linha de ideias, a utilização dos chamados *conselhos comunitários* atende ao critério de desenvolvimento humano já mencionado.

4.2 Conselhos comunitários e a integração local e regional

O conceito de conselho comunitário insere-se na ideia mais ampla de proposta de segurança pública comunitária como política pública. Com efeito, parte-se da concepção de segurança comunitária, que, segundo conceito veiculado em ato normativo regulamentar (Portaria 30 da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, de 28.02.2005, item 5.23):

"(...) é uma filosofia de segurança pública do Governo do Distrito Federal, cuja diretriz é a integração e o engajamento, na implantação de uma nova forma de gestão, dos órgãos do Sistema de Segurança Pública e Defesa Social, demais órgãos governamentais, representantes da sociedade civil e as autoridades locais dos Poderes Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, através da participação de todos na formulação, desenvolvimento e avaliação das medidas operacionais que objetivem a redução da criminalidade, violência, sinistros, desastres e acidentes, priorizando ações preventivas tendentes à obtenção de uma melhor qualidade de vida, maior percepção de risco da sociedade e aumento da sensação de segurança."

Convém destacar que o tema da segurança comunitária vai além da questão criminal. Com efeito, podem-se visualizar duas vertentes de segurança pública e defesa social a ser veiculadas no modelo de segurança comunitária. Uma primeira vertente, própria de segurança pública, diz respeito à violência e à criminalidade e se refere precipuamente, na esfera do Poder Executivo, às Polícias Militares e Civil. À Política Militar incumbe precipuamente a realização do policiamento ostensivo e a manutenção da ordem pública e, por isso, deve ela buscar um engajamento na comunidade, de sorte que atue ela também como sujeito na prevenção e solução dos problemas comunitários. À Polícia Civil cabe a tarefa de realizar as funções de polícia judiciária e investigativa das infrações penais. Uma segunda vertente, que se refere à defesa social, refere-se aos acidentes, sinistros e desastres, e guarda pertinência com o Corpo de Bombeiros Militar, A Subsecretaria de Defesa Civil e o Departamento de Trânsito.

Ainda que os programas de segurança pública fiquem a cargo, em regra, das pastas (Secretarias) de segurança pública, é importante ter em conta que a questão criminal, para que se respeite a sua complexidade, exige abordagem *interorganizacional*, isto é, que permita o enlace e a atuação de diversas instituições e órgãos, pois são diversos os temas e matérias atinentes à questão da segurança.

Os Conselhos Comunitários de Segurança são entidades comunitárias *privadas* de cooperação *voluntária* com a política de segurança pública e defesa social do Distrito Federal. São constituídos por pessoas de uma mesma comunidade que se reúnem com autoridades públicas para discutir, analisar, planejar, avaliar e acompanhar a solução de seus problemas de proteção social, assim como para estreitar laços de entendimento e cooperação entre as várias lideranças locais. Formalmente,

os Conselhos são compostos de um Presidente, um Vice-Presidente, um Diretor Comunitário, um Primeiro Secretário e um Segundo Secretário, escolhidos dentre representantes da comunidade.

A partir da previsão formal de sua existência, a serem considerados pela estrutura organizativa do Governo local, os conselhos passam a influir decisivamente nos rumos da política criminal estatal, máxime na vertente de segurança pública. Substanciam canal privilegiado para o direcionamento dessas ações. Ainda, ao chamar à participação os integrantes de uma mesma comunidade, os conselhos cumprem com a previsão normativa que fixa a segurança pública como um dever de todos (e não apenas das estruturas burocráticas e organizativas do Estado), a teor do art. 144 da CF/1988.

A previsão normativa dos Conselhos de Segurança Comunitária passa ainda por divisões que atendem tanto ao critério de local – um conselho para cada região administrativa, no mínimo, chamados de Consegs/RA – quanto a um critério de especialização de matéria.[19] É interessante notar que o surgimento desses Conselhos Especiais ocorreu muito pela presença e luta política das classes ou grupos envolvidos nos processos de luta acerca dos bens tocados pela temática do Conselho. Com efeito, rodoviários, taxistas, empresários e outros grupos articulam-se politicamente para, a fim de consolidar maior (e melhor) espaço político também nos temas de segurança pública, verem reconhecidos conselhos específicos e, com isso, assegurarem um canal direto e privilegiado para a exposição de suas demandas de segurança pública.

19. O Distrito Federal, por exemplo, conta com diversos Conselhos temáticos, os chamados Conselhos Comunitários Especiais de Segurança (Consegs/Especiais), previstos na mencionada Portaria 30 da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social. Atualmente, os Consegs/Especiais são compostos pelos Conselhos Comunitários Especiais de Segurança Rural – Consegs Especiais/Rural, Conselhos Comunitários Especiais de Segurança Escolar – Consegs Especiais/Escolar, Conselho Comunitário Especial de Segurança da Universidade de Brasília – Conseg Especial/UnB, Conselho Comunitário Especial de Segurança dos Rodoviários – Conseg Especial/Rodoviários, Conselho Comunitário Especial de Segurança dos Taxistas – Conseg Especial/Taxistas, Conselho Comunitário Especial de Segurança dos Postos de Combustível – Conseg Especial/Postos de Combustível, Conselho Comunitário Especial de Segurança da Indústria Gráfica – Conseg Especial/Indústria Gráfica, Conselho Comunitário Especial do Comércio Atacadista – Conseg Especial/Comércio Atacadista e Conselho Comunitário Especial do Transporte Alternativo – Conseg Especial/Transporte Alternativo.

Desse modo, segundo a estrutura formalmente prevista ao Conselho de Segurança, hoje, incumbe aos Conselhos tarefas que podem ser agrupadas em cinco pontos. O primeiro ponto refere-se à função de identificar e mobilizar os segmentos representativos da comunidade para, juntos com os órgãos do sistema de segurança pública e defesa social do Distrito Federal, promoverem o planejamento de programas de prevenção à violência, à criminalidade e a outros fatores envolvidos na problemática dos fenômenos da segurança pública e defesa social. O segundo ponto refere-se ao papel de possibilitar a integração entre a comunidade mobilizada e as autoridades locais de segurança pública e defesa social. O terceiro ponto menciona a realização de estudos para promoção de cursos de capacitação dos segmentos da comunidade, sobre medidas de proteção social. O quarto ponto, promover a articulação com outros órgãos públicos, visando ao planejamento e a execução de medidas necessárias à preservação da ordem pública. O quinto ponto diz respeito à função de apresentar sugestões e propostas às autoridades, que resultem em leis de interesse à proteção social.

A composição dos Conselhos, portanto, é mista e deve contar com membros da comunidade, mas também com agentes estatais titulares de atribuições que tenham relação com os temas afeitos ao Conselho. Assim, são eles integrados por membros governamentais efetivos, ou seja, autoridades do sistema de segurança pública e defesa social do Distrito Federal[20] ou, conforme o caso, de acordo com as características do Conselho, de outros órgãos públicos, com participação obrigatória nas reuniões mensais, e membros colaboradores, estes representantes de entidades comunitárias legalmente constituídas, como associações locais, clubes de serviço, organizações religiosas, organizações da socie-

20. O Dec. 24.316, de 23.12.2003, define, em seu art. 7.°, que os Grupos Gestores Regionais de Segurança Comunitária – Gescom, com atuação no território da respectiva Região Administrativa e sob a presidência do Administrador Regional, é composto por membros governamentais efetivos e membros colaboradores. Nos Conselhos Comunitários, os membros efetivos são: o Comandante do Batalhão ou Companhia de Polícia Militar da respectiva Região Administrativa; o Comandante do Batalhão ou Companhia do Corpo de Bombeiros Militar da respectiva Região Administrativa; os Delegados-chefes das Delegacias de Polícia Civil da respectiva Região Administrativa; um representante do Departamento de Trânsito do Distrito Federal; um representante da Subsecretaria de Programas Comunitários; um representante do Centro Integrado de Operações de Segurança Pública e Defesa Social.

dade civil de interesse público – Oscip, organizações prestadoras de serviços relevantes à coletividade, dentre outras de mesma natureza.

A participação no Conselho, então, é aberta a qualquer pessoa disposta a atuar e com interesse nos assuntos daquela comunidade. O interessado pode integrar a Diretoria do Conselho, submetendo-se a eleição regulamentar, ou mesmo colaborar com as atividades oferecendo propostas, sugestões e ideias, além de participar de debates sobre os meios e formas com que cada comunidade organizada possa colaborar com os órgãos públicos. Os órgãos dentro do Conselho são alcançados mediante eleição livre, direta e com participação de todos os membros da comunidade.

Os Conselhos, assim, constituem canal privilegiado ao Estado à obtenção de subsídios da sociedade, para otimizar a atuação dos órgãos de segurança pública e defesa social do Distrito Federal (exemplo construído para o presente trabalho), em benefício do cidadão e da comunidade. Os Conselhos têm aptidão para congregar as lideranças comunitárias afins, conjuntamente com as autoridades locais, no sentido de planejar ações integradas de segurança que resultem na melhoria da qualidade de vida da comunidade e na valorização dos integrantes do sistema de segurança pública e defesa social. Ainda, auxiliam as autoridades na definição e execução de ações prioritárias de segurança pública e de defesa social, bem assim mobilizam a comunidade, com vistas à solução de problemas que possam trazer implicações à segurança pública e à defesa social.

Os Conselhos, igualmente, podem constituir importante foro para a promoção de palestras, conferências, debates, campanhas educativas e outros empreendimentos culturais que orientem a comunidade na percepção de riscos à sua segurança. A integração dos Conselhos com outras estruturas – educacionais, de pesquisa universitária, por exemplo – pode permitir a realização de estudos e pesquisas, com o fim de proporcionar o aumento da segurança na comunidade e maior eficiência dos órgãos integrantes da segurança pública e defesa social, inclusive mediante convênios ou parcerias com instituições públicas e privadas. Por fim, além de levar ao conhecimento das autoridades públicas as queixas e reivindicações da comunidade, o Conselho servirá como um canal útil de comunicação para a formulação de propostas e reunião de subsídios para elaboração legislativa em prol dos temas que toquem a segurança da comunidade e a questão criminal como um todo.

O incentivo à participação e à efetividade dos Conselhos passa necessariamente por uma mudança de cultura. Esse fomento, na linha do que já se afirmou, necessariamente implica a preocupação com os postulados de informação e consulta da cidadania. O resgate da ação política e a inserção cidadã atuam num movimento cíclico, que inclui instrumentos de consulta, de expressão de opiniões, reclamos e propostas, bem assim instrumentos de melhor acesso à informação da população sobre as normas, diretivas, acordos, parcerias e projetos que toquem aquela localidade (região administrativa). O incentivo à participação será tanto maior quanto maior for a presença e a influência dos conselhos comunitários na gestão da segurança pública.

4.3 A integração entre os âmbitos local e regional

A questão seguinte refere-se ao modo de integração com o âmbito regional. Entenda-se por âmbito regional a unidade federativa brasileira. No caso do presente trabalho, tem-se, por amostra, o Distrito Federal como *região*. Parece evidente que o agente público envolvido na segurança pública e no sistema de justiça deve conhecer não apenas as estruturas normativas próprias de sua atividade, mas, em verdade, deve travar contato amiúde com a realidade social, cultural, política, econômica, enfim, o contexto do local em que exercerá suas funções. O risco de desconhecimento da realidade em que fará atuar o sistema de justiça criminal é evidente: repetir inconscientemente uma estrutura que peca por seu isolamento e por se entender o reducionismo próprio da abordagem jurídica como suficiente.[21]

A consideração do contexto subjacente aos locais em que atuam os órgãos e agências estatais incumbidos da realização da segurança pública e do sistema de justiça criminal, dentre outros modos, pode ser feita por meio da interação continuada com os conselhos comunitários de segurança pública, bem assim por meio do fomento à instalação de outros

21. O risco de isolamento da abordagem jurídica foi objeto de abordagem no início da presente investigação. Repita-se: não se cuida de rechaçar a abordagem jurídica; ao contrário, há de se considerá-la como uma – quiçá das mais importantes – possibilidades de construção de garantias aos direitos humanos. Contudo, a efetividade dos direitos humanos passa também pela consciência de que outras estruturas de garantias também são necessárias (culturais, sociais, econômicas, políticas) e devem consistir igualmente em objetivos das lutas sociais para a efetivação dos direitos humanos.

tipos de núcleos de exercício de democracia popular quanto aos temas de política criminal, tais como conselhos de segurança escolar, conselhos de segurança comunitária rural e urbano e tantos outros. Essa atuação em rede há de permitir a leitura mais aproximada da realidade, a fim de que as agências estatais, em suas feições técnica e jurídica, concretizem uma prática de segurança pública e de funcionamento do sistema de justiça *contaminada* do contexto, *impura*.

A seletividade do sistema de justiça criminal – constatada pelo modelo teórico da criminologia da reação social – há de ser superada ou ao menos atenuada por meio de uma consciência do contexto em que inserida a atuação do Estado. A esta altura, convém analisar, sempre a título exemplificativo, a estrutura de formulação de políticas públicas locais de segurança pública no Distrito Federal. O Governo regional – isto é, o Governo do Distrito Federal – atua, ao menos em sua estrutura normativa, em conformidade com o que apregoam os chamados Conselhos Regionais de Segurança Pública. Tais Conselhos têm a competência de promover, no âmbito regional, a troca de experiências, bem como realizar o planejamento integrado e a coordenação de ações de segurança pública de interesse comum, tendo em vista que estas muitas vezes extrapolam os limites das unidades federadas.

O Conselho Regional é composto pelos seguintes integrantes da esfera regional: Secretário de Segurança Pública (presidente), Comandante Geral da Polícia Militar, Diretor Geral da Polícia Civil. Além deles, participam dos Conselhos Regionais os seguintes representantes do governo federal: Secretário Nacional de Segurança Pública, o respectivo Superintendente da Polícia Federal na unidade federativa e o superintendente da Polícia Rodoviária Federal na mesma unidade federativa.

Nota-se a ausência de participação do Ministério Público, do Poder Judiciário e de setores da advocacia (especialmente a Defensoria Pública) nesse diálogo entre as esferas regionais e nacional, o que, por evidente, em muito prejudica a visão mais ampla de programas que toquem, ainda que por via oblíqua, o funcionamento do sistema de justiça criminal. Afinal, a questão da segurança pública, se não passa toda ela pelas discussões do campo jurídico-penal, decerto em muito redundará em demandas e respostas a serem deduzidas pelo sistema de justiça criminal.

Ainda, para tratar da vinculação da esfera regional em relação à esfera nacional, merece destaque a figura do Gabinete de Gestão Integrada (GGI), que atua como um fórum deliberativo e executivo e opera

por consenso, formalmente sem hierarquia e com respeito à autonomia das instituições que o compõem. Visa coordenar o Sistema Único de Segurança Pública nos Estados, que será tratado a seguir, conforme termo de convênio celebrado entre a União, por intermédio do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, e os Estados Federados, por intermédio de suas Secretarias Estaduais de Segurança Pública e Defesa Social.

A operacionalização do Sistema Único de Segurança Pública (Susp) como desdobramento do Plano Nacional de Segurança Pública, tenta integrar de maneira prática os órgãos pertinentes ao campo da justiça criminal. Deve-se salientar, no entanto, que a integração não implica unificação desses órgãos, uma vez que o Susp foi concebido com o objetivo de integrar as ações das polícias nas três esferas do Poder Executivo. O Gabinete de Gestão Integrada atua segundo três diretrizes: (a) o incremento da integração entre os órgãos do sistema de justiça criminal; (b) a implantação do planejamento estratégico como ferramenta gerencial das ações empreendidas pelo sistema de justiça criminal; e (c) a constituição da informação como principal ferramenta de ação policial.

O Gabinete de Gestão Integrada, situado no âmbito da unidade federativa (regional), decorre da adesão ao Sistema Único de Segurança Pública (Susp) pelo Estado (ou, no caso do presente trabalho, do Distrito Federal). Tem por objetivo integrar as ações nas três esferas do Poder Executivo: local (aqui considerado na acepção de municípios), regional (Estados e Distrito Federal) e nacional. O Gabinete é composto pelo Secretário de Segurança Pública da unidade federativa (que atuará como coordenador) e por representantes da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Civil, da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e das Guardas Municipais (onde existirem).

Ainda que não haja previsão formal de participação, não há impeditivos a uma participação próxima do Ministério Público ou mesmo de representantes do Poder Judiciário. As decisões e análises levadas a efeito pelo Gabinete de Gestão Integrada serão levadas à consideração do Conselho Nacional de Segurança Pública, de sorte a bem permitir um intercâmbio entre experiências bem sucedidas de uma localidade em relação a outras assemelhadas. Além disso, o Gabinete poderá exercer função relevante na construção das prioridades para investimentos federais na área de segurança pública.

A análise da estrutura formal dos órgãos estatais incumbidos dos temas atinentes à segurança pública evidencia a ausência de uma presença assegurada do Ministério Público, que surge como um dos principais atores político-criminais após a Carta Constitucional de 1988. O resultado desse vazio comunicacional é tanto causa como consequência do isolamento *jurídico* no que diz respeito à construção das soluções no campo jurídico-penal. Essa ausência de participação mais efetiva de um dos protagonistas do funcionamento do sistema de justiça criminal apenas presta-se a tornar menos visível o contexto subjacente à sua atuação. A assertiva revela-se, *mutatis mutandis*, igualmente aplicável ao Poder Judiciário.

É indispensável, para que a perspectiva multissetorial seja de fato aplicada – desde o diagnóstico à avaliação e ao monitoramento, passando pelo planejamento –, que o núcleo de formulação de estratégias e políticas públicas de política criminal seja composto por um colégio que envolva ministros, no governo federal; secretários de Estado, nos governos estaduais; secretários municipais, nas prefeituras; bem assim interlocutores do sistema de justiça criminal e da própria comunidade. Desse modo, o novo sujeito institucional apresentará a mesma abrangência da política a ser formulada e executada. Guardadas as especificidades das esferas governamentais, deve-se buscar uma coordenação unificada para a gestão da política integrada de segurança pública. Nesse contexto, as secretarias de segurança e, por consequência, as polícias, assim como o Ministério da Justiça, não estarão mais isolados no comando da política de segurança pública. Cada projeto, cada estratégia, cada intervenção deve ser pensada e implementada a partir da articulação dos agentes políticos criminais, a fim de que o produto dessa interação seja também integrado, a exemplo dos problemas enfrentados, verdadeiros novelos compostos por fios diversos e quase indiscerníveis.

Uma nova abordagem requer um gestor de novo tipo ou um novo sujeito institucional, e ambos exigem uma nova aliança ou uma nova modalidade de pacto com a sociedade. Não há política de segurança consequente sem participação e transparência, sem confiança popular nas polícias e nas instituições públicas – e todos sabem que, frequentemente, o policial uniformizado na esquina é a face mais tangível do Estado.

Além disso, uma política consistente precisa moldar-se às peculiaridades variáveis dos contextos sociais e só pode ser eficaz se enfrentar a insegurança pública como uma problemática multidimensional – vale

insistir –, que supera o âmbito exclusivo da criminalidade. Daí a necessidade de imersão na vida de cada uma das comunidades-alvo, para aplicação de uma metodologia de mapeamento interativo e participativo dos problemas e das prioridades.

Essa metodologia depende de proximidade cotidiana, interação permanente, diálogo sistemático com as sociedades locais e presença capilar do poder público. Está mais acessível aos Estados e, sobretudo, aos Municípios. O diálogo com as sociedades locais focalizadas criará condições, em pouco tempo, para a negociação democrática de contratos locais de cogestão do programa de segurança, entendido em seu sentido mais abrangente, e que poderá também ser denominado programa de construção social da paz.

A distância entre as demandas e leituras de caráter local a respeito das diretrizes de caráter nacional reside nem tanto na origem e composição dos Conselhos Nacionais, mas a rigor na ausência de refinamento dos instrumentos de leitura e alimentação dessas demandas/respostas populares. É certo que será tanto melhor – no que diz respeito à preocupação de empoderamento cidadão – que lideranças comunitárias ou representantes de conjuntos de lideranças alcancem efetivamente assento nos órgãos institucionalizados de ditar metas e prioridades político-criminais. Mas, independentemente da "personificação" dessas demandas, parece – numa preocupação eminentemente prática a respeito do atendimento a essa preocupação emancipatória – que tais demandas/respostas tenham efetiva voz, e não mero assento, ao ditar os rumos de política criminal no Brasil e a construção de um modelo de gestão da segurança pública.

5. Conclusões

Os temas que se referem à abordagem do sistema de justiça criminal e à gestão da segurança pública reclamam uma necessária contextualização. Sem rechaçar a relevância da abordagem jurídica, cumpre reconhecer que ela, por si só, não tem aptidão para modificar a realidade. O isolamento do pensamento jurídico explica em grande parte a abissal distância entre dois eixos temáticos que deveriam estar próximos: os direitos humanos, de um lado, e as questões que envolvem o sistema de justiça criminal e a gestão da segurança pública, de outro.

As propostas de um sistema de justiça criminal e de um modelo de gestão de segurança pública destinados a implementarem direitos

humanos devem, pois, se comprometer com a ideia de abalar as características de *centralização* e *hierarquização*, por meio de fomento a um diálogo interinstitucional entre os agentes públicos incumbidos dessas tarefas e o fomento de propostas voltadas ao resgate da ação política, parecem ser o caminho necessário a um compromisso real e contextualizado com os direitos humanos.

Impõe-se superar a ideia de democracia como *status*, para assumi-la como *projeto político*, a veicular valor ético e assumir-se como prática plural de exercício de poder. A democracia, assim, apresenta-se como um espaço constituinte, aberto e de (re)definição permanente; além de contingente, absoluta e coativa, cujo pressuposto básico é a realização do bem comum. Vincula-se, por conseguinte, à ideia de *desenvolvimento*, a ser tomada de modo integral, para servir de lastro e limite às discussões.

Um modelo de gestão de segurança pública e a formulação de propostas de participação popular e de exercício de poder cidadão devem permitir, de um lado, o desenvolvimento das capacidades humanas e, de outro lado, a construção de condições que permitam a apropriação e evolução dessas capacidades por parte de indivíduos, grupos, culturas, enfim, de todas as formas de vida. A via da participação popular nos temas afetos à segurança pública parece ser a chave para a construção de práticas voltadas ao desenvolvimento de instrumentos de empoderamento individual e coletivo. A segurança, pois, surge como condição de *desenvolvimento* de potencialidades humanas.

A revisão dos papéis das instituições com atribuição de garantia, a participação popular e a criação de práticas emancipatórias no tema da segurança pública hão de ser incorporadas no campo jurídico-penal por meio de uma política criminal compromissada com o resgate da ação política, com a criação de novos espaços políticos por meio da reinvenção daquilo que já existe e do acréscimo de novos modos de pensar a realidade jurídico-penal pelos órgãos incumbidos de realizar na prática o sistema de justiça criminal. A lógica de construção de políticas públicas voltadas à implementação de demandas de atuação do sistema de justiça e, principalmente, à concretização de uma gestão democrática da segurança pública deve passar por processos de constituição que atuem segundo uma lógica de baixo para cima, ou seja, de fortalecimento do poder local.

A cidadania deve ser compreendida como um espaço de mediação, um conjunto de procedimentos diversos para confluências em escalas territoriais, grupos e coletividades em geral, em que o espaço social e de governo local seja um primeiro momento básico e fundamental de inclusão dos sujeitos para construção de relações ótimas de liberdade e igualdade. Num modelo de democracia reflexiva, a multidimensionalidade e a complexidade de políticas locais de coesão social, próprias de uma intervenção integrada e inclusiva, só podem ter lugar a partir da introdução de inovações participativas de caráter transversal.

As propostas de empoderamento e participação cidadã passam por uma análise de sua complexidade, de seu modelo e de seus produtos. Essa gestão relacional e o fomento de diálogo interinstitucional podem ser respondidos pelos chamados conselhos comunitários. Não há política de segurança consequente sem participação e transparência, sem confiança popular nas polícias e nas instituições públicas. O diálogo com as sociedades locais focalizadas criará condições para a negociação democrática de contratos locais de cogestão do programa de segurança, entendido em seu sentido mais abrangente, e que poderá também ser denominado programa de construção social da paz.

6. Referências bibliográficas

Alguacil Gómez, Julio. Los desafíos del nuevo poder local: ¿hacia una estrategia relacional y participativa en el gobierno de la ciudad? In: _____ (org.). *Poder local y participación democrática*. Mataró: El Viejo Topo, 2006. p. 9-47.

Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.

Bourdieu, Pierre. O mistério do ministério: das vontades particulares à "vontade geral". In: Wacquant, Loïc (org.). *O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 71-79.

Comission of Human Security. *Human security now*. New York: UN; Communications Development Incorporated in Washington, DC, 2003. Disponível em: [www.humansecurity-chs.org/finalreport/English/FinalReport.pdf]. Acesso em: 02.06.2009.

Courtis, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: Carbonell, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogido*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. p. 185-209.

HERRERA FLORES, Joaquín (org.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

_____. *La reinvención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

_____. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato*. Madrid: Catarata, 2005.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). *Informe sobre desarrollo humano 1994*. Trad. de Bugni & Rivkin. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994. Disponível em: [http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1994/chapters/spanish]. Acesso em: 02.06.2009.

ROITMAN RONSENMANN, Marcos. *Democracia sin demócratas: y otras invenciones*. Madrid: Sequitur, 2007.

_____. *Las razones de la democracia en América Latina*. México: Siglo XXI, 2005.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade*. 8. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

WACQUANT, Loïc J. D. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____ (org.). *O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

52370

2

Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Doutor em Derecho Publico y Filosofia Juridica pela Universidad Autonóma de Madrid. Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala (México) e pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México). Especialista em Criminologia pela PUC-RS. Professor visitante do Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México) e da Cátedra Latino Americana de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia. Professor adjunto da Unisinos. Vice-presidente acadêmico do Instituto Iberoamericano de Derecho Penal (México). Coordenador Executivo do Curso de Direito da Unisinos. Advogado.

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professor do Curso de Graduação em Direito da Unijuí. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo aborda a problemática do medo como ideia motora do processo de expansão do Direito Penal diante dos riscos da sociedade contemporânea, o que tem por consequência, diante do enxugamento do Estado de bem-estar social em razão do avanço do neoliberalismo, a retomada do punitivismo, a partir da construção do paradigma da segurança cidadã. Dito modelo de política criminal, por meio de equiparações conceituais equivocadas, passa a dar maior ênfase

ABSTRACT: The present paper studies the fear as a driving idea of the expansion of criminal law due to the dangers of contemporary society, which is due to the downsizing of the State of social welfare and the advance of neoliberalism, the resumption of punitivism from the construction of the paradigm of public safety. This model of criminal investigation, through misguided conceptual equivalence, gives more emphasis on "traditional" criminality,

à criminalidade "tradicional", pugnando pelo recrudescimento punitivo e pela consequente flexibilização de garantias penais e processuais típicas do Direito Penal liberal clássico. Com isso, o medo *no* e *do* Direito Penal presta-se à manutenção da violência estrutural inerente ao modelo econômico neoliberal, pautado na submissão dos desvalidos à vontade dos detentores do poder econômico.

Palavras-chave: Direito penal – Medo – Expansão – Criminalização da pobreza.

pushing for the punitive revival and the consequent flexibility of typical criminal guarantees of the classical liberal Penal Law. Thus, the fear in and of the penal law provides the preservation of the structural violence inherent in the neoliberal economic model, guided by the submission of the disadvantaged by the holders of economic power.

Keywords: Penal Law – Fear – Expansion – Poverty criminalization.

Sumário: 1. Introdução – 2. O papel do medo no processo de expansão do Direito Penal – 3. A substituição do Estado social pelo Estado penal – 4. A construção do paradigma da segurança cidadã e a imposição do medo do Direito Penal – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo verificar, diante do processo expansivo experimentado pelo Direito Penal em face das novas formas assumidas pela criminalidade na contemporaneidade, se dita expansão tem por consequência, por meio de equiparações conceituais equivocadas, a retomada do repressivismo – com o recrudescimento punitivo e flexibilização das garantias penais e processuais penais que lhe são peculiares – no que diz respeito ao combate à criminalidade "tradicional", reforçando, assim, a ideia da utilização do Direito Penal como instrumento de gestão e controle social das camadas subalternizadas da sociedade.

Em suma, objetiva-se investigar se a inserção do medo *no* Direito Penal – ou seja, se as mudanças nele operadas no sentido de dar respostas eficientes aos novos riscos e inseguranças da sociedade contemporânea – redunda na imposição do medo *do* Direito Penal – por meio da utilização, na persecução à criminalidade "clássica" levada a cabo pelos segmentos subalternos da população, de elementos extraídos do discurso jurídico-penal voltado ao combate à macrocriminalidade –, a partir do modelo de política criminal baseado no chamado paradigma da segurança cidadã.

2. O papel do medo no processo de expansão do Direito Penal

A globalização introduz, a cada dia, no catálogo dos riscos e inseguranças, novas e aterradoras formas que eles podem assumir. Paradoxalmente, o aumento da crença de se estar habitando um mundo cada vez mais seguro e controlado pela humanidade é inversamente proporcional ao avanço da ciência e da tecnologia.

Os riscos da contemporaneidade são definidos por Beck (1998) como "riscos da modernização", marcados justamente pela globalidade de sua ameaça e por serem produto da maquinaria do progresso industrial. Ademais, é intrínseco a esses "novos riscos" um componente *futuro*, ou seja, relacionado com uma previsão de uma destruição/catástrofe que ainda não ocorreu, mas que se revela iminente.

Já na ótica de Bauman (2008, p. 129), o conceito de risco cunhado por Ulrich Beck é insuficiente para traduzir a verdadeira novidade introduzida na condição humana pela globalização (negativa), visto que a ideia de risco só pode partir do pressuposto de uma regularidade essencial do mundo, que permite que os riscos sejam *calculados*. Dessa forma, o conceito de risco de Beck só adquire sentido em um mundo *rotinizado*, ou seja, monótono e repetitivo, "no qual as sequências causais reapareçam com frequência e de modo suficientemente comum para que os custos e benefícios das ações pretendidas e suas chances de sucesso e fracasso sejam passíveis de tratamento estatístico e avaliados em relação aos precedentes".

Ocorre, no entanto, que não é esta a realidade do mundo globalizado, razão pela qual Bauman (2008, p. 129-130) propõe a substituição da expressão "sociedade de risco" pela expressão "sociedade da *incerteza*":

"Em um mundo como o nosso, os efeitos das ações se propagam muito além do alcance do impacto rotinizante do controle, assim como do escopo do conhecimento necessário para planejá-lo. O que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não calculável*, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de 'risco' comumente se refere. *Perigos não calculáveis aparecem, em princípio, em um ambiente que é, em princípio, irregular*, onde as sequências interrompidas e a não repetição de sequências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. *A incerteza sob um nome diferente.*"

É por isso que o catálogo dos medos, segundo Bauman (2008, p. 12), está longe de se esgotar: "Novos perigos são descobertos e anunciados

quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) – preparando-se para atacar sem aviso." Com isso, no ambiente líquido-moderno, a vida transformou-se em uma constante luta contra o medo, companhia indissociável dos seres humanos, que passam a conviver com aquilo a que o referido autor (2008) denomina "síndrome do Titanic", ou seja, um temor desmedido de um colapso ou catástrofe capaz de pegar todos despreparados e indefesos e os atingir de forma indiscriminada.

Como consequência inafastável dos cada vez mais fortes sentimentos de insegurança e medo na sociedade contemporânea, tem-se o aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade que se apresentam nesta realidade, notadamente as relacionadas ao crime organizado e ao terrorismo.

No entanto, de acordo com Navarro (2008, p. 4), esse medo difuso e constante do crime pode ser definido:

"Como la percepción que tiene cada ciudadano de sus propias probabilidades de ser víctima de un delito, aunque también se puede entender como la simple aprensión de sufrir un delito, si atendemos tan solo al aspecto emocional y no a los juicios racionales de esse ciudadano. De hecho, la carga emotiva suele prevalecer, pues, según numerosos estudios empíricos, el miedo al delito no se relaciona con las posibilidades reales de ser víctima, esto es, no responde a causas objetivas y externas."

O medo da criminalidade, assim, em que pese a distância que medeia entre a percepção subjetiva dos riscos e sua existência objetiva, pode ter, de acordo com Navarro (2008), consequências sociais inclusive mais graves que as decorrentes da própria delinquência. Em nível individual, promove alterações de conduta (agressividade, *casmurrismo*) destinadas a evitar a vitimização, o que afeta o estilo e a qualidade de vida dos cidadãos. Já em nível coletivo, as repercussões do medo do crime redundam na redução da interação social, no abandono dos espaços públicos e no rompimento do controle social informal.

Ocorre que a ênfase dada aos riscos/perigos da criminalidade na contemporaneidade gera um alarmismo não justificado em matéria de segurança, que redunda no reclamo popular por uma maior presença e eficácia das instâncias de controle social, diante daquilo a que Cepeda (2007, p. 31) denomina de "cultura da emergência". E, neste contexto, o Direito Penal e as instituições do sistema punitivo são eleitos como

instrumentos privilegiados para responder eficazmente aos anseios por segurança, o que decorre, segundo Díez Ripollés (2007), do entendimento de que a sua contundência e capacidade socializadora são mais eficazes na prevenção aos novos tipos delitivos do que medidas de política social ou econômica, ou, ainda, de medidas decorrentes da intervenção do Direito Civil ou Administrativo.

Nesse contexto, o Direito Penal se expande e se rearma como resposta ao medo, sendo possível destacar algumas características essenciais que passa a assumir. A primeira dessas características é uma maior identificação/solidarização da coletividade com as vítimas, em decorrência do medo de tornar-se uma delas. Deixa-se de ver no Direito Penal um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal – ou seja, como Magna Carta do delinquente – e passa-se a percebê-lo como Magna Carta da vítima, o que redunda em um consenso restritivo quanto aos riscos permitidos, dado que o sujeito que se considera enquanto vítima potencial de um delito não aceita a consideração de determinados riscos como permitidos, o que resulta em uma definição social-discursiva expansiva do âmbito de incidência do Direito Penal, visto que a identificação social com as vítimas da criminalidade implica a reivindicação por maior eficiência na sua aplicação e/ou na reparação dos efeitos do delito (Silva Sánchez, 1999).

Uma segunda característica, decorrente da anterior, é a *politização* do Direito Penal por meio da utilização política da noção de segurança, resultado de um empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas efetivamente emancipatórios (Cepeda, 2007).

Outra característica que merece destaque é a cada vez maior instrumentalização do Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo. Surgem leis penais *preventivas* para evitar o reproche da inatividade política diante dos riscos, visto que "el Derecho penal preventivo es un medio ideal de consolación política, una carta de presentación para demostrar que aparentemente existe una actividad política. Ya ninguna política prescinde de el en su arsenal de recursos" (Albrecht, 2000, p. 483).

Cepeda (2007) salienta, a propósito, que se vive na sociedade de risco uma autêntica "cultura preventiva", na qual a prevenção acom-

panha o risco como uma sombra, desde os âmbitos mais cotidianos até os de maior escala, cujo exemplo maior são as guerras preventivas. Para a referida autora (2007, p. 321):

"Parece que hoy la preocupación social no es tanto cómo obtener lo que se desea, sino cómo prevenir de daños lo que se tiene. Esto desemboca en una intervención penal desproporcionada, en la que resulta priorita únicamente la obtención del fin perseguido, la evitación del riesgo en el 'ámbito previo' a la lesión o puesta en peligro, adelantando la intervención penal, o general, suprimiendo garantías en busca de la presunta eficacia."

Paralelamente à antecipação da intervenção punitiva, verifica-se um desapreço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como "obstáculos" à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade. Silva Sánchez (1999, p. 55-56) refere que:

"Desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas."

São essas as principais características que o Direito Penal orientado ao enfrentamento aos novos riscos, medos e inseguranças da contemporaneidade apresenta, o que acena para o fato de que se está diante da configuração de um modelo de intervenção punitiva que representa um sério risco às liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Para que se possa melhor compreender essa "flexibilização" do referido sistema de garantias e liberdades fundamentais em face da intervenção do Direito Penal, é importante assinalar que dito processo expansivo do Direito Penal coincide com o processo de enxugamento do Estado social diante do avanço das reformas neoliberais, como se demonstrará a seguir.

3. A substituição do Estado social pelo Estado penal

O contexto social no qual se produzem os novos sentimentos de insegurança e consequente expansão do Direito Penal coincide com o desmantelamento do Estado de Bem-Estar, que redunda em uma desigualdade social que cada vez mais se agudiza. O processo de globalização coloca-se como o contraponto das políticas do *Welfare State*, visto

que representa uma lógica altamente concentradora, responsável pela exclusão de grandes contingentes populacionais do mundo econômico, pelo desemprego e pela precarização do mercado de trabalho.

Na realidade contemporânea, com o advento das novas tecnologias de produção, prescinde-se dos "corpos dóceis" aos quais se referia Foucault (1987) para o trabalho que outrora era realizado exclusivamente por meio da força física. Com isso, enormes contingentes humanos tornaram-se, de uma hora para outra, "corpos supérfluos"[1] absolutamente disfuncionais para o sistema produtivo, eis que não suficientemente qualificados para operar estas novas tecnologias ou porque sua força de trabalho tornou-se de fato absolutamente desnecessária.

Essa nova polarização social resulta na dicotomia "aqueles que produzem risco" *versus* "aqueles que consomem segurança", o que implica uma atualização do antagonismo de classes. E o modelo de controle social que se impõe, nesse contexto, é o de exclusão de uma parte da população que não tem nenhuma *funcionalidade* para o modelo produtivo e que, por isso, constitui uma fonte permanente de riscos (Cepeda, 2007).

É neste contexto que se desenvolvem e se legitimam campanhas político-normativas de Lei e Ordem que se fundamentam na hipersensibilização de alarmes sociais específicos e constituem "políticas basadas en la represión férrea aplicada a ciertos espacios ciudadanos, la dureza de las sanciones, una cierta permisividad a la rudeza policial y en la búsqueda de la eficacia fundada en principios de represión/reactividad" (Cepeda, 2007, p. 50).

Dessa forma, o propalado êxito do programa de combate ao crime através da "tolerância zero" a toda e qualquer infração penal, antes

1. A expressão é utilizada por Bauman (2009, p. 23-24), para o qual a exclusão do trabalho traduz na contemporaneidade uma noção de "superfluidade" e não mais de "desemprego". Isso porque a noção de "desempregado" representa "um desvio da regra, um inconveniente temporário que se pode – e se poderá – remediar", ao passo que a noção de supérfluo equivale ser considerado "inútil, inábil para o trabalho e condenado a permanecer 'economicamente inativo". É por isso que "ser excluído do trabalho significa ser eliminável (e talvez já eliminado definitivamente), classificado como descarte de um 'progresso econômico' que afinal se reduz ao seguinte: realizar o mesmo trabalho e obter os mesmos resultados econômicos com menos força de trabalho e, portanto, com custos inferiores aos que antes vigoravam."

da redução da criminalidade supostamente verificada a partir de sua aplicação, deve-se ao fato de que ele constitui a atitude em termos de repressão penal que melhor se amolda ao contexto mundial de enfraquecimento do Estado de bem-estar social diante do modelo de Estado mínimo neoliberal, onde se pretende "remediar com um 'mais Estado' policial e penitenciário o 'menos Estado' econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo" (WACQUANT, 2001, p. 7).

Quer dizer, na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas enquanto agente social de bem-estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da "ordem" levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados "ameaçadores". Paralelamente a isso, tornam-se necessárias medidas que satisfaçam às demandas por segurança das classes ou grupos sociais que se encontram efetivamente inseridos na nova lógica social.

O escopo deste controle, portanto, é justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda, qual seja, "a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência" (WACQUANT, 2001, p. 30).

Como aduz Bauman (1999, p. 121-122):

"O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça."

De acordo com Garland (2005), em um ambiente tal, o crime passa a funcionar como legitimação retórica para políticas econômicas e sociais que punem a pobreza, dentro de um contexto de Estado disciplinador. Ao invés de indicar privação social, o crime passa a ser visto como um problema de indisciplina, de falta de autocontrole ou de controle social deficiente, ou seja, como produto da lassidão na aplicação da lei, assim como de regimes punitivos lenientes, que abrem espaço para indivíduos perversos optarem, de forma racional, pela via delitiva para satisfazerem as necessidades de suas personalidades antissociais.

Fala-se, aqui, em uma "teoria da escolha racional", que revive uma explicação meramente utilitária da conduta criminosa:

"El modelo da la elección racional considera los actos delictivos como una conducta calculada que intenta maximizar los beneficios, como consecuencia de un proceso simple de elección individual. Este modelo representa el problema del delito como una cuestión de oferta y demanda, en el marco de la cual el castigo opera como un mecanismo de establecimiento de precios. Considera a los delincuentes como oportunistas racionales o delincuentes profesionales cuya conducta es disuadida o desinhibida por la puesta en marcha de desincentivos, un enfoque que hace da las penalidades disuasivas un mecanismo evidente de reducción del delito" (GARLAND, 2005, p. 220).

Não há, portanto, discutir os motivos que levam alguém a delinquir, uma vez que "a justiça está aí para punir os culpados, indenizar os inocentes e defender os interesses dos cidadãos que respeitam a lei" (MURRAY apud WACQUANT, 2001, p. 50). Nesse contexto, a concepção do Direito Penal como *ultima ratio* é radicalmente alterada, de forma a torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo com o escopo de disseminar o medo e o conformismo em seu público-alvo. Fala-se, então, no surgimento do paradigma da segurança cidadã, cujas características principais são abordadas na sequência.

4. A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DA SEGURANÇA CIDADÃ E A IMPOSIÇÃO DO MEDO DO DIREITO PENAL

Paralelamente às preocupações político-criminais com a criminalidade característica da sociedade de risco, o fato de o fenômeno expansivo do Direito Penal nesse setor coincidir com o processo de desmantelamento do Estado Social redunda no ressurgimento, sob influência dos movimentos de Lei e Ordem, do repressivismo e do punitivismo como formas por excelência de se combater a criminalidade dita "tradicional".

Isso porque, como destaca Zaffaroni (2007), embora os "novos inimigos" da sociedade de risco sejam perigosos, não se pode, por meio do Direito Penal para eles especialmente criado,[2] legitimar a repressão

2. O autor se refere, aqui, à formulação teórica do penalista alemão Günther Jakobs (2009), o qual propõe a adoção da dicotomia conceitual *Direito Penal do inimigo* vs. *Direito Penal do cidadão* para designar as concepções de

sobre os pequenos delinquentes comuns, quais sejam, os *dissidentes internos* ou os *indesejáveis* em uma determinada ordem social. Com isso, pretende-se justificar um controle maior sobre toda a população tendo por escopo prevenir a infiltração dos *terroristas*, reforçando-se, assim, o controle exercido principalmente sobre a clientela tradicional do sistema punitivo.

Assim, a par do Direito Penal criado para a prevenção dos "novos riscos" da sociedade contemporânea, desenvolve-se um crescente interesse por aspectos microssecuritários como as inseguranças relacionadas à "pequena delinquência", que passa a fazer parte do catálogo dos medos dos cidadãos, em função da sua proximidade para com eles.

Surge, assim, o paradigma da "segurança cidadã", que parte do pressuposto de que a criminalidade dos socialmente excluídos constitui a "dimensão não tecnológica da sociedade de risco", a justificar, por exemplo, a antecipação da tutela penal tanto pela necessidade de responder com estruturas de perigo às novas formas de criminalidade como pela urgência de atuar contra a desintegração social e a delinquência de rua originada pelos socialmente marginalizados (Díez Ripollés, 2007).

O modelo da segurança cidadã "vampiriza" – na expressão de Díez Ripollés (2007) – o debate penal surgido no bojo da sociedade de risco. Para o referido autor (2007, p. 149):

"Las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana al discurso de la sociedad del riesgo vienen constituidas en su mayor parte por una serie de equiparaciones concepctuales que, basándose en la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos. En resumidas cuentas, se da lugar a que el discurso de ley y orden parasite conceptos elaborados en otro cotexto."

autor das quais deve partir o Direito Penal no enfrentamento da criminalidade no contexto mundial atual. O referido autor sustenta a existência de indivíduos que devem ser diferenciados como inimigos em relação aos demais cidadãos, razão pela qual também se faz necessário diferenciar entre um Direito Penal criado especificamente para os inimigos daquele criado especificamente para os cidadãos, uma vez que, sem essa diferenciação, não existe outra alternativa para o combate a determinadas formas de delinquência, em especial no que diz respeito ao caso das organizações criminosas e do terrorismo.

Ou seja, "se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el *sentimiento de inseguridad callejera* ligado al miedo a sufrir un delito em el desempeño de las actividades cotidianas" (Díez Ripollés, 2007, p. 149-150).

Buscando suporte na análise de David Garland (2005) sobre o surgimento de uma "cultura do controle", Díez Ripollés (2007) sustenta que o paradigma da segurança cidadã estabelece-se com base em algumas modificações nas crenças e formas de vida da sociedade contemporânea, que afetam diretamente a política criminal. Estas ideias motoras do novo modelo de intervenção penal que se configura são:

a) O protagonismo da delinquência clássica

O retorno dos delitos tradicionais ao centro do cenário político-criminal deve-se, segundo Díez Ripollés (2007), à resignação da opinião pública, alguns anos mais tarde à promulgação das leis penais que colimavam a criminalização dos colarinhos brancos, diante da constatação do quão difícil mostra-se a operatividade prática de tais dispositivos.

Três fatores principais podem ser apontados como causas dessa desilusão: o primeiro decorre da impressão popular de que os poderosos, por meio de assessoramentos técnicos somente acessíveis a quem tem recursos econômicos ou grande respaldo político, são capazes de explorar abusivamente as garantias do Direito Penal e Processual Penal, logrando, assim, furtar-se tanto à persecução penal em si quanto à condenação e ao cumprimento das penas que eventualmente lhes são impostas; o segundo decorre do processo de judicialização da política, mais especificamente do aproveitamento sectário da persecução penal por parte dos agentes políticos, o que relega a segundo plano a verificação da realidade e gravidade das condutas delituosas levadas a cabo pelos colarinhos brancos, as quais acabam sepultadas sob as infindáveis acusações recíprocas de condutas semelhantes; por fim, tem-se a postura contemporizadora da doutrina penal em relação aos obstáculos que surgem na persecução da criminalidade de colarinho branco, o que redunda num rebaixamento significativo na intensidade de persecução a essa criminalidade (Díez Ripollés, 2007).

b) A prevalência do sentimento coletivo de insegurança cidadã

A segunda característica da política criminal que se estrutura a partir do paradigma da segurança cidadã diz respeito ao já referido aumento incomensurável do "medo" e da "insegurança" da sociedade em relação

à criminalidade, sempre apresentada como ascendente pelos meios de comunicação de massa e pelos discursos políticos mesmo quando tal informação é estatisticamente contrariada.

c) A substantivização dos interesses das vítimas

Uma terceira característica da política criminal assentada no paradigma da segurança cidadã reside na substantivização dos interesses das vítimas, outrora subsumidos na noção de interesse público.

Nesse sentido, Garland (2005) refere à tendência cada vez maior dos partidos políticos na "instrumentalização" das vítimas para anunciar e promulgar leis penais, as quais assumem, não raras vezes, o nome dessas vítimas.[3]

Com isso, a vítima já não é um cidadão desafortunado que suporta os efeitos de um ato delitivo e cujas preocupações estão subsumidas no interesse público. Ela é um personagem muito mais representativo, cuja experiência se considera comum e coletiva e não mais individual e atípica. Logo, quem fala em nome das vítimas fala em nome do povo. As imagens das vítimas reais servem como demonstração do que pode ocorrer na vida real ("poderia ser você!"), referindo-se a um problema de segurança que se converteu em um traço definitivo da cultura contemporânea (GARLAND, 2005).

d) Populismo e politização do Direito Penal

Sob a influência cada vez maior da população e dos meios de comunicação de massa, o Direito Penal tem passado por um processo de politização populista. Com efeito, na contemporaneidade, toda e qualquer decisão atinente ao controle da criminalidade é rodeada de um discurso politizado e altamente publicizado. Eventuais erros transformam-se em escândalos que podem comprometer a própria manutenção do poder político nas mãos daqueles que são por eles responsabilizados.

Cada vez mais a experiência cotidiana do povo e a sua percepção direta da realidade e dos conflitos sociais passam a ser considerados fatores de primeira importância na hora de configurar leis penais e na aplicação dessas leis, em detrimento dos conhecimentos e opiniões dos

3. No cenário brasileiro, o exemplo mais recente e expressivo desta característica é a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que instituiu tratamento mais severo para os acusados de "violência doméstica", tendo sido assim nomeada em homenagem a uma vítima deste tipo de violência, que, agredida pelo marido por anos a fio, acabou ficando paraplégica.

expertos, que passam a ser desacreditados porque considerados, em sua maioria, desresponsabilizantes (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007).

e) A revalorização do componente aflitivo da pena

Outra importante característica da política criminal balizada no paradigma da segurança cidadã é a revalorização do componente aflitivo da pena, rechaçado, durante a maior parte do século XX, porque considerado anacrônico em um sistema penal moderno.

No entanto, nos últimos anos, "los intentos explícitos de expresar la ira y el resentimineto públicos se han convertido en un tema recurrente de la retórica que acompaña la legislación y la toma de decisiones en materia penal" (GARLAND, 2005, p. 43). Cada vez mais são tomados como argumentos os sentimentos das vítimas e/ou seus familiares, bem como de uma população cada vez mais temerosa diante do fenômeno da criminalidade, para apoiar a elaboração de novas e mais rígidas leis penais.

f) A redescoberta da pena privativa de liberdade

Como sexta característica da política criminal sustentada pelo paradigma da segurança cidadã tem-se a redescoberta da pena de prisão, outrora considerada uma instituição problemática que, embora necessária como último recurso, era contraproducente no que diz respeito aos objetivos correcionalistas. Durante a maior parte do século XX parecia produzir-se uma mudança fundamental no sistema de penas, contra o encarceramento e em favor das penalidades monetárias, a *probation* e outras formas de penas supervisionadas pela comunidade (GARLAND, 2005).

Todavia, nas últimas décadas, verifica-se no mundo toda uma inversão dessa tendência, assistindo-se à redescoberta da prisão como pena por excelência, não no que diz respeito à sua capacidade socializadora ou reabilitadora, mas sim como meio de incapacitação (inocuização) e castigo que satisfaz a contento as demandas populares por retribuição e segurança pública (GARLAND, 2005).

Assim como as penas pré-modernas de banimento e degredo, destaca Garland (2005), a prisão funciona na contemporaneidade como uma espécie de exílio, cujo uso não é informado por um ideal de reabilitação, mas sim por um ideal *eliminativo*. Ou seja, a prisão desempenha uma função essencial no funcionamento das sociedades neoliberais, pois é um instrumento civilizado e constitucional de segregação das populações problemáticas. A prisão pune e protege, condena e controla.

Portanto, o encarceramento serve simultaneamente como uma satisfação expressiva (simbólica) de sentimentos retributivos e como mecanismo de administração de riscos, por meio da confinação do perigo representado pelos setores populacionais excluídos do mercado de trabalho e da previdência social.

g) A ausência de receio em face do poder punitivo estatal

A construção do Direito Penal moderno tem por base o equilíbrio entre a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos imprescindíveis para a convivência humana e a preocupação constante com a não intromissão do poder público nos direitos e liberdades individuais do cidadão. Em virtude disso, os modelos de intervenção penal construídos com base nessa tensão sempre sofreram restrições em sua função de tutela dos interesses sociais em decorrência da desconfiança da cidadania acerca da capacidade dos poderes públicos de usarem moderadamente das amplas possibilidades de atuação que lhes são outorgadas pelos instrumentos de persecução delitiva e execução de penas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007).

Este receio em face de eventuais abusos passíveis de serem cometidos pelo Estado no exercício do poder punitivo, entretanto, é paulatinamente relativizado no bojo do discurso jurídico-penal da segurança cidadã, em nome da eficiência que se exige por parte do sistema punitivo na persecução à criminalidade.

A ausência de receio em face do poder sancionatório estatal prestigia modos de operação do sistema punitivo altamente violadores dos direitos e liberdades individuais, como por exemplo: (a) a conivência diante da rudeza policial desde que haja uma ação instantânea, o que redunda em atuações apressadas que incidem sobre objetivos equivocados; (b) a transformação pelo legislador de qualquer problema social em delito; (c) a flexibilização, pelo Judiciário, de garantias penais e processuais penais em atendimento às demandas populares por maior eficiência; (d) a preocupação por parte dos agentes da execução penal no sentido de que o delinquente não seja tratado de maneira muito generosa no cumprimento da pena (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007).

h) A implicação da sociedade na luta contra a delinquência

O paradigma da segurança cidadã implica uma mudança de atitude por parte da sociedade em relação ao delinquente. Ao invés da ação voltada à gênese da criminalidade, a fim de evitar a atuação do sistema punitivo por meio do apoio social ao criminoso ou à pessoa em vias de

incidir em um delito por meio do reforço dos vínculos sociais destas pessoas, passa-se a uma ação voltada à colaboração com o sistema punitivo, com a finalidade de identificação e persecução aos delinquentes. Busca-se fazer com que a comunidade, "mediante una estrecha colaboración con la policía, aprenda y acepte poner en práctica por sí misma técnicas y habilidades que permitan sustituir o incrementar la eficacia de las intervenciones policiales para prevenir o peseguir el delito" (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 94).

Isso redunda numa mudança de atitude da comunidade em relação ao delinquente: antes de buscar a sua inclusão social, busca-se a sua exclusão do tecido societal.

i) As transformações no pensamento criminológico

Para a consolidação do paradigma da segurança cidadã torna-se imprescindível uma transformação no pensamento criminológico, de forma a afastar os argumentos outrora propalados pelas teorias psicológicas/sociológicas do delito, a exemplo das teorias da anomia, da subcultura e do etiquetamento desenvolvidas entre as décadas de 60 e 80 do século passado, que, mescladas ou não, partiam de um argumento explicativo central: o da privação social, ou seja, o de que os indivíduos enveredavam pelo caminho da delinquência em virtude do fato de terem sido privados de uma educação adequada, de uma socialização familiar, de oportunidades laborais ou, ainda, de um tratamento adequado de sua disposição psicológica anormal. A atitude esperada por parte dos poderes públicos, diante das causas indicadas para o fenômeno da criminalidade, consistia no tratamento correcional individualizado, aliado ao apoio e supervisão das famílias dos delinquentes e em medidas de reforma social que melhorassem o seu bem-estar, por meio da educação e da criação de empregos (GARLAND, 2005).

Em oposição, o atual pensamento criminológico majoritário – que começou a tomar proeminência a partir da década de 90 do século passado – é norteado pela ideia de que não são a marginalização ou a exclusão sociais as causas da delinquência, mas que esta é fruto de um defeito, qual seja, da insuficiência de *controle* social, de forma que, para enfrentá-la, torna-se imprescindível incrementar este controle (GARLAND, 2005).

Verifica-se que, ao contrário das teorias criminológicas que viam no delito um processo de socialização insuficiente e que, portanto, reclamavam do Estado a ajuda necessária para aqueles que haviam sido

privados de provisões econômicas, sociais e psicológicas necessárias para uma conduta social respeitosa à lei, as teorias do controle partem de uma visão pessimista da condição humana, ao suporem que os indivíduos são atraídos por condutas egoístas, antissociais ou delitivas a menos que sejam inibidos por controles sólidos e efetivos (GARLAND, 2005).

Assim, "mientras la antigua criminología exigía mayores esfuerzos en las partidas presupuestarias a la ayuda y el bienestar social, la nueva insiste en ajustar los controles y reforzar la disciplina" (GARLAND, 2005, p. 53). Isso porque se parte da compreensão de que os delinquentes são atores racionais que respondem a desincentivos e são plenamente responsáveis por seus atos delitivos. Nessa lógica, os delinquentes apenas "aproveitam" as oportunidades que lhes são apresentadas para a prática delitiva, razão pela qual as soluções que se apresentam para essas "tentações" transitam por duas vias principais: (a) pelo reforço dos efeitos intimidatórios e reafirmadores da vigência das normas, próprios de penas suficientemente graves, a fim de que os delinquentes possam, por meio de um processo racional, incorporar esses "custos" em seus cálculos, desistindo, assim, da prática delitiva; (b) pelo desenvolvimento de políticas de prevenção situacional que deslocam a atenção do delinquente do delito, buscando reduzir as oportunidades delitivas e as tornar menos atrativas pela incorporação de medidas de segurança de todo tipo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007).

Demonstra-se, assim, que o novo pensamento criminológico bem traduz a lógica de substituição das instituições de assistência típica de um modelo de Estado de Bem-Estar Social por instituições penais, o que transforma o sistema penal em um instrumento de criminalização dos estratos mais pobres da sociedade, os quais, pela sua condição socioeconômica e pelo tipo de criminalidade cometida, colocam em risco, aos olhos da classe detentora do poder econômico, a paz e a ordem social. O objetivo da hipertrofia do "controle" da criminalidade por meio da utilização do Direito Penal, nesse contexto, é justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda por ser inconveniente aos desígnios do capital e que, por isso, precisa ser constantemente vigiada, controlada e, sempre que possível, punida.

Portanto, a partir das principais características do paradigma da segurança cidadã acima apontadas, torna-se possível afirmar que, no centro do debate sobre a persecução à criminalidade no bojo desse discurso jurídico-penal, encontra-se uma racionalidade pragmática que

prima pela eficácia e efetividade da intervenção penal, olvidando-se de toda e qualquer consideração etiológica sobre a criminalidade. Por essa razão, o modelo de Direito Penal que se estrutura a partir de tais premissas encontra-se "asentado sobre un proyecto político de *consolidación de las desigualdades sociales* y de *fomento de la exclusión social* de ciertos colectivos ciudadanos" (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 189).

Em um contexto tal, "a política criminal é inflada, ocupando os espaços normalmente destinados às outras políticas disciplinares de controle social. Há uma substituição das políticas disciplinares inclusivas e integradoras por práticas de exclusão e segregação baseadas quase unicamente nas medidas penais" (DORNELLES, 2008, p. 42). Surge, assim, uma espécie de "fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais, que substitui a mediação política nas relações sociais por um direito penal de emergência, com caráter contrainsurgente" (DORNELLES, 2008, p. 46). Questões sociais são transformadas em "questões de polícia" e, em nome da celeridade da resposta aos conflitos sociais, passa-se a renunciar às garantias legais processuais ínsitas ao Direito Penal liberal e presentes na maioria das Constituições modernas e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Esse modelo de Direito Penal só é possível a partir do desaparecimento de atitudes tolerantes em relação às condutas delitivas ou simplesmente não convencionais inerentes a toda sociedade aberta e pluralista, abrindo, reflexamente, espaço para uma intervenção estatal altamente autoritária. Como destaca Cepeda (2007, p. 430), trata-se de um programa que "amplía el arbitrio para decidir si procede una intervención y cómo realizarla, ofreciendo un modelo reaccionario desligado de los principios y garantías del Derecho penal, con el fin de conseguir mayor flexibilidad y supuesta eficacia".

Com efeito, o modelo de Direito Penal assentado no paradigma da segurança cidadã é um modelo classista que:

"De un modo insostenible ideológicamente dentro de las sociedades socialdemócratas actuales, establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a praticar sobre las conductas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos nocivos de las clases baja y marginal. A tal fin, lleva a cabo un prejuicioso análisis de la lesividad de los comportamientos a considerar, en virtud del cual convierte la criminalidad común en un factor desestabilizador del orden político y social de primer orden,

haciéndola, consecuentemente, el objeto central de la intervención penal" (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 190).

Se, dentro da lógica neoliberal, os pobres têm utilidade zero – como destacado no tópico 2, *supra* – deve-se ter, em relação a eles, "tolerância zero", lembra Cepeda (2007). Olvidando-se do fato de que "el desacierto de la política estructural nunca puede ser compensado a través del Derecho penal" (ALBRECHT, 2000, p. 487), e relegando, consequentemente, a segundo plano as origens sociais da criminalidade, o modelo de Direito Penal que se implementa a partir do paradigma da segurança cidadã abandona qualquer tentativa de buscar a integração social dos delinquentes, preconizando precipuamente pela sua eliminação do tecido societal.

Portanto, a partir dessa redefinição de prioridades pautada na ideia de segurança, impõe-se um modelo de controle pautado na exclusão/inocuização de uma parte da população que não tem nenhuma função dentro do atual modelo econômico, o que constitui uma revalorização da ideia de fragmentação ou separação como fundamento da ordem. Os destinatários desse controle são os "outros", os inimigos da sociedade, os novos *homo sacer* do século XXI. Nesse contexto, o controle social se despoja das "amarras" do Estado de Bem-Estar, e aparece desnudo em seu sentido mais direto e cruel: renuncia-se expressamente qualquer intenção de integração dos espaços marginais e se propõe um controle voltado a redistribuir os riscos inerentes a esses espaços até torná-los "toleráveis" (CEPEDA, 2007).

Como destaca Brandariz García (2004, p. 51):

"De la misma forma en que se constata la irreductible existencia del riesgo y la imposibilidad de garantizar por los medios clásicos la seguridad, el sistema penal del Estado contemporáneo funciona asumiendo la ineludible existencia de relevantes y sostenidos niveles de exclusión social, a los que se enfrenta con una intención de gestión, y ya no de superación mediante el ideal reintegrador."

Em síntese, tais atitudes refletem posturas repressivistas/punitivistas que concebem como principal causa da criminalidade clássica/tradicional na sociedade contemporânea o afrouxamento na repressão e a impunidade de grande parte dos envolvidos com esses crimes. Neste sentido propõem um maior endurecimento nas penas, a supressão de garantias e a busca pela superação da impunidade como estratégia primeira de segurança pública. Exsurgem daí a falsidade e a perversi-

dade deste discurso, uma vez que o aumento do número de condutas definidas como criminosas, assim como o maior rigor na aplicação da pena, significam tão somente mais pessoas presas e não necessariamente menos conflitos sociais, ratificando, assim, o projeto neoliberal de separação, exclusão e inocuização daqueles estratos sociais que se tornam "descartáveis" para a nova estrutura econômica.

Dessa forma, torna-se possível afirmar que, por meio do modelo de Direito Penal que se estrutura a partir do paradigma da segurança cidadã, não se busca a proteção dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais em face da atuação punitiva estatal, tampouco a prevenção à prática de crimes – conforme preconizam os discursos clássicos de legitimação do *jus puniendi* do Estado. Busca-se, sim, a dominação e a opressão exercidas precipuamente contra as camadas economicamente desfavorecidas da sociedade, inclusive por meio de medidas de inocuização daqueles que são escolhidos para representarem a "personificação do mal", o que viabiliza a afirmação de que:

"Os esgualepados são duplamente atingidos: por um lado, por não terem acesso aos direitos sociais, encontram-se constantemente numa luta pela sobrevivência, o que muitas vezes leva ao cometimento de delitos, especialmente contra o patrimônio; por outro, porque, não possuindo qualquer capacidade de articulação frente ao sistema, ao cometerem delitos, são vítimas fáceis da repressão estatal, que deles se vale para justificar sua imprescindibilidade à sociedade" (Copetti, 2000, p. 63).

Conclui-se, portanto, que a atuação do sistema punitivo a partir do paradigma da segurança cidadã reforça estereótipos historicamente perseguidos pelo sistema punitivo e revela, consequentemente, a real função por ele desempenhada na contemporaneidade: inspirar a confiança das classes detentores do poder econômico infundindo terror aos setores populares.

5. Considerações finais

Como consequência da difusa e constante sensação de medo característica da sociedade globalizada, tem-se o aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade que se apresentam nesta realidade, o que faz com que o Direito Penal experimente um processo de expansão, uma vez eleito pelo legislador como instrumento privilegiado para responder eficazmente aos anseios por segurança da população.

Nesse sentido, procurou-se demonstrar, neste trabalho, primeiramente, que o medo é inserido *no* Direito Penal no sentido de dar a uma população cada vez mais atemorizada diante do medo generalizado da violência e das inseguranças da sociedade líquida pós-moderna, uma sensação de "tranquilidade", restabelecendo a confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal.

Como segundo objetivo, buscou-se analisar de que forma a inserção do medo *no* do Direito Penal redunda na imposição do medo *do* Direito Penal, uma vez que o processo de expansão punitiva abarca uma dimensão extremamente punitivista voltada à persecução dos "medos tradicionais" da dimensão "não tecnológica" da sociedade de risco, por meio da utilização de equiparações conceituais equivocadas construídas à luz do paradigma da segurança cidadã. Tem-se, assim, o exacerbamento punitivo voltado à criminalidade "tradicional", levada a cabo preferencialmente por membros dos grupos socialmente excluídos, em relação aos quais o medo *do* Direito Penal se transforma em instrumento de gestão/controle social.

6. Referências bibliográficas

Albrecht, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-487.

Bauman, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

Brandariz García, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In. Cabana, P. F.; Brandariz García, J. A.; Puente Aba, L. M. (orgs.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 15-63.

Cepeda, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

Copetti, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 5. ed. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-70.

NAVARRO, Susana Soto. La influencia de los medios em la percepción social de la delinquencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 18.02.2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

52371

3

Direito penal secundário, inflação legislativa e *white-collar crimes*

GUILHERME GOUVÊA DE FIGUEIREDO

Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor de Direito Penal e Criminologia na Unesp. Professor-pesquisador na Unesp-CNPQ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O objetivo fundamental do estudo proposto é trazer à discussão e chegar a tomadas de posição político-criminais sobre um fenômeno muito frequente nos dias atuais, relacionado ao Direito Penal Secundário: a expansão do *jus puniendi* como consequência da assunção de uma racionalidade que busca a eficiência a qualquer custo, sem êxito, a partir do aumento indiscriminado de fatos puníveis – criminalização *simbólica* com vistas a atender a mandamentos ilegítimos e ineficazes para a punição da criminalidade de *white-collar*. Tudo isso ao desdém dos conceitos de *necessidade* e *merecimento* de pena; conceitos político-criminais que restringem e legitimam a intervenção punitiva do Estado, tendo como predicado a noção de bem jurídico-penal (conceito material de crime) e a teoria da pena como instrumento de prevenção geral positiva – subsidiados pela criminologia, especificamente a herdeira do legado de Sutherland.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal secundário – Inflação legislativa – Conceito material de crime – Bens jurídicos supraindividuais – Ofensividade – Perigo abstrato – Crimes de colarinho branco – Política criminal – Criminologia – Direitos humanos.

ABSTRACT: The fundamental objective of this paper is to discuss and introduce a political-criminal view on a very frequent phenomenon taking place at present, related to Secondary criminal law: the expansion of *jus puniendi* a consequence of an assumption of a rationality which unsuccessfully seeks efficiency by any means, based on the indiscriminate increase of punishable facts – a symbolic criminalization aiming at addressing illegitimate and inefficient commands to punish white-collar crime. All this disregarding the concepts penalty need and deserving; criminal-political concepts which restrict and legitimize the punitive intervention of the State, having as attribute the notion of legal interest (the material concept of crime) and the theory of the sentence as a tool of general positive prevention – assisted by Criminology, especially that based on the Sutherland legacy.

KEYWORDS: Secondary criminal Law – Legislative inflation – Material concept of crime – Supra-individual legal interest – Offensiveness – Abstract danger – White-collar crime – Criminal policy – Criminology – Human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Racionalidade final e Direito Penal expansivo; 1.2 Inflação legislativa, bens jurídicos supraindividuais e crimes de colarinho branco – 2. Sobre a ilegitimidade de uma *corrida para o direito penal* (racionalidade axiológica, racionalidade final e crise de legitimidade): 2.1 Bens jurídicos coletivos, desmaterialização, efeito simbólico e inflação legislativa; 2.2 Autênticos e falsos bens jurídicos coletivos num contexto de crise; 2.3 Bases para um *antropocentrismo moderado*; 2.4 Técnicas de tutela no âmbito do direito penal secundário; o perigo abstrato e seu *acertamento* – 3. A tentativa de conciliação entre necessidade e merecimento de pena no âmbito do direito penal secundário (expansionismo penal, (in)eficácia preventiva e *white-collar crimes*): 3.1 Opacidade, cifras negras e *white-collar crimes*; 3.2 O problema da seletividade das instancias formais de controle, a corrupção e a ineficácia preventiva – 4. Considerações finais – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em conta a realidade legislativa brasileira,[1] são notórias duas constatações: que o sistema recrudesce a punição em crimes em que a mesma punição é mais efetiva e serve como instrumento de controle social – crimes dos menos abastados e marginalizados sociais (homicídio, furto, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estelionato, tráfico de entorpecentes) – e, em contrapartida, que tipifica crimes desmesuradamente na parte *extra codicem*, sem importar-se com a efetiva ofensividade dos tipos legais (inflação legislativa) ou com sua eficácia preventiva. Tudo isso implica num sistema penal de duas medidas, que não segue corretas técnicas de tutela para a punição da verdadeira macrodelinquência política e econômica e se esconde por traz de um *direito penal simbólico*, contente em punir bodes expiatórios.

Ora, dada a amplitude da temática apresentada, o texto seria necessariamente inconclusivo e as contribuições em termos de aperfeiçoamento do sistema seriam perfunctórias. Por tudo isso, o que se pretende com a investigação é um maior aprofundamento – obviamente não de todo linear e esgotante – de tópicos fundamentais: (a) a inflação legislativa e a ineficácia preventiva do Direito Penal secundário pátrio, por descuido e casuísmo do legislador com os limites materiais da intervenção puni-

1. O texto reproduz, de forma mais abrangente, a comunicação por nós realizada no VIII Seminário de Ciências Criminais do IBCCRIM ocorrido em Franca/SP. Deferência ao apoio dos juristas Alberto Silva Franco, Fábio Roberto D'Ávila e Antonio Milton de Barros.

tiva, nomeadamente com o (des)apego ao conceito material de crime. De outro lado, o trabalho pretende ganhar força metapositiva partindo de uma outra linha de abordagem: (b) buscar, com o auxílio da criminologia, os fatores que levam os crimes de *white-collar*, entre os quais estão insertos os "verdadeiros" crimes ambientais, econômicos, financeiros, à inefetividade preventiva. E aqui se concretiza uma abordagem mais robusta e enriquecida por referenciais teóricos que se coadunam com uma "ciência conjunta do direito penal" (Von Liszt, Roxin), em que o enfoque dogmático é permeado por considerações criminológicas e de política criminal.

1.1 Racionalidade final e Direito Penal expansivo

Não mais se olvida que, sobretudo *de lege lata*, a política criminal contemporânea tem-se orientado ao "consequencialismo",[2] adotando como referência considerações pragmáticas voltadas para a realização de uma qualquer finalidade. Assim, por exemplo, quando se imprime ao sistema, como função única e premente, a realização de finalidades preventivas (gerais ou especiais, positivas ou negativas). Esse modo de ver as coisas, quando empreendido de maneira irrestrita (sem limites), acaba por converter o direito penal em um instrumento de "engenharia social"[3] e, por isso, não pode deixar de ser condenado. Noutros termos, essa "racionalidade final" (*Kweckrationalität*) é perniciosa quando, ao excluir qualquer outra forma de teleologia que não seja compatível com seus "fins instrumentais de controle",[4] descuida dos valores imanentes ao horizonte jurídico-político e social coevo.

Ora, não se pode conceber um sistema dogmático jurídico-penal que se permita, deliberadamente, orientar somente por conceitos instrumentais, ainda mais quando não atingida a efetiva prevenção. Não se pode abdicar, em nome de qualquer *tecnologia*, dos aspectos valorativos

2. Cf. Silva Sánchez, Jesús-María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites. In: Roxin, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 99.
3. Assim Castanheira Neves. Estudos Ferrer Correia (1990), p. 9 apud Dias, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 37.
4. Cf. Silva Sánchez. Ob. cit., p. 100.

"nuclearmente determinantes no Direito como sistema axiológico".[5] Desse modo, da contraposição entre a *Wertrationalitat* e a *Zweckrationalitat* deve resultar um modelo teleológico, respaldado pelo paradigma penal dos tempos atuais, que se traduza numa "unidade axiológico-funcional".[6]

A conciliação entre uma racionalidade funcional e uma outra axiológica faz-se indispensável, também, em homenagem à própria concepção de Estado de Direito (social e democrático). Em respeito aos valores e ao étimo jurídico-político que se cristalizam na concepção de Estado, não pode o sistema jurídico-penal, em nome da luta desmesurada contra o crime (e o criminoso), sobrepor-se a valores irrenunciáveis como a liberdade e dignidade da pessoa humana.

De sorte que, uma teleologia que se queira fazer valer "para o presente e futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com seus meios próprios de atuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem".[7] Se, por um lado, uma dogmática orientada político-criminalmente deve estar atenta às proposições e postulados da moderna teoria dos fins da pena (esta mesma já limitada por considerações de valor),[8] por outro, "não pode desatender-

5. Cf. CASTANHEIRA NEVES, Estudos Ferrer Correia (1990), p. 9 apud ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *RPCC* 2, Coimbra, 1992, p. 181.
6. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*... cit., p. 38. É este também o caminho prosseguido por Costa Andrade quando, logo após descrever o novo paradigma penal prevalecente, a cujos postulados fundamentais concede a força de verdadeiros "princípios axiomáticos", afirma que, "pelo menos nos termos do paradigma desenhado, a indispensável racionalidade está inteiramente 'colonizada' pela densidade axiológica própria da *Wertrationalität*" (cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Ob. cit., p. 182).
7. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 1983, p. 13.
8. Assim se comungarmos do entendimento segundo o qual a função da cominação, aplicação e execução da pena privativa de liberdade não é a *retribuição*, o castigo ou a expiação, mas sim prevenção positiva, seja ela geral ou especial. Nesta linha, a cominação e o *quantum* de pena ficam

se que a racionalidade funcional está aqui preordenada à salvaguarda e proteção de bens jurídicos fundamentais".[9]

Estamos diante do problema de se determinar o "que" da punibilidade, o conteúdo (material) do comportamento criminal. Em busca desse propósito e dele resultado, parece hoje relativamente estabilizado na doutrina[10] ser o conceito material de crime constituído, na sua essência, pela noção de *bem jurídico-penal* (ou bem jurídico dotado de *dignidade penal* ou *merecimento de pena*). O bem jurídico passa então a fazer parte do discurso jurídico-penal como um elemento fulcral, como "contraponto valorativo à funcionalização"[11] e parte inarredável daquele empenho de trazer as proposições axiomáticas próprias da política criminal para dentro do sistema.

Como aludíamos, o surgimento da moderna teoria do bem jurídico e sua evolução e aprimoramento teóricos tiveram como objetivo fulcral a criação de um instrumento conceitual capaz de restringir o recurso à sanção penal somente aos comportamentos ofensivos a valores essenciais para uma existência harmônica em comunidade.[12] Ocorre que, consta-

limitados ao mínimo necessário para a tutela do bem jurídico que confere legitimidade ao tipo e a culpabilidade deixa de ser *fundamento* e passa a ser *limite material* para a dosagem da pena. Assim, por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Civitas, p. 81 e ss.

9. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Ob. cit., p. 181.

10. Na verdade, se, no Brasil, alguns doutrinadores vem proclamando tardiamente a virtuosidade de um conceito metapositivo e crítico-sistemático de bem jurídico – ou seja, um conceito não imanente e sim transcendente ao sistema –, na Alemanha, podemos dizer que o conceito passa por uma crise, à medida que grande parte dos doutrinadores germânicos negam a sua potencialidade crítica. Um panorama sobre o debate entre defensores a céticos quanto à noção de bem jurídico encontramos em HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juídico*. Barcelona: Marcial Pons, 2007. No Brasil, muito pertinente o estudo de GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim*, vol. 49, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 93 e ss.

11. Cf. SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 108.

12. No Brasil, entre os autores preocupados em garantir o respeito ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, como barreira intransponível a considerações puramente eficientistas, encontramos os trabalhos primorosos de BECHARA, Ana Elisa Liberatore. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, IBCCrim, maio-ago. 2009, p. 16 e ss.; SALES, Sheila Jorge Selim. O princípio da efetividade no direito penal

tada a progressiva ineficácia dessa teoria, mormente para criticar os mais recentes processos de criminalização, tem-se propugnado pela necessidade de se seguir procurando ulteriores elementos de delimitação, de forma a enriquecer a noção de bem jurídico, dotando-na de maior força metapositiva. Crê-se, por conseguinte, que a ideia de plasmação constitucional "segue sendo insuficiente para caracterizar, de modo pleno, os bens jurídicos penalmente protegíveis", na medida em que "descreve um marco flexível e ambíguo, demasiado amplo todavia para os efeitos que aqui interessam".[13] Embora, apesar de tudo, a referência constitucional seguir como um marco imprescindível e frutuoso.[14]

Voltando os olhos para as mais recentes medidas legiferantes de cunho "expansivo", fácil é notar que, nesses casos, o reconhecimento constitucional do bem protegido serve apenas, quando muito, para se legitimar genericamente a incriminação já existente.[15] Essa perda gradativa de sua função fica a dever-se, num certo sentido, à introdução no ordenamento jurídico-penal de incriminações típicas do Estado Social, nas quais o bem jurídico protegido encontra-se "desmaterializado", com os contornos "difusos" e imprecisos.[16] Em grande parte dos casos,

e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *RT* 848. Souza, Paulo Vinicius Sporleder. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: Ed. RT, 2004 e D'Avila, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Studia Juridica*, Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

13. Cf. Silva Sánchez, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 273-274.

14. Cf. Frisch, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estrutura del delito e imputación em el contexto de legitimación de la pena estatal*. In: Hefendehl, Roland. *La teoria del bien juídico*. Ob. cit., p. 312; Hassemer, Winfried. Pueden haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: Hefendehl, Roland. *La teoria del bien juídico*. Ob. cit., 96 e ss.

15. Cf. Moccia, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: Silva Sánchez. *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1997, p. 115; Hassemer, Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, n. 45 a 48, año 12, Buenos Aires, 1989, p. 278.

16. Cf. Mendoza Buergo, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 68 e ss., a qual considera que "a crítica em relação a esta questão consiste, basicamente, na ideia de que o atual desenvolvimento do direito penal, influenciado pelos nebulosos âmbitos dos novos riscos, supõe a tendência a uma *dissolução* do conceito de bem jurídico, que evoluiria dos contornos mais claros dos bens jurídicos individuais aos mais

portanto, não estaríamos diante de autênticos bens jurídicos, mas de "unidades funcionais"[17] ou "modelos de organização social" que, numa abordagem de cunho criminológico, não protegeriam "vítimas" e sim "funções".[18]

1.2 *Inflação legislativa, bens jurídicos supraindividuais e crimes de colarinho branco*

Ora, o que se observa em termos de política legislativa na realidade brasileira é o desrespeito por parte do legislador a mandamentos político-criminais que buscam restringir a intervenção penal a condutas de fato ofensivas a valores fundamentais à sobrevivência da sociedade (bens jurídico-penais) e, para além disso, aos casos em que a cominação, aplicação e execução da pena é eficaz do ponto de vista preventivo geral e especial. Fato observado estatisticamente, nomeadamente nos crimes editados para punir agentes dotados de alto *status* social e político.[19] Desdenha-se a necessidade de criminalizar somente condutas de fato relevantes, o que implica num conjunto legislativo casuísta e *simbólico*; por outro lado, segue-se uma orientação de recrudescimento das respostas punitivas em relação aos crimes dos menos favorecidos[20] e, em contrapartida, uma parca intervenção, do ponto de vista da sua efetividade preventiva, em relação à criminalidade econômica e política.[21] Parca intervenção que não significa, por sua vez, a não edição de tipos penais de forma aleatória,

vagos e imprecisos dos "novos" bens jurídicos supraindividuais" (Idem, p. 76). Cf. também HASSEMER. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra constituzione e diritto naturale. *Dei delitti e delle pene*, n. 1, 1984, p. 104 e ss.

17. Cf. HASSEMER. Lineamentos de una... cit., p. 279.
18. Cf. HASSEMER. *Il bene giuridico nel*... cit., p. 109. Contra: MARINUCCI; DOLCINI. *Corso di diritto penale 1*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 549 e ss.
19. Cf. CROALL, *White-Collar crime*, Open University Press, 1992, p. 56.
20. Cf. REIMAN, Jeffrey. *The Rich get Richer and the Poor get Prision*. Allyn and Bacon, 1998, p. 52.
21. Cf. SALES, Sheila Jorge Selim. Ob. cit., passim. Conforme afirma Santos, "há uma forte corrente que aponta a existência de um tratamento em favor dos *White-collars* logo ao nível de elaboração da própria lei penal" (cf. SANTOS, Claudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Ed. 2001, p. 214 e ss.).

nos moldes de uma *corrida para o direito penal.*[22] Parca e pobre porque não atinge uma concreta e efetiva intervenção, apta a demonstrar efeitos preventivos, como demonstram as estatísticas criminais. Esta inflação legislativa em relação ao direito penal extravagante, nomeadamente àquele setor legislativo que busca punir os crimes dos poderosos (v.g. *a lei de crimes ambientais, crimes contra a economia popular, contra a ordem econômica, contra a propriedade industrial, contra o sistema financeiro, etc.*) "é fenômeno causado tão-só para censurar fatos (e não seus autores, por não se mostrarem perigosos), uma vez que não geram penalidade *in concreto.* Trata-se de uma legislação promulgada para ser 'virtual', cuja finalidade é ser estigmatizante de determinados fatos e, a um só tempo, indulgente para com seus autores".[23]

Eis o problema que se coloca aos nossos olhos e que confere ao tema proposto relevância político-criminal. No horizonte do direito penal pátrio vivemos um momento em que se recorre ao direito penal como *prima* e não como *ultima ratio.* Esta edição desmesurada de tipos penais não respeita os padrões de legitimidade acima descritos e, ademais, tem necessariamente de defrontar com problemas ainda mais complexos, como, por exemplo, toda a polêmica suscitada à volta do papel a desempenhar pela política criminal na contenção dos "novos riscos"[24] oriundos do desenvolvimento tecnológico em confronto com a

22. Entre os autores que, atentos a este direito penal de duas medidas, advogam uma mais ativa atuação legislativa quando em conta interesses coletivos, veja-se, por exemplo, SGUBBI, F. *Tutela penale di interessi diffusi, la questione criminale,* 1976, p. 7 e ss.

23. Cf. SALES, Sheila Jorge Selim. Ob. cit., p. 417.

24. BECK, Ulrich. *Risk Society – towards a new modernity.* London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications, 1992. Vivemos em uma sociedade "exasperadamente tecnológica", com níveis de avanço e crescimento científico incomparavelmente crescentes. Todavia, de par com o aparecimento de "avanços tecnológicos sem paralelos em toda a história da humanidade", somos obrigados a conviver com algumas "consequências negativas", de inaudito potencial catastrófico, aptas a causas danos de desmedidas dimensões e extraordinário poder lesivo. Assim, o avanço industrial e científico traz consigo, ao mesmo tempo em que repercute positivamente para o bem-estar social, o aparecimento de *novos riscos* de "mega-dimensões", "suscetíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*" (cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial"

função de exclusiva proteção de bens jurídicos: urge, segundo uns, que o direito criminal abandone aquela perspectiva liberal, que defendia a intervenção penal somente para a tutela de bens jurídicos clássicos (como a vida ou o patrimônio) e tome como tarefa sua a tutela de interesses vagos, difusos, verdadeiros bens jurídicos universais, supraindividuais.[25] Noutro sentido, posicionam-se aqueles autores que, apegados aos valores do Direito Penal clássico e à concepção liberal de Estado à qual aquele se remete, defendem a necessidade de qualquer programa político-criminal continuar ainda restrito ao seu âmbito clássico de tutela quando se quer que o bem jurídico continue a cumprir com sua função de padrão crítico e legitimador da intervenção punitiva.[26]

e a "sociedade do risco". *Estudos em Homenagem ao Doutor Rogério Soares*, p. 7). É nesse sentido que se tem falado, na esteira do mesmo Beck, de uma sociedade de riscos (*Risikogesellschaft*). Uma sociedade que, diante da efervescência dos riscos modernos, globais, imprevisíveis, torna-se *reflexiva*, passando a pensar sobre si mesma e os valores sob os quais se orienta. Esta *nova modernidade*, diante do "lado obscuro" do progresso técnico e econômico, questionando a virtualidade e a infalibilidade do "moderno", sente a imperiosa necessidade de refletir – agora de maneira menos inocente e cautelosa – sobre seu próprio modo de atuar. Uma sociedade de *sujeitos passivos* e em que a maioria social passa a se identificar com a figura da vítima (cf. BECK, Ulrick. Maquiavelismo ecológico. *La democracia y sus enemigos – textos escogidos*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1995, p. 181).

25. Se as coisas se postulam nos termos atrás desenhados, resta-nos procurar devassar as razões de uma postura rigidamente acorde com o "pensamento europeu dos princípios tradicionais", idêntica à que têm sido propugnada no ambiente da Escola de Frankfurt, segundo a qual o direito penal deve quedar-se "nuclear", ou seja, restrito ao seu âmbito clássico de tutela de interesses individuais, remetendo para outros ramos extra-penais a tarefa de salvaguardar os novos valores coletivos. Por outra banda, e opostamente, cumprir-nos-á uma maior aproximação daquele setor da doutrina que, com base em uma racionalidade funcional a permitir uma dogmática político-criminalmente orientada, atribui ao direito penal a tarefa de lutar contra novos riscos sociais, tidos por mais danosos para vida social do que a criminalidade considerada "clássica". Sobre o debate entre as correntes e em defesa da autonomia dos bens jurídicos supra-individuais: SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana. *ADPCP*, t. XLIX, fasc. 1, 1996, p. 188 e ss.; ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal*... cit., p. 89 e ss.

26. Cf., por todos, HASSEMER, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, *Pena y Estado*, n. 1. Barcelona, 1991, passim. Também: Müller-

Temos, pois, em vista, um problema de difícil deslinde: a expansão do Direito Penal secundário e a sua utilização simbólica e desapegada a padrões de legitimidade, notadamente no que se refere aos "crimes dos poderosos" e a ineficácia preventiva da legislação.[27] E pretendemos demonstrar a referida ineficácia a partir daqueles crimes que tem por meta a prevenção de uma espécie de criminalidade de colarinho branco que é inerente a países de democracia recente e onde a atuação penal devia e poderia ser mais eficaz.

Aqui chegados, cremos que será possível apresentar soluções a partir de um estudo que, no que tange à inflação legislativa do Direito Penal secundário, privilegiará uma análise crítica, de cunho político-criminal, recorrendo, como linha de força, principalmente, ao conceito de bem jurídico-penal e à estrutura do delito. Daí advirão, necessariamente, mandamentos de descriminalização e reestruturação típica.[28] Em relação à necessidade de uma técnica de tutela mais coerente e eficaz, o estudo se centralizará na chamada criminalidade dos poderosos.

E porque, no que tange aos crimes de colarinho branco, a atuação punitiva do Estado é ineficiente? Como facilmente se intui, a resposta a esta pergunta será o marco para apontar como deve o Direito Penal agir se quiser ser minimamente eficiente e a sua intervenção legítima nos casos de *white-collar crimes*. E este ponto será abordado linearmente com o problema acima levantado (de um Direito Penal inflacionado e casuísta), o que trará um tópico referencial para toda a ineficiência e ilegitimidade do Direito Penal *extra codicem*. Necessariamente, no que diz respeito à ineficácia preventiva dos tipos legais que pretendem combater a criminalidade de *white-collar*, o problema só será avistado de forma contundente com uma abordagem criminológica, na esteira das correntes mais

Tuckfeld, Abolición del derecho penal del medio ambiente. In: *La insostenible situación del Derecho penal. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra*. Granada, 2000, passim. MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal em la sociedad del riesgo*... cit.

27. Sobre a ineficácia preventiva dos crimes de "white-collar", desenvolvidamente: CROALL, ob. cit., passim; BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. *RIDP*, 1978, p 43 e ss. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 437 e ss., SANTOS, Claudia Maria Cruz. Ob. cit.

28. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal (dês)criminalização. Redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCrim, 2008.

atuais, herdeiras das proposições de Sutherland,[29] sobre o confronto entre a cominação penal, a realidade social e política e a *ineficiência das instâncias formais de controle*. Eis o problema que se pretende defrontar: identificar o porquê, em meio a uma legislação penal inflacionada, os "crimes dos poderosos" mantêm-se à mercê do Direito Penal. E cremos que as respostas encontradas em sede político-criminal e criminológica serão frutuosas, particularmente em relação a características peculiares a crimes desta sorte e à seletividade dos sistemas institucionalizados no que diz respeito a crimes praticados por agentes dotados de grande influência, advindas da sua posição social e política.[30]

2. Sobre a ilegitidade de uma *corrida para o direito penal* (racionalidade axiológica, racionalidade final e crise de legitimidade)

2.1 *Bens jurídicos coletivos, desmaterialização, efeito simbólico e inflação legislativa*

Quanto à *inflação legislativa e ao casuísmo do legislador pátrio* é crença por nós já avançada estar o problema intimamente ligado à compreensão e concreção do conceito de bens jurídico-penais.[31]

Ora, o labor de determinação precisa do bem jurídico protegido em cada caso apresenta a inegável vantagem de permitir delimitar criteriosamente o seu núcleo valioso, de forma a se poder distinguir se o mesmo é violado ou somente exposto a perigo.[32] Assim, quando se admite a proteção de bens jurídicos universais – bens que "parecem inabarcáveis conceitualmente" e cujos "limites escapam a uma clara delimitação"– "acaba-se, pois, facilitando a proliferação de objetos fictícios de tutela,

29. Sutherland, Edwin, *White-Collar crime, the uncut version*, New Haven: Yale Univessity Press, 1983, passim.

30. Cf., por exemplo, inicialmente, Sutherland, Idem, passim; Mais atual, Santos, Claudia Maria Cruz. Ob. cit., passim. Croall.. Ob. cit., passim.

31. Figueiredo, Guilherme Gouvêa de. Ob. cit., p. 112 e ss.

32. Sobre a necessidade de determinação mais precisa dos bens jurídicos coletivos, Simões, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão humana. *Temas de direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Ed., p. 307; Hassemer, *Pueden haber delitos...* cit., p. 96 e ss. Ver também Mendoza Buergo, p. 69.

que avalizam opções de incriminação hipertrófica".[33] Em estreita conexão com essa realidade, o legislador vê-se favorecido a apelar para técnicas de proteção fortemente antecipada – especialmente recorrendo às figuras típicas de perigo abstrato, acrescidas de uma excessiva dependência da normação e/ou atuação administrativas (normas penais em branco) – que "expressam uma ofensividade de tipo particular, medida não tanto em termos de consequências concretas, mas de incompatibilidade com as tendências programáticas do sistema".[34]

Assistimos, assim, a um fenômeno que a doutrina alude criticamente como "administrativização" do Direito Penal. Quer ele significar que o direito penal, a partir da mudança de rumo sumariamente descrita, passa a ter por norte critérios de legitimação que o aproximariam mais propriamente do direito administrativo sancionador. Certamente, a busca de padrões de legitimidade tendentes a suportar um direito penal "maximalista" – ou seja, um direito penal mais interveniente, tanto no que tange à edição de tipos penais quanto à amplitude e intensidade da tutela ofertada – traduz-se na assunção pelo legislador de um pensamento que privilegia a eficiência. De resto, "este é o ponto a partir do qual são suscetíveis de crítica determinados processos recentes de criminalização, nos quais a fundamentação para a imposição de uma pena a uma determinada conduta lesiva a um bem jurídico, até o momento só protegido pelo direito administrativo, tenha sido a insuficiência preventiva dos mecanismos deste e, portanto, a mera 'necessidade' de uma proteção penal".[35]

Se, como já foi assinalado, a categoria da dignidade penal (merecimento de pena) é aquela que incorpora de forma mais abrangente uma racionalidade valorativa capaz de impor limites à *corrida para o direito penal* como forma de satisfazer necessidades utilitaristas de prevenção; se, por seu turno, esta mesma categoria tem tido pouca ou nenhuma capacidade de cumprir com este seu desiderato, fácil é concluir – como tem atestado um certo setor menos complacente com as mais recentes modificações legislativas de cunho "expansivo"[36] – que a política criminal

33. Cf. Moccia. Ob. cit., p. 121.

34. Idem, p. 115.

35. Cf. Silva Sánchez. *Aproximacion al derecho penal contemporáneo*... cit., p. 287.

36. Frisch, Wolfgang. Ob. cit., p. 309 e ss.; Hassemer, Winfried. Ob. cit., p. 96 e ss.; Hassemer. *Il bene giuridico*...cit., p. 109 e ss.; Baratta, Alessandro.

contemporânea vem, progressivamente, abandonando aquela postura apoiada em considerações "de valor" (ou principiológicas) em privilégio de uma outra que releva apenas infundadas considerações de eficiência e utilidade social.[37]

Portanto, ancorados nas observações precedentes, é necessário que se busque a edificação de conceitos metapositivos fortes o bastante para se poder distinguir o que é suficiente para fundamentar o ilícito de maneira geral (e, mais especificamente, o ilícito administrativo)[38] daquilo que pode legitimamente, por ser digno de tutela penal, ser elevado a objeto de um tipo legal de crime. A bondade de uma tal consideração, como já restou afirmado, está no fato de a criminalização excessiva e casuísta ter sido uma forma incoerente vislumbrada pelo legislador de punir crimes praticados por agentes favorecidos.[39] Transforma-se, o Direito Penal em um instrumento político com vistas a satisfazer, de forma *simbólica*, clamores coletivos.[40]

Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal*, n. 29, 1985, p. 11 e ss.; MOCCIA. Ob. cit., passim.

37. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Doutrinas funcionalistas em direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, vol. 30, 2008, p. 25-54.

38. Sobre os critérios materiais de distinção entre o Direito Penal e o direito administrativo sancionador, FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 457 e ss. O mesmo empenho de trazer para a realidade brasileira a discussão sobre o acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, afirmando ser o aspecto *qualitativo* e não o *quantitativo* que distingue o "penal" encontramos em D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *RBCCrim*, n. 60, São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 9 e ss. Também, apesar de chegar a conclusões distintas: Figueiredo, *Crimes Ambientais*, ob. cit., p. 113 e ss.

39. FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 437 e ss.

40. Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insustenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. Analogamente, na lição de André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, o Direito Penal, "quando manejado no sentido de dar respostas 'eficazes' às novas formas de criminalidade, assume um caráter meramente simbólico, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da impressão tranquilizadora da existência de um legislador atento à realidade social"(Crime

Daí porque a solução para uma atuação estatal mais coerente, no concernente aos variados setores do chamado *direito penal secundário*, passa necessariamente pela delimitação do valor protegido, como base de legitimação do direito punitivo estatal e elemento axiológico para uma interpretação teleológica dos tipos.[41]

O mesmo é dizer que a definição do bem jurídico protegido serve, quando minimamente precisa, de duas formas, ambas de inegável relevo político-criminal e dogmático: (a) *de lege lata*, a noção do valor protegido opera como parâmetro ao juízo de imputação de uma conduta concreta à descrição abstrata contida no tipo; (b) *de lege ferenda*, como é sabido, o bem jurídico é o limite que deve o legislador obedecer para a legítima tipificação de crimes vocacionados para uma proteção penal apegada a padrões restritivos. Noutros termos, o bem jurídico é um dos grandes suportes aos mandamentos de *descriminalização* porque, sendo certo o valor que legitima a intervenção punitiva do Estado, todos aqueles tipos legais de crime não construídos para a tutela deste mesmo valor devem ser *descriminalizados*. Nesta linha, surge o bem jurídico também como grande referencial para as *técnicas de redação típica*.[42] Assim, clarificado o que se tem como meta proteger, mais fácil será o labor de descrição da conduta típica: só serão criados tipos legais cujo preenchimento de fato importe numa ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico que confere legitimidade ao tipo, afastando-se, assim, o recurso indiscriminado a ilícitos de "mera desobediência" e de perigo abstrato (na forma de perigo presumido), em que se pune o simples descumprimento de um *dever*.[43]

organizado: conceito e possibilidade de tipificação no contexto de expansão do direito penal. *RBCCrim*, n. 79, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 12).

41. Nessa linha o pensamento de Hassemer: "a noção de bem jurídico deveria ser seletiva e nítida: tratam-se dos limites à intervenção na liberdade de atuação humana, ou seja, de um conceito protetor da liberdade (...). O conceito de bem jurídico deveria ser compreensível, deve facilitar o controle democrático do legislador, posto que é o primeiro que deve tornar possível; isto proíbe generalizações nebulosas, que impedem a todos de criar uma ideia" (cf. HASSEMER, Winfried, *Pueden haber delitos*... cit., p. 104).

42. Afirmando, no mesmo sentido que "il concetto di bene giuridico fornisce indicazioni per una giusta *tecnica di tutela* delle leggi penali": HASSEMER, Winfried, *Il bene giuridico*... cit., p. 109.

43. FIGUEIREDO, *Crimes ambientais*... cit., p. 141 e ss.

2.2 Autênticos e falsos bens jurídicos coletivos num contexto de crise

Não poderia ser de outro modo, com o presente texto pretende-se só um arregalar de olhos para uma realidade por nós demonstrada e apenas apontar algumas vias de solução, pontuando o problema no papel a desempenhar do Direito Penal na proteção de alguns interesses coletivos. Contudo, não se deve olvidar que o que aqui se dispõe à superfície vale de um modo geral para grande parte do Direito Penal secundário. Ora, se, como insistentemente mencionado, o "caos" por que passa o Direito Penal secundário pátrio é fruto de uma corrida cega e ilegítima, cremos que a ilegitimidade desta *fuga para o direito penal* está intimamente relacionada à perda de potencial crítico do conceito material de crime.[44] Em outras palavras, os bens jurídicos eleitos pelo legislador, mormente para a tutela de crimes tipificados em legislação extravagante, de nada servem à restrição e ao aprimoramento da intervenção punitiva estatal.[45]

E, por isso, estamos convictos que a correta delimitação do bem jurídico, quando coletivo, deve-se buscar pela via de uma concepção *moderadamente antropocêntrica*, intermediária entre as chamadas definições *dualistas* e *antropocêntricas radicais*. É o que defendemos para a tipificação de crimes ambientais,[46] mas que serve de forma idêntica como via de delimitação dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal secundário de modo geral.[47]

44. Isto porque, como se sabe, à reconhecida debilidade do conceito de bem jurídico estão atreladas a sua vaporosidade e ínfima função de garantia (cf. FRISCH, Wolfgang. Ob. cit., p. 311).

45. WOHLERS, Wolfgang HIRSCH, Andrew von. Teoria del bien jurídico y estructura del delicto. Sobre los critérios de uns imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juídico*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 285 e ss.; MÜSSIG, Bernd. Desmaterializacion del bien jurídico y de la política criminal: Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoria del bien jurídico crítica hacia el sistema. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, vol. 2, fasc. 4, Porto Alegre, 2001, p. 157 ss.

46. FIGUEIREDO, *Crimes ambientais*... cit., p. 163 e ss.

47. Na mesma linha, advogando ser o conceito de bem jurídico coletivo é mais determinável quando "dotado de referente pessoal": SIMÕES, Pedro Coelho. Ob. cit., p. 307; Também: DIAS, Augusto Silva. *Protecção juridico-penal de interesses dos consumidores*. 2. ed. policopiada, 2000, p. 29 e ss.

Mas, antes de tudo, é preciso antever se estamos diante de *verdadeiros bens jurídicos coletivos* ou, contrariamente, de formas de antecipação da tutela de bens jurídicos individuais.[48] Conforme leciona Hefendehl, "uma sistemática 'tosca' dos bens jurídicos coletivos parte da diferenciação entre Estado e Sociedade, mas cujo significado se transformou atualmente, e separa os bens jurídicos que criam âmbitos de liberdade para os indivíduos daqueles bens jurídicos protetores das condições de sobrevivência do Estado".[49] Estaremos, muitas vezes, segundo esta delimitação simplista, diante de falsos bens jurídicos coletivos, como, por exemplo, no caso dos crimes de "bancarrota" (§ 283 do StGB). Segundo Hefendehl, existe um certo consenso acerca de estes crimes protegerem o direito dos credores e, portanto, o *patrimônio*. Não obstante, tem-se defendido uma vertente supraindividual do bem jurídico, levando em conta os efeitos cumulativos (em cadeia), para além do círculo dos credores reais. Esta compreensão ganha corpo quando se toma em linha de conta "os grandes danos financeiros que afetam a economia em geral produzidos pelas insolvências e deduz-se daí o bem jurídico supra-individual". Ademais, argumenta-se que as frustrações em cadeia para as empresas dependentes, assim como para os provedores, ratificam a vertente supra-individual do bem jurídico, como valor indispensável à manutenção da ordem econômica.[50]

Contudo, neste caso, como em outros tantos, o bem jurídico não serve como critério restritivo e sim como um pueril e nebuloso conceito que acaba por se confundir com o próprio tipo e legitima descriteriosamente a sua vigência. Não se nega que a tipificação de crimes desta espécie surte um efeito para além do indivíduo, porquanto abala – nem sempre! – a confiança no funcionamento da ordem econômica creditícia. Mais, por outro lado, no crime de "bancarrota", "não se trata de proteger estruturas e condições que se consideram indispensáveis ao atual mundo econômico moderno" e, portanto, o referido crime segue orientado exclusivamente à exposição a perigo ou à lesão dos credores

48. Cf. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: _____. Ob. cit., p. 182 e ss.

49. Idem, p. 182.

50. Idem, p. 183. Sobre a crise de legitimidade por que passa a delimitação de bens jurídicos coletivos, nomeadamente o meio ambiente e a ordem econômica, veja-se: MENDOZA BUERGO. *El derecho penal em La sociedad del riesgo*... cit., p. 68 e ss.

concretamente vinculados ao autor.[51] Ante o exposto, "o § 283 está em condições de proteger a economia creditícia somente na medida em que se componha se singulares (potenciais) credores e seus patrimônios (interesses patrimoniais)". Portanto, nos casos em que se pode definir a espécie de objetos realmente existentes, *in casu* os credores e seus interesses patrimoniais, veda-se a configuração de um bem jurídico coletivo.[52]

Segundo ainda o pensamento de Hefendehl, o mesmo se passa com o bem jurídico "paz pública", que, de acordo com a doutrina majoritária seria um bem jurídico coletivo, visando à proteção de um "estado de segurança jurídica geral" assim como a consciência ínsita nos cidadãos de estarem seus interesses legítimos protegidos pela ordem jurídica.[53] Mas a necessidade de assegurar, pelo Direito Penal, a confiança das pessoas, não basta para a configuração de um bem jurídico coletivo. Falta aqui um objeto concreto, como, por exemplo, a segurança no tráfego monetário e, portanto, a referida "confiança na eficácia protetora do ordenamento jurídico" não constitui um interesse digno de justificar

51. HEFENDEHL, Roland. Ob. cit., p. 184. Contra: TIEDMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 28, Madrid: 1986, p. 65 ss.

52. Idem, p. 185. De certa forma coincidente o pensamento de Kindhauser. Argumenta, pois, que dificilmente se consegue averiguar, com um mínimo de certeza, se uma única ofensa creditícia é ou não capaz de afetar de algum modo o sistema de crédito objeto da proteção penal. Por outro lado, "seria uma argumentação contrária ao princípio da culpabilidade pelo fato fundamentar a lesividade partindo de que uma massiva realização de estafas de crédito impediria provavelmente o funcionamento do sistema creditício". Nessa linha, há que considerar – escreve em conclusão - que "uma política criminal empiricamente cimentada pressupõe uma relação de causalidade entre um dano e um comportamento. A lesividade da ação se determina por sua vinculação causal à afetação do bem jurídico. Só então é racional proibir a ação para evitar o dano" (cf. KINDHAUSER, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto em el âmbito del derecho penal econômico. *Hacia um derecho penal econômico europeo. Jornadas em honor del prof. K. Tiedmann*, Madrid, 1995, p. 447).

53. Desta forma, "uma perturbação (lesão) da paz pública existiria, segundo esta tese, quando um certo número, indeterminado, mas em todo caso grande, de grupos da população virem menosprezada sua confiança (...) na eficácia protetora do ordenamento jurídico" (HEFENDEHL. Ob. cit., p. 186).

a legitimidade da intervenção penal.[54] O correto, mais uma vez, seria identificar os concretos bens jurídicos individuais expostos a perigo.

Por ser assim, é imprescindível o trabalho de delimitação dos "verdadeiros bens jurídicos coletivos" na medida em que, se de fato forem valores atrelados a interesses supra-individuais, a sua concepção não implique em conceitos "desmaterializados". Essa crise de legitimidade por que passa a noção de bem jurídico, a ponto de alguns doutrinadores afirmarem estar o conceito em seu "leito de morte",[55] está certamente relacionada à perda de seu potencial crítico, nomeadamente em relação aos chamados "novos bens jurídicos", surgidos com o Estado Social, próprios de um Direito Penal já há tempos fundamentado pelo pós-moderno conceito de "sociedade do risco".[56]

54. FRISCH, *Bien jurídico, derecho, estrutura del delito e imputación* cit., p. 313.

55. Crítico desta ideia e defensor da manutenção do conceito, vinculado à categoria do merecimento de pena: SCHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juídico* cit., p. 197. Sobre as alternativas concepções que negam o conceito de bem jurídico, em autores como Hirsch, Stratenwerth e Jakobs e a defesa da manutenção do conceito, por todos: ROXIN, Claus. *Es la protección de bienes jurídicos uma finalidad del derecho penal?* In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico* cit., p. 445 e ss.

56. Cf. BECK, Ulrick, *Risk Society,* passim. O que se tem constatado é que a sociedade torna-se insegura e atemorizada diante destes novos riscos emergentes do desenvolvimento técnico-científico, podendo-se dizer que, paralelamente, vivemos em uma sociedade que se pode designar como "sociedade do medo" ou da "insegurança". Num certo sentido, a existência objetiva de riscos repercute subjetivamente numa *sensação coletiva de insegurança,* que, por outro lado, é consequência da enorme complexidade que marca a contemporaneidade e, ademais, vê-se potencializada pela influência dos meios de comunicação, gerando uma insegurança subjetiva que extravasa, muitas vezes, os níveis de risco objetivo (real). Ora, na medida em que cresce, de forma incontinente, o sentimento social de insegurança, cresce também, um pouco por todo lado, o clamor social por medidas que resultem em alguma sorte de efeito preventivo. Portanto, o Direito Penal, assim como outras áreas do sistema social e do sistema jurídico em particular, é chamado a compor o rol dos instrumentos de política social idôneos a responder àquele clamor (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas, 1999, p.

Daí advogarmos uma postura *antropocêntrica moderada*, que, *consagrando legitimidade aos bens jurídicos supraindividuais autonomamente*, tenta concebê-los como bens coletivos, por se referirem a uma parcela indeterminada de pessoas; contudo, cremos que isto não impede que se procure encontrar em cada um deles *interesses pessoais vinculados*, porque cada bem jurídico supraindividual não protege somente o coletivo. São sempre bens *poli-instrumentais*, pois, além de sua notória vertente coletiva, estão sempre a tangenciar interesses particulares.[57] Com uma tal percepção, evita-se a recorrência a bens jurídicos vagos, que em nada auxiliam o legislador na sua função de limite e parâmetro contra uma intervenção penal casuísta, ilegítima e inflacionada.[58]

De mais a mais, se isto se demonstra em relação ao bem jurídico *meio ambiente* – é o que veremos de seguida –, o mesmo deve valer para aqueles outros bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso (a economia popular, a ordem econômica, a propriedade industrial, o sistema financeiro, etc.) que dão lugar a uma proliferação de tipos penais destituídos legitimidade material, e, ademais, inoperantes do ponto de vista preventivo; editados somente para satisfazer, como medida paliativa, o clamor social.[59]

22); Também, apontando a relatividade dos clamores populares em relação à criminalização, a obra de GLASSNER, Barry. *Cultura do medo* cit.

57. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Doutrinas funcionalistas...* cit., passim; parece apontar para o mesmo sentido SILVA DIAS, Augusto. Ob. cit., p. 29 e ss.

58. Ora, se, quanto a nós, é legítima a intervenção do direito penal para a tutela de interesses supraindividuais, uma tal tutela só será legítima se o bem jurídico cumprir com sua função restritiva político-criminal. Porque, contrariamente, a desmaterialização do conceito resulta em consequências dogmáticas e político-criminais centrais. "Entre elas podemos destacar as seguintes: delimitar com clareza o bem jurídico em cada caso, para se determinar se é ofendido ou somente exposto a perigo pela conduta típica; estabelecer a relação de causalidade entre a conduta e seus possíveis efeitos (...); estabelecer a eventual compatibilidade de tal esfumação com os princípios da necessária lesividade do crime e da intervenção mínima, assim como, finalmente, ainda que não de menor importância, a questão das possíveis tensões que poderiam surgir com princípios básicos de atribuição jurídico-penal de um comportamento a seu autor" (cf. MENDOZA BUERGO. *El derecho penal en la sociedad del riesgo* cit., p. 70).

59. Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. Ob. cit., passim; GLASSNER, Barry. Ob. cit., passim.

2.3 Bases para um antropocentrismo moderado

Obviamente que a delimitação de cada bem jurídico supraindividual, nos moldes da concepção por nos avançada, ultrapassa o propósito do presente estudo. Demonstremos, portanto, a frutuosidade de uma tal percepção atidos à problemática tutela penal do meio ambiente. Aqui, a mais fecunda definição do bem jurídico protegido é aquela que o compreende como sinônimo de *ecossistemas*. De sorte que o valor protegido em todos os tipos legais de crime vindos a lume para a salvaguarda do meio ambiente – e as incriminações inscritas nos arts. 29 e ss. da Lei 9.605/1988, obviamente, inserem-se neste contexto – deve ser interpretado com um significado circunscrito somente aos *sistemas naturais*, ou, mais especificamente, ao equilíbrio dos mesmos (ou ainda, se for preferível, ao equilíbrio ecológico da atmosfera, da hidrosfera e do solo terrestres). Para além de ser político-criminalmente defensável – porquanto restringe a intervenção do direito penal à salvaguarda de uma "entidade" já cristalizada na consciência social e, pois, merecedora de assunção como específico objeto de tutela –, a concepção do bem jurídico protegido nos crimes ecológicos como o *equilíbrio dos ciclos naturais* (ecossistemas) facilita o labor de concreção e individualização do "núcleo de desvalor" indispensável para se poder determinar se um comportamento deve ser considerado punível. À luz dessa acepção, mais fácil fica, por sua vez, a determinação dos bens ou interesses que estão na base do meio ambiente.

Assumida tal definição como a mais pertinente, urge termos em conta, como se intui do teor da argumentação até aqui empreendida, que o labor de individualização de uma noção com força heurística estaria incompleto sem uma abrangente e pertinaz individualização dos interesses finais para cuja plena satisfação a salvaguarda dos "sistemas naturais" serve de instrumento. Parece oportuno inquirir se, mesmo partindo de uma acepção de meio ambiente tal como a por estampada, não seria de todo modo defensável, no empenho de melhor delimitar um conceito ainda excessivamente amplo e indeterminado, restringir a punição aos casos em que a conduta afete diretamente a vida ou a saúde das pessoas. Entretanto, sendo certo que tal postura apresenta inegáveis vantagens do ponto de vista da manutenção do sistema de garantias, fato é que importa numa perniciosa simplificação das relações entre o homem e o meio ambiente. Consequentemente, a proteção penal correspondente estreita sobremaneira o horizonte criminalizador a nos permitir afirmar, com rigor, que assim o meio ambiente só é tutelado parcialmente.

Com efeito, a afirmação de que o Direito Penal do meio ambiente não constitui um novo e independente ramo do Direito Penal, tratando-se na verdade de um conjunto de normas empenhadas em tutelar a vida e a saúde das pessoas de novas formas de agressão, é uma afirmação só parcialmente verdadeira porque desconhece que "os benefícios que a população de um determinado território obtém da conservação dos equilíbrios ecológicos da água, ar e solo são múltiplos",[60] sendo a saúde e a vida dois desses benefícios. Assim, consoante a lição de Catenacci sobre a relação que de fato intercede entre "saúde" e "sistemas naturais", será possível asseverar que "a *tutela dos ecossistemas* e a *tutela da saúde* acabam por ser dois objetivos entre si conexos, mas de qualquer forma distintos: um constitui objetivo fundamental e geral do sistema; o outro, um fim que aflora em muitos pontos como 'corolário' imprescindível e irrenunciável em relação a condutas que, além da normal perigosidade para o equilíbrio ecológico das águas ar e solo, são portadoras de perigos imediatos e direitos para a integridade psicofísica das pessoas. Longe, portanto, de estar orientada somente à saúde das pessoas, a tutela dos equilíbrios ecológicos das águas ar e solos tem, na realidade, um caráter *poli-instrumental*",[61] resultando, assim, num conglomerado, com vida própria, de interesses da mais variada ordem, incluído, obviamente, o interesse na manutenção da vida humana incólume e saudável.

É certo que a delimitação do que deve ser considerado um "ecossistema equilibrado" para fins de apreciação dos pressupostos de punibilidade, por mais bem definido que esteja o conceito, pode dar lugar a duas consequências negativas: a primeira delas é o julgador, diante do amplo espectro do bem jurídico protegido, contentar-se, no caso concreto, com o mero desrespeito às disposições administrativas para a tipicidade do comportamento; a segunda é a chance de o juízo de tipicidade ficar excessivamente dependente de informações periciais, não tendo o julgador condições de avaliar em cada caso a capacidade ofensiva da conduta sem o parecer conclusivo de um *expert*. Coerentemente – e é precisamente aqui que a opção por um *atropocentrismo moderado* se distingue verdadeiramente das teses dualistas –, com o intuito de obviar problemas desta ordem, deve-se ter em conta que o equilíbrio ambiental é protegido pelo Direito Penal como valor *instrumental* à plena realização de uma plurali-

60. Cf. CATENACCI, Mauro. *La tutela penale dell'ambiente: contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatória"*. Milano: Cedam, 1996, p. 36.

61. Idem, p. 38 (o itálico inicial é nosso).

dade de interesses humanos. Isso torna manifesto que o meio ambiente e aqueles bens jurídicos pessoais não são interesses distintos que podem ser afetados pela mesma conduta; são, pelo contrário, interesses que se encontram numa mesma "linha de afetação". Portanto, a idoneidade ofensiva da conduta para resultar em uma "grave alteração do equilíbrio ecológico" poderá ser medida, em cada situação de fato, a partir da afetação de interesses pessoais, nomeadamente a segurança, a saúde, a economia, o patrimônio, as formações físicas e biológicas submetidas a especiais regimes de tutela, etc. Assim, para além de se minimizarem as dificuldades concernentes ao "amplo espectro" do bem jurídico, fica evidenciado que para a proteção jurídico-penal do meio ambiente a afetação de interesses pessoais não constitui mera *ratio legis*, já que não se renuncia, para a apreciação da tipicidade objetiva, à necessidade de ter havido uma "ofensa" a interesses pessoais.

Ora, se o objetivo deste estudo é enfrentar pela superfície o problema da perda gradativa da função legitimadora do conceito de bem jurídico – pelo desenvolvimento e aplicação de um modo funcionalista de inteligir, da consequente inflação legislativa em relação aos crimes tipificados *extra codicem* e da perda de legitimidade e efetividade dos mesmos, por ofensa ao paradigma da intervenção mínima –, é oportuna a assunção de algumas posturas gerais, oriundas da concepção de bem jurídico por nós propalada.

A esta luz, devem ser *descriminalizadas* todas aquelas condutas que não atentam contra o bem jurídico supraindividual, entendido como um interesse *poli-intrimental*, que tem na mesma "linha de ataque" uma plêiade de interesses *pessoais*. Deriva, por outro lado, uma reestruturação dos ilícitos previstos na legislação penal de forma a se contemplar como dignas de pena somente aquelas condutas que importem numa ofensa ou exposição a perigo do bem jurídico, concebido este, quando coletivo, como um *interesse poli-instrumental* que contempla uma plêiade de interesses individuais co-envolvidos: assim a vida e saúde humanas, o patrimônio, a economia, a segurança, etc. Portanto, a idoneidade ofensiva da conduta, para resultar em uma efetiva ofensa ou perigo de ofensa ao bem coletivo, poderá ser medida, em cada situação de fato, a partir da afetação de interesses pessoais. Portanto, minimizadas as dificuldades concernentes ao "amplo espectro" do bem jurídico, fica evidenciado que para a proteção jurídico-penal destes "novos bens jurídicos" a ofensa a interesses dos indivíduos não constitui mera *ratio legis*, já que não se

renuncia, para a apreciação da tipicidade objetiva, à necessidade de ter havido uma *afetação de interesses pessoais*.[62]

2.4 *Técnicas de tutela no âmbito do direito penal secundário; o perigo abstrato e seu acertamento*

Mas, se com uma maior concretização do bem jurídico pode-se, como demonstrado, atingir uma certa limitação material da atividade legiferante em relação a bens jurídicos de "amplo espectro", devemos concordar com aqueles autores que, céticos quanto à capacidade restritiva de bens jurídicos desta sorte,[63] concentram suas preocupações nas relações normativas entre a estrutura do ilícito-típico e o bem jurídico. Assim, nas palavras de Frisch, "a qualificação de uma realidade como bem jurídico – se quisermos continuar a formular o problema nesses termos – constitui somente um primeiro passo no processo de legitimação de proibições com respaldo penal".[64] Nesta linha, os olhares se deslocam da concretude do bem jurídico para um segundo nível de valoração: o que passa a ser objeto de preocupações aqui é a estrutura do delito (*Deliktstruktur*).[65]

Ao tratar da legitimidade e concretude do bem jurídico, atentamo-nos para *o que devemos proteger*. Já quando despertamos para a conformação do tipo, a pergunta a responder é: *como proteger?*[66] Quanto à estrutura dos crimes vocacionados à proteção de autênticos bens jurídicos coletivos, depois de cumprida a primeira tarefa, que importa, como vimos, na descriminalização de todos aqueles tipos legais inofensivos para o bem supraindividual, entendido como um bem *poli-instrumental*, há que se ter em conta a forma de estruturação dos tipos.[67]

62. Apegados à tentativa de delimitar criteriosamente os bens jurídicos supraindividuais, desmembrando o seu "amplo espectro" em interesses individuais diretamente afetados, WOHLERS; HIRSCH, ob. cit., p. 286 e ss.; HEFENDEHL. Ob. cit., p. 182 e ss.

63. Cf., por exemplo, WOHLERS; HIRSCH, ob.cit., p. 285 e ss.; STRATENERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general (el hecho punible)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 55 e ss.

64. FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estrutura del delito e imputación*, ob. cit., p. 319.

65. Idem, p. 325.

66. WOHLERS; HIRSCH, ob. cit., p. 287 e ss.; GRECO, Luís, ob. cit., p. 116.

67. Assim, "o fato de que para a legitimidade de um tipo penal é importante determinar em que medida e frente a qual modalidade de ataque – ou seja,

Já tivemos ocasião de abordar toda a problemática que envolve os crimes de perigo abstrato e sua difícil compatibilidade com princípios jurídico-penais irrenunciáveis como o da culpabilidade e da ofensividade.[68] Neste caminho, cremos ser o modelo de perigo abstrato irrenunciável e legítimo, quando se tratar de autênticos bens jurídicos coletivos, uma vez que os mesmos dificilmente são concretamente ofendidos, dado o seu caráter genérico e pouco palpável.

Contudo, existem crimes que verdadeiramente oferecem perigo ao bem jurídico (mesmo que abstrato) e aqueles que não passam de incriminações onde a tutela se antecipa de tal forma que o perigo é somente presumido e, pois, carecem de legitimidade. Ou onde a proteção penal só se justifica, não pela conduta individual, mas pela expectativa de que haverá uma ofensa ou perigo de ofensa, em conta o efeito acumulativo do comportamento. Assim, para além do paradigma da ofensa presumida recém criticado, há um argumento frequente, em defesa da técnica dos crimes de perigo abstrato, que se sustenta na incapacidade de o bem jurídico ser afetado por uma *ação isolada*,[69] com o que se tornaria imprescindível a criação de delitos de acumulação (os *Kumulationsdelikte*).[70] Por *delitos de acumulação* refere-se a doutrina a uma espécie

'como' – se deve optar pela proteção penal de determinados bens jurídicos não é um problema técnico, derivado, em segunda categoria, à problemática do bem jurídico, mas uma questão de importância autônoma em relação à valoração da legitimidade das normas penais: a legitimidade de um tipo penal não pode fundamentar-se somente com a remissão a um bem jurídico em si merecedor de proteção penal" (cf. WOHLERS; HIRSCH, ob. cit., p. 287).

68. FIGUEIREDO, *Crimes ambientais*, ob. cit., p. 221 e ss.

69. O argumento é frequentemente utilizado, muitas vezes por setores do pensamento estanhos ao mundo do direito, como crítica aos dogmas jurídicos da responsabilização. Com efeito, "em múltiplas situações pode ocorrer que se dê a ação contaminante e que esta não possa reconduzir-se a nenhum risco de entidade suficiente criado por uma fonte concreta de risco, mas à mera acumulação de riscos irrelevantes para o direito penal, com o que ocorreria a impunidade" (cf. SILVA SÁNCHEZ. Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, 1997. SILVA SÁNCHEZ. *Consideraciones teóricas sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente. ADPCP*, 1997, p. 164).

70. Sobre esta figura dogmática e sua (i)legitimidade, veja-se WOHLERS; HIRSCH, ob. cit., p. 299; KINDHÄUSER. Ob. cit., p. 446; MENDOZA BUERGO. *Límites dogmáticos y político-criminales a los delitos de peligro abstracto*, Estudios de

peculiar de crimes, proposta por Kuhlen[71] em 1986, "nos quais a ação individual não mostra sequer a periculosidade abstrata que se presume ou se considera motivo para a punição de condutas individuais nas espécies tradicionais de crimes de perigo abstrato". Para os apologistas desta modalidade típica, seria legítima a tipificação e punição de comportamentos em si mesmos completamente desprovidos de perigosidade se a prática repetida dos mesmos puder dar lugar a uma afetação do bem jurídico protegido.[72] Sendo assim, "um tipo acumulativo não exige que a ação individual implique numa lesão ou numa exposição a perigo, mas somente que esta pertença a uma *classe de ações* que *quando se realizam num número muito elevado de vezes*, podem dar lugar a uma lesão ou uma exposição a perigo",[73] de forma que aquele comportamento, individualmente considerado, não será sequer abstratamente ofensivo para o bem jurídico.

Certo é que a adoção dos *kumulationsdelikte* encerraria "uma capacidade significativa de simplificar os problemas de imputação, dando assim supostamente 'resposta' a um grupo de casos em que a causalidade frequentemente só é sustentável na base de apreciações estatísticas e em que, mesmo assim, os danos se fundamentam como efeitos somativos, cumulativos e sinergéticos de uma pluralidade de riscos"[74] que, considerados separadamente, deveriam ser tidos como irrelevantes para o direito penal. Em contrapartida, não menos certo é que a figura dos tipos acumulativos "não sanciona concretas condutas lesivas, mas *constrói* relações de perigo entre condutas 'abstratamente' perigosas e fontes sociais de perigo".[75] Por isso a incompatibilidade de tais figuras dogmáticas com postulados irrenunciáveis ao direito penal contemporâneo,

derecho penal. Granada: Comares, 2001, p. 61 e ss.; MÜLLER-TUCKFELD, ob. cit., p. 511 e ss.

71. KUHLEN, Lothar. Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito. *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 129 e ss.

72. Cf. SILVA SÁNCHEZ. *La expansion del derecho penal*. Ob. cit., p. 131 e ss.

73. Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 61-62.

74. Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Reforma de los delitos contra el medio ambiente*, ob. cit., p. 166.

75. Cf. MÜLLER-TUCKFELD. Ob. cit., p. 511.

nomeadamente com o princípio da culpabilidade, ofensividade[76] e com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídico-penais.[77]

Assim, acreditamos que a primeira forma de conferir legitimidade aos crimes de perigo abstrato está em estruturar o tipo de forma a condicionar a imputação a uma ofensa a interesses individuais, na condição de *objetos materiais do tipo* (a propriedade, a liberdade, a segurança, a saúde, a economia, etc.). Assim se constrói um tipo menos indeterminado, apelando para o caráter *poli-intrumental* dos bens jurídico supraindividuais.[78]

Por esta via, ilegítimos os tipos acumulativos assim como aqueles que se baseiam num perigo *presumido*[79] ou na *mera desobediência a preceitos administrativos,*[80] resta o labor de conferir ao modelo de perigo abstrato a irrenunciável legitimidade.

Ora, haverá casos, não podemos negar, em que a dificuldade de se constatar a existência de um desvalor de perigosidade na conduta ou resultado se mostrará intransponível. Em tais casos, sendo de indiscutível importância o valor que se quer proteger, nada obstará a criminalização de um pôr em perigo abstrato ou presumido. Contudo, é preciso ter presente, alicerçados em Faria Costa, que estaremos diante de incriminações cuja ofensividade só ganha uma dimensão material se fundamentada no relevo ético-social que se confere à relação onto-antropológica de cuidado de perigo, uma vez que o bem jurídico não é concretamente afetado.[81] Por isso, escreve Faria Costa, "a afirmação de

76. Critico aos crimes de acumulação, pelo vértice da sua inofensividade: D'Avila, *Ofensividade*, p. 280 e ss.

77. Advogando a legitimidade desta forma de criminalização do perigo, por todos, Wohlers; Hirsch, ob.cit., p. 299 e ss.

78. Figueiredo, *Crimes ambientais* cit., p. 221 e ss.

79. Certamente, como salienta Moccia, "é evidente que, entendendo legítima a incriminação de condutas consideravelmente distanciadas da agressão, debilita-se completamente a função de delimitação do bem jurídico, a partir do momento em que a incriminação de qualquer conduta, inclusive a mais inócua do ponto de vista de sua danosidade social, pode sempre reconduzir-se à tutela de fundamentais, mesmo que remotos, bens jurídicos" (cf. Moccia. Ob. cit., p. 115).

80. Figueiredo, *Crimes ambientais* cit., p. 193 e ss.

81. Porque, segundo o mesmo Autor, só se poderá cunhar de falaciosa a ideia "de que é precisamente em nome da protecção de bens jurídicos que se devem

um específica relação de cuidado imposta pelo Estado e sem um bem jurídico a conformá-la não é necessariamente uma aberração conceitual, nem, muito menos, ilegítima extrapolação dos pressupostos que nos têm servido de base. Nesse sentido, a relação de cuidado de perigo que sustenta os crimes de perigo abstrato funda-se, ainda e sempre, naquela primitiva relação de cuidado que legitima o próprio Estado".[82]

Uma outra possibilidade de se interceder no sentido de uma reconfiguração dogmática, que faça dos crimes de perigo abstrato crimes realmente compatíveis com uma interpretação que releve o *desvalor material da conduta* no caso concreto, estará em requerer que já no plano legislativo haja a preocupação em clarificar, na descrição típica da conduta proibida, a indispensável perigosidade ou lesividade da conduta punível. Esse entendimento, que vem progressivamente ganhando força, é semelhante ao modelo de criminalização propugnado em terreno germânico, denominado pela terminologia adotada por Schröder de crimes de perigo *abstrato-concreto* e posteriormente de crimes de *atitude* ou *idoneidade* (*Eingnungsdelikte*).[83] Segundo esta compreensão, "através da *inclusão de elementos de perigosidade efetiva da conduta na descrição do tipo*, evitar-se-ia o defeito principal dos crimes de perigo abstrato: o formalismo ou automatismo da constatação de sua relevância típica e seu conteúdo de ilícito".[84] Assim, nos crimes de idoneidade lesiva, o juiz deverá constatar com caráter geral a idoneidade da ação, ou seja, se a conduta abstratamente observada era 'idônea', 'adequada' ou 'apta' para a criação do perigo proibido". Esta conformação dos crimes de perigo abstrato pressupõe, contudo, um certo modelo de tipificação, de forma que a necessidade de se constatar a perigosidade da ação adviria

ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos" (cf. FARIA COSTA, Ob. cit., p. 621, n. 130).

82. Cf. FARIA COSTA. Ob. cit., p. 632. Tomemos como exemplo o crime de tráfico de drogas, que, por proteger a saúde pública, ofende o referido bem jurídico de forma abstrata. O perigo aqui é presumido, mas ganha dignidade penal partindo da *dimensão onto-antropológica do cuidado de perigo*. Desenvolvidamente, sobre o bem jurídico protegido nos crimes de tóxicos ver: WOHLERS; HIRSCH, ob. cit., p. 286 e ss.

83. Cf. SCHRÖDER, Hans. Les délits de mise en danger – Rapport del'Allemagne Federal. *RintDP*, 1969, p. 7 e ss. Sobre os chamados crimes de idoneidade, sinteticamente, ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal PG*, § 11, n. 120 e ss.

84. Cf. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos y político-criminales a los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., p. 413-414 – itálico nosso.

da inserção de algum elemento típico, ou seja, a necessária perigosidade geral da conduta *concreta* ou dos meios comissivos utilizados pertence à própria descrição típica.

Também de acordo com a mais recente doutrina italiana, já menos rigorosa quanto à inadmissibilidade das técnicas de antecipação da tutela, a necessária lesividade ou ofensividade dos crimes de perigo abstrato estaria condicionada a uma correta e bem delimitada redação do tipo que, não requerendo a realização de um resultado (de dano ou de perigo), ao menos delimite com clareza a "carga ofensiva" da conduta em si mesma considerada.[85] Tais propostas vão desde a exigência de uma "carga semântica" a comprovar a aptidão ofensiva da conduta,[86] afastando assim a possibilidade de punição de ilícitos de "mera desobediência", até a defesa de que nos crimes de perigo abstrato o legislador faça uso de uma descrição típica que imponha ao juiz uma valoração acerca da perigosidade da conduta no caso concreto,[87] ou, conforme o nosso pensamento, utilize de *valores pessoais como objeto da ação* (infra, 2.3).

Entretanto, mesmo sendo certo que um tal recurso levado a cabo em termos de técnica legislativa já teria condições de afastar muitos problemas de legitimidade circunscritos aos crimes aos crimes de perigo abstrato "puro", o fato é que a tipificação de crimes de atitude ou de idoneidade implícita não é uma panaceia absoluta para a criminalização de condutas perigosas.

Vertido ao pensamento de Faria Costa, porém mais atento à necessidade de acertamento dos crimes de perigo abstrato com o princípio da ofensividade – avistado como partido de uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo –, merece exultação o trabalho de D'Ávila. Como

85. Cf. Angioni, Francesco. *Contenuto i funzioni del concetto di bene giuridico.* Milano: Giuffrè, 1983, p. 108 e ss. Para este caminho também se move Faria Costa, quando sustenta a necessidade de, nos crimes de perigo abstrato, o legislador buscar uma "rígida definição das condutas proibidas". Se assim fosse – continua -, "dir-se-ia que o 'aparente' défice de legitimidade é contrabalançado pela extraordinária minúcia que o legislador põe, deve pôr, na descrição das condutas proibidas" (cf. Faria Costa. Ob. cit., p. 645). Analogamente, veja-se Fiandaca. La tipizzazione del pericolo, *Dei Delitti e Delle Pene*, 1982, p. 464.

86. Cf. Angioni. Ob. cit., p. 109.

87. Defensor desta técnica, que pontualiza com exemplos concretos tirados do Código Penal italiano, ver Fiore, Carlo. Il princípio di offensività. *Ind. Pen*, 1994, p. 281 e ss.

sugere o autor, os crimes de perigo abstrato relevam uma "oscilação da tensão primitiva da relação de cuidado de perigo" de onde se deve apreender "o núcleo da noção de desvalor de resultado ínsito às figuras típicas de perigo abstrato. Todavia não como um concreto pôr em perigo, mas sim como uma forma de ofensa representada pela denominação *cuidado de perigo*, ou, mais precisamente, *desvalor de cuidado de perigo*".[88] Desta construção apela para a legitimidade dos crimes de perigo abstrato quando "constatado" um qualquer *desvalor de resultado*, sendo pois conferida a (in)ofensividade do ilícito-típico pela via do resultado e não do desvalor da ação.[89]

A logicidade e pertinência de uma tal construção são mais que louváveis. Contudo, tal acertamento e compatibilização dos crimes de perigo abstrato, a partir de um juízo material que confere primazia ao *resultado*, serve somente para aquelas incriminações que protegem um bem jurídico individual, ou um bem supraindividual em que a estrutura típica permite a constatação *ex post* de um "provável resultado" de perigo.[90] Noutros casos, como nos crimes financeiros, econômicos e ambientais, dificilmente se consegue legitimar o perigo abstrato a partir do resultado, porque, em conta a desmaterialização do bem jurídico, um tal resultado não se desvela pela via de um juízo *ex post* de probabilidade. Assim, por exemplo, aquele que nos termos do art. 31 da Lei 9.605/1998, introduz espécie animal em desacordo com mandamentos administrativos, poderá ou não "ofender" o bem jurídico "meio ambiente", mas uma tal possibilidade escapa de juízos de probabilidade de ofensa. Teremos, pois, para uma interpretação do tipo que releva sua legitimidade material, que recorrer ao *desvalor da ação* e não a um eventual resultado que pode ou não ocorrer, já que um tal "resultado", em conta o caráter sinergético da conduta aqui prevista, não pode ser percebido. A complexidade e a necessidade de se recorrer a conhecimentos detalhados das leis de experiência aplicáveis, dificulta sobremaneira a determinação de quais

88. D'Avila. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Studia jurídica. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 161; Ver também: Faria Costa. Ob. cit., p. 632 e ss.

89. D'Avila. *Ofensividade* cit., p. 164 e ss.

90. Assim, por exemplo, o crime de disparo de arma de fogo, que, protegendo a incolumidade pública, pode ser considerado ofensivo ou inofensivo a partir de um juízo de probabilidade *ex post*. Sobre o que se falou: Zuanazzi, Guilherme. *O tipo penal de disparo de arma de fogo como espécie dos delitos contra a incolumidade pública (uma antecipação da tutela penal legitimável)*. Dissertação de mestrado, Franca, Unesp (no prelo).

fatores deverão estar presentes para haver, com rigor, uma "afetação" do bem protegido. Mesmo sendo os crimes ambientais exemplo paradigmático da dificuldade em se contatar um provável resultado, o mesmo vale para grade parte dos ilícitos tipificados na legislação extravagante, como os crimes tributários, econômicos, financeiros, contra a saúde pública,[91] etc. Devemos, aqui, para acertar o tipo ao princípio da ofensividade, recorrer ao *desvalor material da ação*.

Assim, também em relação ao pôr em perigo abstrato deverá o bem jurídico fazer parte do "conteúdo" do juízo de tipicidade e não restar como mero *motivo* do legislador, "de modo que, frente ao entendimento puramente formal e literal das descrições típicas, seja possível afirmar que somente hão de se considerar verdadeiramente típicas aquelas ações que, além de coincidir com a descrição típica, constituam *ações antinormativas que atentam contra o bem jurídico, por serem lesivas ou perigosas para o mesmo*; assim o *desvalor objetivo material* da ação que é perigosa para o bem jurídico se revela como o *elemento central* do ilícito-típico."[92]

A solução para uma aplicação coerente com o mandamento de proteção exclusiva de bens jurídicos só será viável a partir de uma interpretação teleológica do tipo. Assim, quando a descrição típica não for suficientemente rica ou precisa no sentido de viabilizar uma aplicação que releve a necessidade de um qualquer desvalor material inerente à ação, será necessário recorrermos à adoção de uma perspectiva teleológica na interpretação do tipo, que nos permita tornar efetivos os critérios que conformam o sistema também na construção e interpretação dogmática dos elementos do crime.

Graças à adoção de critérios de interpretação teleológica, será possível afastar a tipicidade de comportamentos inofensivos mesmo naqueles casos em que o legislador optou por não exigir a comprovação de um resultado (de dano ou de perigo) *para o bem jurídico supraindividual*, pois, também aí, nos crimes de perigo abstrato (crimes em que não se prevê a ocorrência de nenhum resultado típico como condição para a tipicidade), deverá a perigosidade da conduta converter-se em

91. Isto se entendermos a "saúde pública" como um verdadeiro bem jurídico e não como "mascara", já que o que se protegeria legitimamente, neste caso, seriam interesses individuais (cf. WOHLERS; HIRSCH, ob. cit., p. 286 e ss.).

92. Cf. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: AA. VV. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p. 59 e ss.

"elemento objetivo necessário do ilícito", que se deve avaliar mediante um juízo *ex ante*. Daqui arranca uma nova rearrumação teórica, que vem ganhando adeptos de forma crescente[93] e já desponta entre os autores de origem espanhola e germânica, que faz dos crimes de perigo abstrato crimes em que o juízo material de tipicidade fica dependente, não da produção de um perigo efetivo, mas da existência de uma ação capaz de expor a perigo o bem jurídico que legitima a incriminação.

Chegados neste ponto, em que pretensamente se restringe a intervenção punitiva a casos realmente relevantes para o bem jurídico, e em que se advoga uma *técnica de tutela* capaz de comportar aqueles comportamentos que afrontam interesses coletivos, resta saber se ficaria resolvido o problema do merecimento de pena. Ora, se as tentativas de conferir legitimidade aos crimes de perigo abstrato por nós empreendida podem surtir efeito para alguns bens supraindividuais, acreditamos, na linha do pensamento de Hefendehl, que a espécie do bem jurídico coletivo tutelado deve ser sempre levada em conta para se determinar a correta estrutura do ilícito-típico.[94] Ou seja, levando em conta a especificidade do bem jurídico é que deve o legislador optar pela técnica de tutela mais coerente.[95] O mesmo é dizer que as alternativas são louváveis

93. Sobre esta nova compreensão, que afeta significativamente a interpretação dos crimes de perigo abstrato, e o seu desenvolvimento em autores como Gallas, Martin, Tório Lopes, Meyer, Frish e Hirsch, veja-se MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos y político-criminales a los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., p. 89 e ss. e 402 e ss. Segundo a mesma Autora, a questão de se saber se a tipicidade objetiva estará condicionada à presença de um *desvalor potencial de resultado* ou antes a *perigosidade objetiva ex ante da conduta típica*, ou seja, adstrita ao desvalor da ação ou ao desvalor do resultado, "é secundária já que a discussão, em boa medida, tem um significado de caráter puramente nominal" (Idem, p. 403, n. 156). Com efeito, o *desvalor de perigosidade objetiva* faz parte, na maioria das vezes, "do próprio desvalor da conduta, já que estes crimes não pressupõem a efetiva exposição a perigo de um bem jurídico, nem seu ilícito-típico inclui, na maioria dos casos, a produção de um resultado, embora não haja maior inconveniente em considerá-lo como um desvalor *potencial* de resultado, para afiançar algo mais que a mera realização da ação típica. Isto pode ser adequado sobretudo naqueles casos em que a configuração do tipo exige que a realização da conduta dê lugar à produção de uma situação perigosa" (Idem, p. 404).

94. HEFENDEHL. Ob. cit., p. 182 e ss.

95. Separando os crimes de perigo abstrato em *crimes preparatórios, crimes cumulativos e crimes de perigosidade concreta*, e procurando conferir legiti-

desde que acertadas com o princípio da ofensividade. Dignas portanto as opções pelos crimes de idoneidade, de "carga ofensiva" típica presumida ou aqueles que requerem, para a legitimidade material do perigo abstrato – e sua compatibilidade com o princípio da ofensividade – um juízo de material de perigosidade (seja ele encontrado num *resultado desvalioso* ou de uma *ação desvaliosa*).

3. A TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO ENTRE NECESSIDADE E MERECIMENTO DE PENA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO (EXPANSIONISMO PENAL, (IN)EFICÁCIA PREVENTIVA E *WHITE-COLLAR CRIMES*)

Obviamente, nem todos os crimes previstos pelo Direito Penal secundário são praticados por *agentes influentes*, assim como, da mesma forma, nem todos os crimes de colarinho branco ofendem apenas bens jurídicos supraindividuais, nomeadamente os *occupatinal crimes* – crimes praticados por agentes poderosos no exercício de suas funções. Por exemplo, no último caso, os crimes patrimoniais praticados por meio de fraudes, crimes de corrupção, crimes que ofendem bens individuais praticados pela classe política, por médicos, advogados, etc. Por outro lado, no Direito Penal secundário, há crimes que não são próprios do criminoso de colarinho branco (assim os crimes de trânsito, contra a saúde pública, a incolumidade pública, etc.).[96] Sendo assim, atidos nós somente ao fenômeno da criminalidade de *white-collar* em relação com o Direito Penal extravagante, o texto segue por um caminho que não os abrange (os crimes ofensivos a bens supraindividuais que não se prendem à criminalidade dos poderosos) e as conclusões a serem avançadas param por aqui. A esta luz, de todo o dito, deriva, em primeiro lugar, a necessidade de *descriminalização* de grande parte dos crimes previstos

midade a cada um deles em conta a sua virtualidade para tutelar interesses supraindividuais veja-se a atual investigação de WOHLERS; HIRSCH, ob. cit., p. 288 e ss.

96. O problema aqui é de difícil deslinde, já que, mesmo entre os criminólogos que se dedicam aos crimes de colarinho branco, existe uma grande dificuldade de precisar criteriosamente os crimes "específicos" aptos a inseri-los na categoria do *white-collar*. Assim, a delimitação desta espécie de criminalidade prende-se menos aos crimes específicos e mais à forma de praticá-los, assim como características distintivas que ocorrem no momento da prática delitiva e da relação destes crimes com as instâncias formais de controle (cf. PUNCH, Maurice. *Dirty Business – Exploring Corporate Misconduct*, Sage Publications, 1996, p. 54 e ss.).

na legislação vigente, nomeadamente aqueles crimes que implicam na "mera desobediência" a atos administrativos ou na simples exposição do bem jurídico a perigo abstrato, na forma de perigo presumido. Por aí, há que se constatar que grande parte dos tipos legais de crime positivados devem ser extirpados, pura e simplesmente, da órbita penal, sendo defensável, quando muito, a sua conversão em *ilícitos administrativos*. Noutros casos, delimitados os bens jurídicos que legitimam a intervenção penal, deve o legislador optar pela técnica de tutela mais acertada ao princípio da ofensividade e ao princípio político-criminal da intervenção mínima, nos moldes do que fora acima descortinado (infra 2.4 e 2.5).

Entretanto, contata-se que o Direito Penal secundário, mesmo restrito a condutas de fato dignas de tutela penal – e eis o problema fulcral sobre o qual queremos atentar – merece um estudo minucioso sobre a relação entre esta forma de criminalidade (suas especificidades) quando *voltados para a punição de uma elite*.[97]

3.1 *Opacidade, cifras negras e* white-collar crimes

Com relação à abordagem criminológica, a busca por referenciais teóricos aponta, num primeiro momento, para o caminho de procura por padrões de legitimidade das incriminações voltadas para agentes influentes,[98] e, posteriormente, para um estudo mais voltado para o *output*, ou seja, para uma abordagem que se atrela nomeadamente aos setores da chamada criminalidade dos poderosos (crimes de colarinho branco), em que desponta de início o nome de Sutherland e de seus seguidores mais próximos, como Clinard e Hartung. Ora, depois do desenvolvimento e "evolução" da categoria do *white-collar crime*, nossas preocupações voltam-se para a figura dos *occupational crimes e coporate crimes*, cometidos por autores poderosos e reconhecidos por sua posição.

A criminologia moderna preocupada em estudar os *white-collar crimes*, distingue esta espécie de criminalidade em duas categorias: os *corporate crimes* e os *occupational crimes*. Os primeiros são aqueles crimes

97. Cf. COLEMAN, James. *The Criminal Elite*. 4. ed. New York: St. Martins Press, 1998.

98. Até porque, e aqui os dos tópicos se entrelaçam, "grandes manchas de neocriminalização" derivam, contemporaneamente, da busca pela prevenção dos crimes de "white-collar". Cf. FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE. Ob. cit., p. 437.

cometidos por funcionários de uma organização no interesse desta. Os segundos são crimes praticados por pessoas individuais no exercício de suas funções profissionais (nesta classe estão os crimes praticados pela classe política).[99]

Em linha de conta esta preocupação fulcral, as referências à categoria dos crimes de *white-collar* devem centralizar-se nos autores mais contemporâneos, que não abandonaram a conceituação dos crimes de colarinho branco partindo da posição privilegiada dos agentes – como defendem Hirschi/Gottfredson ou Croall[100] – e que portanto apontam não para uma mudança de enfoque conceitual tão drástica apta a abarcar também os *blue-collar crimes* (crimes cometidos por uma classe social menos favorecida). Assim, socorreremo-nos, na esteira de autores que se mantêm na defesa de um conceito mais estreito dos *occupational e corporate crimes*, mas, entretanto, mais operativo para efeitos de constatações criminológicas (Coleman,[101] Kaiser,[102] Claudia Maria Cruz Santos,[103] etc.).

Voltando-nos para as fronteiras da criminologia (do *output*), devemos, mesmo que a traço largo, demonstrar as linhas de congruência que nos farão notar alguma linearidade entre o exposto *supra* e o fenômeno da criminalidade de colarinho branco.

Assumindo este objetivo essencial, mesmo diante das formas várias que se podem enquadrar na categoria dos *white-collar crimes*, será possível identificar alguns elementos comuns que caracterizam esta espécie de criminalidade.

Num primeiro momento, podemos, na lição de Cruz Santos,[104] sublinhar nestes crimes a *complexidade e a opacidade das condutas criminosas* resultantes. Ora, com o desenvolvimento científico que caracteriza

99. Classificação esta que foi originária dos estudos de Clinard e Quinney apud Punch, Maurice, ob. cit., p. 54.

100. Hirschi, Travis; Gottefredson, Michael. *Causes of white-collar crime. Criminology*, vol. 25, n. 4, 1987; Croall, ob. cit., passim.

101. Coleman, James. *The Criminal Elite*. 4. ed. New York: St. Martins Press, 1998.

102. Kaiser, Jünter. La funcion de La criminología com respecto a La política legislativa penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 1, 1991.

103. Santos, Claudia Maria Cruz. Ob. cit., passim.

104. Idem, p. 100 e ss.

o tempo presente, houve necessariamente uma repercussão no mundo das relações humanas e, consequentemente, das atividades criminosas, com "uma especialização laboral com decisivas consequências para o objecto do nosso estudo". Assim, com a exigência de conhecimentos muito específicos, várias atividades acabam por tornarem insidicáveis por todos aqueles que não dominam o *modus operandi* dos novos *experts*.[105] Por lógica decorrência, ocorre a falta de visibilidade social das condutas criminosas já que se dão, diferentemente do *crime comum*, longe dos olhos da sociedade e, pois, distantes de uma exposição frutuosa para efeitos de persecução penal.

Da referida complexidade das condutas deriva um outro problema, mais atrelado ao objeto que salta do presente estudo, respeitante à dificuldade dos órgãos formais de controle de selecionar e reagir às condutas criminosas. Além de ser indispensável um conhecimento muito especializado por parte dos órgãos institucionais para a descoberta da *deviance*, nomeadamente, num primeiro momento, da polícia, o que se nota – e aqui chegamos a um ponto em que o enfoque político-criminal e o criminológico se estreitam sobremaneira – é que o próprio "*legislador* revela, muitas vezes, problemas na regulamentação de matérias mais complexas, e as autoridades judiciárias sentem, também, particulares dificuldades na apreciação das mesmas".[106] Especificamente no que respeita à *atividade legislativa*, o que nos parece notório e que, levando em conta tudo o que fora afirmado quanto aos problemas de redação típica, fato é que o legislador pátrio não se atém aos problemas técnicos suscitados, atuando de forma casuísta e expansiva (nomeadamente quanto em meta a tutela do meio ambiente, da economia popular, da ordem econômica, da propriedade industrial, do sistema financeiro, etc.) o que implica em sérios problemas de legitimidade e eficácia.

105. Cf. SANTOS. Ob. cit., p. 101. "E, se isso ocorre no campo das empresas, no que respeita a funcionários particularmente qualificados que lesam os interesses do empregador – a título de exemplo, veja-se o que se passa com os especialistas em informática –, o mesmo não deixa de suceder relativamente a profissões liberais tão tradicionais como a medicina ou a advocacia. Também as infrações perpetradas pelas grandes sociedades e no seu próprio interesse, frequentemente de cariz financeiro ou fiscal, pressupõem o domínio de um fluxo informacional que, regra geral, não está ao alcance dos cidadãos" (p. 101).

106. Cf. Idem, ibidem.

De outra perspectiva, característica desta espécie de criminalidade é o fato de, como regra, não ser necessário recorrer-se à violência para a sua prática. Daí deriva mais uma vez a *opacidade* das condutas delituosas, por ser menos perceptível a existência de um conflito, o que, conseguintemente, torna imperceptível a prática da infração e impede a intervenção penal. O delinquente de *white-collar*, diferentemente do *delinquente comum*, não necessita, para a realização do ilícito, de expor-se, bastando abusar de sua posição privilegiada.

Além, outro fator que distingue os *crimes of the powerful* dos crimes comuns pode-se divisar da perspectiva da relação entre a conduta delinquente e a vítima. Ocorre aqui uma difusão das vítimas que, mais uma vez, implica na opacidade da conduta delinquente. Ocorre que, nesta espécie de criminalidade as vítimas desconhecem sua condição: seja porque os crimes cometidos, mesmo sendo notoriamente desvaliosos, atingem as vítimas somente de forma reflexa ou bagatelar em relação a cada uma delas, mesmo sendo o resultado inegavelmente ofensivo aos interesses coletivos,[107] seja porque muitos dos agentes justificarem sua atitude por serem eles mesmos vítimas das mesmas – ou seja, acaba por haver uma maior tolerância social, na medida em que a conduta passa a ser socialmente aceita com a justificativa de que *todos fazem o mesmo*. É o que se passa, por exemplo, nas infrações penais tributárias e ecológicas. De mais a mais, como é notório, é de grande importância a posição da vítima na seleção da criminalidade: crimes com vítimas difusas ou *crimes sem vítima* importam em enormes *cifras negras*. Temos, pois, mais um fator que leva à impunidade dos "intocáveis".

Por fim, há que se atentar para o fato da *difusão da responsabilidade* como outro fator que leva à dificuldade de punição. Aqui, o que se descortina é uma característica peculiar a crimes que envolvem organizações. "E as dificuldades de prova da responsabilidade inerentes à divisão das tarefas acrescem se tivermos em conta que, para além da responsabilidade moral nem sempre coincidir com a autoria material, são frequentes os casos em que se alega inexistir uma intenção criminosa, invocando-se antes o descuido, a falta de condições".[108]

107. É o que aponta Croall, ao demonstrar que o caráter bagatelar que assume o crime de *White-collar* ser apenas aparente, quando se leva em conta a multiplicação dos resultados (Croall, ob. cit., p. 25 e ss.).

108. Cf. Santos, ob. cit., p. 106.

Neste empenho, deve o legislador ater-se às *especificidades do comportamento delituoso*, de modo a concretizar no tipo elementos atentos às características que fazem dos crimes de colarinho branco crimes dotados de peculiaridades que revelam notórias dificuldades de punição. Eis aqui um campo muito pouco explorado e carente de contribuições doutrinárias.[109]

3.2 *O problema da seletividade das instancias formais de controle, a corrupção e a ineficácia preventiva*

Contudo, *se* o legislador penal restringisse a punição às condutas de fato relevantes para o bem jurídico, como bem jurídico *poli-instrumental*, mesmo recorrendo à figura do perigo abstrato "legítimo", poderíamos dizer que teria tipificado condutas *dignas de tutela penal* (merecedoras de pena), *ainda mais se levasse em conta, no momento de estruturação do tipo, a complexidade das condutas criminosas praticadas por agentes influentes, que as distingue da criminalidade comum* (infra, 3.1). Assim, se, voltando os olhos para cada espécie de crime, encontrasse formas de tipificação aptas a minimizar as notórias *cifras negras* (recorrendo, por exemplo, a tipos penais abertos, à normação penal em branco, a técnicas de responsabilização dos agentes que fugisse do obsoleto modelo dogmático do concurso de pessoas,[110] etc.). E, se assim fosse, toda a dificuldade de imputação de uma conduta típica de *white-collar* deveria encontrar

109. Deve-se notar que todas estas características descortinadas acima, em relação aos crimes de colarinho branco, são muito notórias nos chamados crimes ambientais (cf. Santos, idem, p. 108 e ss.) e, portanto, todo o debate em torno da sua legitimação e técnicas de redação típica pode, e muito, contribuir para se alcançar técnicas de tutela mais eficientes para a punição dos "intocáveis". Sobre a tentativa de estruturar os crimes ambientais de forma legítima e eficaz seria pertinente a menção a investigações dedicadas à (i)legitimidade de crimes desta sorte. Assim, por exemplo, CATENACCI, ob. cit., passim; MENDOZA BUERGO. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*, passim, etc.

110. Aqui vale menção ao empenho de Figueiredo Dias, em superar a obsoleta figura dogmática do *concurso de pessoas* e tratar de elaborar um novo modelo dogmático apto a abarcar os crimes cometidos, pelo "domínio da organização" (cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, ob. cit., p. 355 e ss.). Da mesma forma todo o debate à volta da responsabilização penal das pessoas jurídicas.

auxílio partindo da calorosa discussão sobre as técnicas de tutela no horizonte do Direito Penal Secundário.[111]

Mas, com isso, não estaria ainda resolvido o problema da legitimidade da intervenção penal já que, a restrição da punição somente a comportamentos "ofensivos" para o bem jurídico tutelado, não implica necessariamente em efeitos preventivos. Em outras palavras, resta ainda constatar se a tutela penal é *necessária e eficaz*, ou seja, se a conduta descrita no tipo legal é *carente de tutela penal* (necessária de pena).

Ora, se as tentativas até agora empreendidas foram restritas ao *momento legislativo* e à sua necessária legitimidade, restam, a conferir ao Direito Penal de colarinho branco eficácia preventiva, considerações que escapam do terreno estritamente legiferante. Considerações que, infelizmente, por motivos outros, apontam para a *ineficácia do Direito Penal* e seu caráter *simbólico*.

A demonstração da ineficácia desta *corrida para o direito penal* deve ainda partir de uma abordagem criminológica. O propósito essencial aqui é de buscar, entre os criminólogos do *white-collar*, uma resposta para a inefetividade do direito penal, quando os agentes criminosos são pessoas de extremo *status* social e político e a seletiva relação dos mesmos com os aparatos formais (institucionais) de controle e punição (a polícia e outras formas de investigação preliminar, o Ministério Público, a relação processual, a execução das penas, etc.).[112] Ademais, na linha do pensamento de Figueiredo Dias e Costa Andrade, "(...) o estudo das instâncias formais de controlo não pode bastar-se com considerá-las como agências isoladas umas das outras, auto-suficientes e auto-reguladas: uma tal consideração impediria, na verdade, o progresso na área da prevenção e do controlo do crime. Importa, diferentemente, complementar uma tal consideração isolada por um estudo compreensivo e integrado do

111. Cf. infra, 2.2, 2.3 e 2.4. E, sobre esta questão da estruturação dogmática e busca de legitimidade material dos tipos, no âmbito do Direito Penal Secundário, temos já, mormente entre os germânicos, uma bibliografia inabarcável.

112. Trata-se, como já se apontou, de um estudo que releva a seletividade das instâncias formais (institucionais) de controle, que leva à ineficácia preventiva os *crimes os the powerful*. Nesta linha apontam os estudos voltados para o especial tratamento benevolente por parte da polícia, do Ministério Público, dos Tribunais. Cf., entre tantos, Ashwort, Andrew. *Sentencing and criminal justice*. Butterwords: 1995, p. 192 e ss.

processo de aplicação da justiça penal, que permita dar uma maior consistência e uma maior eficiência – tal como elas devem ser medidas à luz dos principais objectivos ou metas sistémicas – ao 'sistema' como um todo".[113]

Mas não somente os criminólogos vocacionados ao estudo dos crimes de *white-collar* descortinaram a disparidade entre a punição dos menos favorecidos e daqueles praticados por *agentes influentes*. Se recorrermos às teorias criminológicas que privilegiam o *conflito*, nomeadamente à teoria do *labeling approach*[114] (teoria do etiquetamento), também advirá a constatação da seletividade das instâncias formais de controle. Assim, desta perspectiva, os processos de criminalização em relação aos *rotulados* são uma medida em si estigmatizante, para além da posterior *estigmatização secundária* derivada do contato dos *blue-collar criminals* com as instâncias formais de controle. Por sua vez, a criminalização, segundo os autores do *labeling*, não rotula aqueles criminosos de alto *status*, seja pelo fato da ineficiência das medidas legislativa, seja pela aceitação social das *cifras negras*. "Os poderosos preservam assim a sua reputação e bom nome independentemente das práticas ilícitas que adotem. E, note-se, uma ideia muito próxima da etiquetagem não está ausente no pensamento de Sutherland, que já chamara a atenção para o facto de os crimes de colarinho branco serem, em muitos casos, apreciados sem recurso ao processo penal, para assim se evitar o seu *estigma*".[115]

Assim, partindo de um enfoque criminológico, resta evidente, nos casos de macrocriminalidade, nos quais os *occupational e corporate crimes* são exemplo mais que contundente, que a ineficácia punitiva deriva de fatores atrelados não só às próprias especificidades desta espécie delituosa, conforme se descortinou supra (que dificultam sobremaneira a sua punição), mas, sobretudo, à posição social e política dos autores. Posição esta que tende a apontar para o fato de que a situação privilegiada dos agentes lhes concede um tratamento desigual e benéfico, seja por conta das estruturas das relações de confiança, seja pela corrupção

113. Figueiredo Dias; Costa Andrade, ob. cit., p. 374.

114. Cf. Taylor, Ian; Walton, Paul; Yong, Jock, *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

115. Cf. Santos, ob. cit., p. 140. Para um aprofundamento: Garfinkel, Harold. Conditions of succesful degradation cerimonies. *American Journal of sociology*, n. 61, 1965.

dos instrumentos institucionais de controle. De mais a mais, o que se busca com maior minúcia é a demonstração de que a eficácia do Direito Penal secundário não deriva de mandamentos expansionistas de criminalização ou exacerbação punitiva, mas de questões que só nos saltam aos olhos partindo de referenciais metajurídicos, em consonância uma metódica que confronta a estrutura dogmática do direito punitivo com referenciais político-criminais e criminológicas. Deve concluir-se por isso, que devemos ter em conta a carência de estudos criminológicos sobre o que se descortinou e a realidade brasileira,[116] ainda mais quando atentamos para o fato de que, aqui, o problema ganha maior densidade, por se tratar de uma realidade onde a seletividade ocorre de maneira peculiar, em razão da corrupção declarada das instâncias de controle e da classe política.

4. Considerações finais

Todo o exposto não deriva de uma mera elucubração, mas da constatação, já quase unanimemente aceita entre os criminólogos modernos, do favorecimento pelo sistema penal e do tratamento seletivo na administração da justiça em relação aos *inatingíveis*. O tratamento desigualitário, que é patente, tem sido explicitado pela criminologia a partir de um estudo minucioso da seletividade do sistema punitivo em todas as suas etapas: desde os recentes processos de neocriminalização, a seletividade da polícia, até o processo e julgamento. E é com vistas a esta constatação que se nota que os mais recentes processos de criminalização não são eficazes; são, por este ponto de vista, medidas paliativas que corrompem, sem sucesso, os limites político-criminais que legitimam a intervenção punitiva estatal. Tudo isso porque a intervenção penal desatende a dois postulados fundamentais: o primeiro, mais que evidenciado, nasce da *corrida para o direito penal* de modo casuísta e desapegada a padrões de legitimidade; o segundo da falta de preocupação do legislador em tipificar condutas atentas à extrema complexidade dos crimes que quer proteger.

Em suma, tem-se verificado que o recurso a um direito penal expansionista em nada favorece a prevenção desta espécie de criminalidade (e

116. Neste empenho, é digno de nota o primoroso trabalho de Grosner, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (o trancamento da criminalização secundária por decisões de* Habes Corpus). São Paulo: IBCCrim, 2008, p. 48 e ss.

não só desta) e desencadeia uma proliferação casuísta de microssistemas punitivos ilegítimos e ineficazes.

Mas o mesmo pode se dizer de uma intervenção mais restrita e coerente com postulados político-criminais da intervenção mínima, mas que não se adéque às características que, como vimos, distinguem os *white-collar crimes* da criminalidade "comum". Assim, duas são as preocupações mais prementes: (a) delimitar os crimes de *white-collar*, do ponto de vista das técnica de tutela, com elementos que, a um só tempo, abarquem a criminalidade dos poderosos em conta suas especificidades, e, por isso, diminuam as grandes *cifras negras* que ocorrem por conta das dificuldades de imputação; (b) recorrer a modelos institucionais que efetivamente diminuam a seletividade e o favorecimento que são manifestos e repercutem na impunidade, assinalando o caráter eminentemente simbólico da atuação estatal.

A solução para o problema que aqui se aponta transcende os objetivos do texto. Fica, por fim, a advertência que, por si, tenciona provocar e incitar um confronto entre o que *é* e o que *deve ser*.

5. Bibliografia

Albrecht, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insustenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

Andrade, Manuel da Costa. *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*. Coimbra: RDE, anos 6-7 (1980/1981).

_____. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *RevistaPortuguesa de Ciências Criminais*, n. 2, 1992.

Angioni, Francesco. *Contenuto i funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983.

Ashwort, Andrew. *Sentencing and criminal justice*. Cambridge: Butterwords, 1995.

Baratta, Alessandro. Criminologia critica y política penal alternativa. *RIDP*, n. 1, 1978, p. 43 e ss

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *RBCCrim*, n. 5, São Paulo: Ed. RT, 1994.

_____. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal*, n. 29, 1985.

Bechara, Ana Elisa Liberatore. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, IBCCrim, maio-ago. 2009, p. 16 e ss.

Beck, Ulrich. *La democracia y sus enemigos. Textos escogidos*. Trad. Española. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2000.

_____. *Risk Society – towards a new modernity*. London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications, 1992.

BOTTKE, Wilfried. Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estrito y de sus descripciones típicas especifica. *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del prof. K. Tiedemann*. Universidad Autonoma de Madrid, 1995.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação no contexto de expansão do direito penal. *RBCCrim*, n. 79, São Paulo: Ed. RT, 2009.

CATENACCI, Mauro. *La tutela penale dell'ambiente: Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatória"*. Milano: Cedam, 1996.

COLEMAN, James. *The Criminal Elite*. 4. ed. New York: St. Martins Press, 1998.

COSTA, José de Faria. A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. *IDPEE*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

_____. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

CROALL. *White-Collar Crime*. Buckingham: Open University Press, 1992.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *RBCCrim*, n. 60, São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Studia Jurídica, Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

DIAS, Augusto Silva. *Protecção jurídico-penal dos interesses dos consumidores*. 2. ed. Policopiada das "Lições" aos Cursos de Pós-graduação em Direito do Consumo e em Direito Penal Econômico e Europeu, FDUC, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e estado de direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *RDP*, fasc. 31, Rio de Janeiro, 1981.

_____. *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*. Lisboa: ROA, 1983.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Estudos em homenagem ao Doutor Rogério Soares. Studia Iuridica*, n. 61, Coimbra: Coimbra Ed. (no prelo).

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Doutrinas funcionalistas em direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 30, Porto Alegre: Notadez, 2008, p. 25-54.

_____. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCrim, 2008.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedida, 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FIANDACA, Giovanni. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. *RIDPP*, 1982.

_____. La tipizzazione del pericolo. *Dei Delitti e Delle Pene*, 1984, p. 441-472.

FIORE, Carlo. Il princípio di ofensivita. *Ind. Pen.*, 1994, p. 278 e ss.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estrutura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juídico*. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 309 e ss.

_____. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: AA.VV. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

GARFINKEL, Harold. Conditions of succesful degradation cerimonies. *American Journal of Sociology*, n. 61, 1965.

GIUNTA, Fausto. Il diritto penale dellámbiente in Italia: tutela di beni o tutela di funcioni? *RIDPP*, fasc. 4, 1997, p. 1097 e ss.

GLASSNER, Barry. *Cultura do medo*. São Paulo: Francis, 2003.

GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (o trancamento da criminalização secundária por decisões de* Habeas Corpus*)*. São Paulo: IBCCrim, 2008.

GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim*, vol. 49, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 93 e ss.

GUISINO, Manfredi Parodi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona, 1991, p. 23 e ss.

_____. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra constituzione e diritto naturale. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 1, 1984, p. 104 e ss.

_____. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires, 1989, p. 275 e ss.

_____. *Pueden haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juídico*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juídico*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HIRSCHI, Travis; GOTTEFREDSON, Michael. Causes of white-collar crime. *Criminology*, vol. 25, n. 4, 1987.

KAISER, Jünter. La funcion de La criinología com respecto a La política legislativa penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 1, 1991.

KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acercas de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal econômico. In: *Hacia un derecho*

penal económico europeo, Jornadas en honor del prof. K. Tiedemann. Madrid, 1995. p. 441 e ss.

KUHLEN, Lothar. Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito. *El sistema integral del derecho penal : delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 129 e ss.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale – Parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI. *Corso di diritto penale 1*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. Límites dogmáticos y político-criminales a los delitos de peligro abstracto. *Estudios de derecho penal*. Granada: Comares, 2001.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ. *Política criminal y nuevo derecho pena: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1997. p. 113 e ss.

MÜLLER-TUCKFELD, J. C. Abolición del derecho penal del medio ambiente. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000. p. 507 e ss.

MÜSSIG, Bernd. Desmaterializacion del bien jurídico y de la política criminal: Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoria del bien jurídico crítica hacia el sistema. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, vol. 2, fasc. 4, Porto Alegre, 2001, p. 157 e ss.

Padovani, Tullio. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *Dei Delitti e Delle Pene*, afio 11, n. 1, ene.-abr. 1984, p. 116 e ss.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale. Parte generale*. Milano: Giuffrè, 1993.

PATRONO, Paolo. *Inquinamento industriale e tutela penale dell'ambiente*. Padova: Cedam, 1980.

_____. I reati in materia di ambiente. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, Padova, lug.-set. 2000, p. 669 e ss.

PEDRAZZI, Cesare. Profili penalistici di tutela dell'ambiente. *Ind. Pen.*, 1991, p. 617 e ss.

PUNCH, Maurice. *Dirty Business – Exploring Corporate Missconduct*. London: Sage Publications, 1996.

REIMAN, Jeffrey. *The Rich get Richer and the Poor get Prision*. Boston: Allyn and Bacon, 1998.

RODRÍGUES-ÁRIAS, Antonio Mateos. *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid: Colex, 1998.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal. Elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. J. Bustos y H. Hormazábal. Barcelona, 1992.

_____. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz. Madrid: Civitas, 2000. t. I.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. Es la protección de bienes jurídicos uma finalidad del derecho penal? In: RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, n. 5 a 8, 1975, p. 329 e ss.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico penal. *RT* 848/416-437. São Paulo: Ed. RT, jun. 2006.

SANTOS, Claudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco.* Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

SCHRÖDER, Horst. Les délits de mise en danger – Rapport particulier: Allemagne Federale, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969 (Actes du Colloque préparatoire du Xe Congrès international de droit pénal organisé par le Groupe Italien de l'Association Internationale de Droit Pénal et par le Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Rome, 28-31 maggio 1968), p. 7-31.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana. *ADPCP*, t. XLIX, fasc. 1, 1996.

_____. El principio de protección de bienes como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico.* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 197.

SGUBBI, F. Tutela penale di interessi diffusi. *La questione criminale*, 1976. t. III.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo.* Barcelona: Bosch, 1992.

_____. Consideraciones teóricas sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente. *ADPCP*, 1997, p. 151 e ss.

_____. *Delitos contra el medio ambiente.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas, 1999.

_____. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.* Buenos Aires, 1997.

SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão humana. *Temas de direito penal económico.* Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana.* São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientas. *RBCCrim*, vol. 50, São Paulo: Ed. RT, 2004.

STRATENERTH, Günter. *Derecho penal – parte general (el hecho punible).* Navarra: Civitas, 2005.

SUTHERLAND, Edwin. *White-Collar Crime, The Uncut Version*. New Haven: Yale Univessity Press, 1983.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YONG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal econômico. *Nuevo Pensamiento Penal*. Buenos Aires: 1975. p. 461 e ss.

_____. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito econômico. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 28, Madrid, 1986, p. 65 e ss.

_____. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew von. Teoria del bien jurídico y estructura del delicto. Sobre los critérios de uns imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juídico*. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 285 e ss.

ZUANAZZI, Guilherme. *O tipo penal de disparo de arma de fogo como espécie dos delitos contra a incolumidade pública (uma antecipação da tutela penal legitimável)*. Dissertação de mestrado, Franca, Unesp (no prelo).

52372

4

Merton com energia, Katz com estrutura: a sociologia do revanchismo e a criminologia da transgressão

JOCK YOUNG

Professor da Universidade de Nova Iorque.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo traça o impacto da globalização econômica e cultural, apontando para o consequente surgimento de ressentimento e tensão generalizados no Primeiro Mundo e internacionalmente. A globalização exacerba a privação relativa e as crises de identidade: tal combinação é experienciada como injusta, humilhante, e ameaçadora, resultando em comportamentos que são transgressivos ao invés de instrumentais. A tensão também é experienciada entre os mais ricos por causa das inseguranças de identidade, posição e nível de sacrifícios demandados na vida cotidiana. A punição se torna vingativa ao invés de instrumental e racional. Ademais, a violência "criminal", a violência de guerra e o terrorismo têm etiologias e características similares. O artigo procura estabelecer uma criminologia cultural que coloca o transgressivo em um contexto estrutural, que critica a insípida natureza racionalística dos atuais discursos neoliberais, enquanto reformula as noções mertonianas de anomia em termos de energia, ressentimento e tensão.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia de guerra – Criminologia cultural – Globalização – Katz – Merton – Punitividade – Ressentimento – Subclasse.

ABSTRACT: This article outlines the impact of cultural and economic globalization and the tensions and resentment that arise at an international level and in developed countries and as a result. Globalization intensifies deprivation and identity crises: this combination is seen as unfair, humiliating and a threat, resulting in transgressive behavior instead of being an instrument. This tension is also felt among the rich due to the identity crisis, status and the level of sacrifice required on a daily basis. Punishment turns into revenge instead of being rational or being an instrument. Also "criminal" violence, violence of war and terrorism have etiologies and similar characteristics. This article tries to establish a cultural criminology that places the transgressive in a structural context and that criticizes the insipient rational nature of the current neoliberal discourse, while it formulates the Mertonian notions of anomie in terms of energy, resentment and tension.

KEYWORDS: Criminology of war – Cultural Criminology – Globalization – Katz – Merton – Punishment – Resentment – Subclass.

SUMÁRIO: 1. Borrando a divisão binária – 2. Bulimia: não exclusão mas inclusão/exclusão – 3. Cruzando o limiar da fronteira: contra a tese da cidade dual – 4. Limites de bulimia – 5. A precariedade da inclusão – 6. O foco na subclasse – 7. Globalização e a geração de descontentamento doméstico e global – 8. Em direção a uma sociologia do revanchismo – 9. Em direção a uma criminologia da transgressão – 10. Humilhação e rebelião – 11. A criminologia da transgressão – 12. A humilhação da exclusão – 13. Da guerra de território à guerra real – 14. *Hip Hop* através das fronteiras – 15. Referências bibliográficas.

Neste artigo,[1] desejo discutir o atravessar e o obscurecer das fronteiras na modernidade tardia. Gostaria de argumentar que tal colapso de demarcações não é apenas característico dos tempos de globalização econômica e cultural em que vivemos, mas que tal sobreposição espacial, social e moral é a chave para as características cambiantes do crime e da punição hoje. Isto é, a criminologia da transgressão e a sociologia do revanchismo devem ser compreendidas no contexto da dinâmica social gerada pela natureza implosiva dos sistemas culturais e natureza contraditória das estruturas espaciais e sociais que permitem e restringem a mobilidade. Além do mais, que não somente há fortes paralelos entre as dinâmicas do crime e do desejo de punir, mas que há similaridades próximas entre a violência associada com a criminalidade "comum" e a violência da guerra e do terrorismo.

Em *A sociedade excludente* (YOUNG, 1999), contrastei o mundo inclusivo do período pós-guerra dos anos 50 e 60 com a mais excludente ordem social da modernidade tardia do último terço do século 20 e depois. A *Era de ouro*, de Eric Hobsbawm (1994) de altas taxas de emprego, estabilidade no trabalho, casamento e comunidade estáveis é contrastada com uma sociedade mais insegura e dividida que se seguiu a essa. Ao passo que a Era de Ouro assegurou o enraizamento social, forte certeza de uma narrativa pessoal e social, um desejo de assimilar o desviante, o imigrante, o estranho, a modernidade tardia gerou insegurança econômica e ontológica, uma descontinuidade de narrativas pessoais e sociais e uma tendência excludente em relação ao desviante.

1. Publicado em português com permissão do autor. Originalmente publicado em: *Theoretical Criminology*, n. 3, vol. 7. Trad. David S. Fonseca, ago. 2003, p. 389-414.

Na minha pesquisa me tornei cada vez mais crítico dos vários relatos desse processo em que a exclusão social seria apresentada como um tipo de processo hidráulico em que as marés de inclusão subissem e deixassem para trás os destituídos e impotentes, sem nenhuma referência às dinâmicas de conflito e antagonismo social (e.g., WILSON, 1987; SOCIAL EXCLUSION UNIT, 1999). Além do mais, que tal separação fosse invariavelmente construída como um binário de inclusão/exclusão em que os excluídos existissem em uma área que é espacialmente segregada e socialmente e moralmente distinta (ver a crítica em YOUNG, 2002).

Logo se tornou claro para mim que tal dualismo era fundamentalmente equivocado. Evocava os juízos convencionais sobre o assunto, certamente, mas não compreendia de maneira adequada o terreno espacial e territorial da cidade da modernidade tardia, nem as dinâmicas dos atores que a perpassam. Sugere corretamente barreiras e divisões, mas erra ao exagerar sua eficácia e solidez: confunde retórica com realidade, tenta impor linhas rígidas em uma cidade moderna de demarcações indistintas e sobreposições. Postula um localismo hermético em uma era de globalização. Além do mais, não captura a intensidade da exclusão – o revanchismo – nem o apaixonado ressentimento dos excluídos, enquanto descreve um quadro demasiado calmo e racional dos cidadãos afortunados – os incluídos.

Também me tornei cada vez mais desconfiado de explicações do crime que se constituem sobre noções de oportunidades, de um lado, e falta de controles, de outro. Tal teoria da ação racional do crime é prevalente através de um amplo espectro de teóricos (e.g. FELSON, 1998; GARLAND, 2001), enquanto a racionalidade instrumental está implícita em muito dos textos clássicos (e.g. MERTON, 1938, 1957). Neles, a motivação para o crime é usualmente mundana, a satisfação ilegal de uma defasagem ou o simples aproveitamento de oportunidades quando há falta de controle. Não tenho dúvidas de que muitos crimes sejam mundanos, instrumentais e oportunísticos em motivação e que há muita gente cuja resposta ao crime seja fria, calculada e racionalista. Mas uma enorme quantidade de crimes, da direção perigosa[2] a assassinatos, do vandalismo de orelhões a estupros, envolve muito mais do que uma motivação instrumental. Trabalhos recentes na criminologia cultural, começando

2. O termo *joyriding* no original refere-se à obtenção de prazer pela direção arriscada de um veículo ou pela condução de um automóvel furtado (N.T.).

com o seminal *Seductions of Crime* de Jack Katz (1988), bastante desenvolvido no trabalho de escritores como Stephen Lyng (1990) e Jeff Ferrell (1997), e mais recentemente em *Cultural Criminology and the Carnival of Crime* de Mike Presdee (e *City Limits: Crime, Consumerism and the Urban Experience* de Keith Hayward, 2003) apontam para a ampla faixa de crimes que são expressivos ao invés de estritamente instrumentais.

A criminologia cultural revela quase exatamente o oposto da vida do crime mundano de Felson, enfatizando a natureza sensual do crime, o ímpeto de adrenalina de se correr riscos – a voluntária assunção de risco ilícito e a dialética do medo e prazer (ver FERREL et al, 2001). A estrutura existencial de motivação que eles exploram inverte a base das teorias das atividades de rotina, oportunidades e controle. Aqui a motivação para cometer crime não é mundana mas a revolta contra o mundano, regras são transgredidas porque elas estão postas, o risco é um desafio e não um dissuasivo (ver MORRISON, 1995) e o firme crescimento no controle, "a assustadora criminalização da vida cotidiana" como Mike Presdee (2000: 159) o coloca, provoca transgressão ao invés de conformidade.

O que é de grande importância sobre essa investigação no primeiro plano existencial do crime é que se revela a intensidade da motivação e a conecta ao pano de fundo de um mundo onde o prazer tem de ser agarrado apesar da intensa comodificação da cultura consumista, em que o controle deve ser buscado em uma situação de sempre crescente racionalização e regulação e em que a identidade é ameaçada pela instabilidade das narrativas sociais. Como Keith Hayward indica, "dito de maneira simples, muitos tipos de crime perpetrados com frequência em áreas urbanas deviam ser vistos exatamente pelo que são, uma tentativa de se alcançar uma aparência de controle dentro de mundos ontologicamente inseguros" (2002: 225). E a esse intenso impulso por certeza ontológica, por momentos definidores de prazer e alívio, adicionar-se-ia a raiva alimentada pela insegurança e privação econômica. Assim, as intensas emoções associadas com muito do crime urbano se relaciona com significativos e dramáticos problemas na sociedade em geral. O que é importante é que aqui está uma criminologia que insiste que em um mundo de narrativas partidas, onde a insegurança econômica e ontológica existe em abundância, a natureza do crime e a resposta a ele está longe de ser mundana, que os atores estejam longe das pálidas criaturas calculando as melhores manobras através do mundo social para minimizar o risco e maximizar a satisfação e que muito da dinâmica por detrás do crime é ressentimento e muito da resposta a ele, vituperativa.

O crime tem sua excitação, seu drama, suas seduções e punição, da mesma forma, sua vingança, sua hostilidade, suas ligeiramente ocultas satisfações. Em contraste, a criminologia esposada pela teoria da ação racional, com suas imagens de oportunismo e controle, é simplesmente a criminologia do neoliberalismo, e suas pretensões de verdade são tão limitadas como aquelas que representam a sociedade como apenas cimentada por relações contratuais de um mercado. Além do mais, não somente o discurso da criminologia cultural está em forte contraste teórico com o neoliberalismo, o genuíno apelo do transgressor, a causa da ansiedade, o transcendente é em si mesmo uma reação a um mundo dominado pelas instituições e discursos dominados pelo neoliberalismo (O'Malley; Mugford, 1994).

Não há somente uma estreita simetria entre a etiologia e fenomenologia do crime e punição, em particular do crime violento e da violência estatal, mas há também íntimos paralelos com crimes que ocorrem na guerra (por ambos lados), no terrorismo e em sua resposta, e no desenvolvimento e implementação do genocídio. Além disso, muito se tem feito com as impressionantes similaridades entre a violência do crime convencional e a violência da guerra (nem que seja apenas os próprios atores jovens, do sexo masculino e da classe trabalhadora) e os paralelos entre a guerra contra o crime e a própria guerra. Na verdade, a emergente criminologia de guerra parece reunir as narrativas do crime e da guerra e remediar a surpreendente negligência da guerra (ver Jamieson, 1998, e do genocídio ver Morrison, 2003) pela criminologia convencional.

Gostaria agora de examinar a estrutura da inclusão/exclusão social em três áreas: primeiro, a indistinção das fronteiras em termos da concepção binária de exclusão social; segundo, a implosividade cultural da modernidade tardia e o fenômeno que chamo de "bulimia"; e, terceiro, uma crítica da representação dual da segregação espacial.

1. Borrando a divisão binária

Vamos nos voltar para a noção do binário da inclusão e da exclusão com as noções de separação espacial, social e moral. Quero argumentar que é o borrar dessas fronteiras que é a chave para a dinâmica de antagonismos na sociedade tanto para os pobres em relação aos abastados e desses favorecidos para aqueles abaixo deles. Perceba que desejo contestar essa tese não de uma perspectiva em que não haja disparidades de larga escala na modernidade tardia, nem que áreas da cidade não

sejam particularmente arruinadas pelo crime e que seus habitantes não experimentem exclusão social e estigmatização. Certamente tudo isso é verdade e deveria ser alvo e prioridade de qualquer política progressista. Mas a construção do problema através de um modo binário ofusca o assunto, enquanto a noção de exclusão social ironicamente exagera o grau de exclusão ao subestimar a gravidade do problema. O perigo do conceito de exclusão social é que ele carrega consigo uma série de falsos binários: transmite a noção de atores incluídos ou excluídos – em um lado da linha ou do outro; ignora o fato de que o problema ocorre dos dois lados da linha, por muito que um lado tenha mais concentrações em uma área do que o outro e, mais sutilmente, oculta o fato de que a "normalidade" da maioria é em si mesma profundamente problemática.

O conceito de exclusão social implica que há uma subclasse homogênea, o repositório de muito do atual portfólio de vícios ou *déficits* que contrastam com uma maioria de incluídos relativamente estável e virtuosa. Na verdade, eles são, como Herbert Gans (1995) aponta, um grupo heterogêneo. Além do mais, como John Hills e seus associados (2002) indicaram, os indivíduos envolvidos são frequentemente móveis por toda suas vidas e existem em níveis extraordinariamente variados ao longo de qualquer escala de inclusão e exclusão. A imagem que usei em *A Sociedade Excludente* foi a de uma praia em que há um movimento de maré, centrípeto e centrífugo, em que há pouco que seja estático ou seguro (ver também Byrne, 1999). Em contraste, a imagem convencional do excluído como similar e estático trai por sua própria homogeneidade e rigidez sua verdadeira natureza, uma categoria ideológica, a junção dos demônios populares e do processo de alterização.[3] Além do mais, em respeito à padronização de problemas: desemprego, pobreza, insegurança econômica não são pouco conhecidos fora das áreas designadas – na verdade, em termos quantitativos eles são em geral mais prevalentes nos supostamente seguros núcleos majoritários da sociedade do que são na seletas áreas "excluídas" da minoria. E o mesmo, claro, serve para o uso ilícito de drogas, desorganização comunitária, estruturas familiares instáveis etc. No caso da noção da "maioria normal" assume-se que, nesse mundo, as diferenças de classes são de certo modo insignificantes,

3. O neologismo *othering* utilizado no original foi também traduzido por outro neologismo. Basicamente refere-se à constituição da identidade positiva de um indivíduo ou grupo através do processo de estigmatização de outros, que não compartilhariam certos aspectos considerado essenciais (N.T.).

que o trabalho pago é um benefício inquestionável, que a vida familiar "estável" é um mar de rosas, o uso de drogas psicoativas lícitas é um problema menor do que o "abuso" da droga ilegal etc.

Mas podemos ir além, pois há ampla evidência de que a cultura de contentamento – da qual John Galbraith (1992) fala: uma "maioria contente", em que se está tudo bem, obrigado, numa boa e tem pouco em comum ou pouco se preocupa com a minoria excluída – é um mito. As demandas para uma força de trabalho mais e mais flexível juntamente com o salto em direção à automação e às sofisticações dos programas de computador causaram grandes reverberações de insegurança por toda a estrutura de emprego. Redundância, contratos de curto prazo, estruturas de múltiplas carreiras se tornaram a ordem do dia. Além do mais, como o recente relatório da Joseph Rowntree Foundation – *Job Insecurity and Work Intensification* (Burchell, 1999) – descobriu, essa redundância não só causa insegurança laboral crônica, mas os trabalhadores que permanecem têm de trabalhar mais horas e expandir suas habilidades para cobrir as áreas daqueles demitidos (Burchell, 1999: 60). Para aqueles no trabalho, a duração do dia de trabalho aumenta: é, claro, mais fácil para o empregador pedir mais e mais tempo quando a segurança do emprego é incerta. *O mercado não compete em lugares difíceis, ele vai no ponto fraco do tempo e da vulnerabilidade.* Além disso, enquanto no passado a renda de um assalariado era suficiente para manter uma família, a família de carreira dupla se tornou agora um lugar comum em que ambos parceiros estão imersos no mercado de trabalho. E se na esfera econômica a precariedade e a incerteza estão difundidas, o mesmo ocorre na esfera doméstica: divórcio, separação e pais solteiros são endêmicos, com as pressões do trabalho meramente adicionando para a instabilidade da família da modernidade tardia.

2. Bulimia: não exclusão mas inclusão/exclusão

Há um estranho consenso sobre os recentes escritos sobre a subclasse. Tanto autores da direita como da esquerda concordam que o que se tem não é uma cultura de pobreza isolada como antigos escritores conservadores e radicais pressupunham (e.g., Edward Banfield, 1968, na direita, ou Michael Harrington, 1963, na esquerda), mas, ao invés, que o que aconteceu foi um colapso da cultura (ver Murray, 1984; Wilson, 1987).

Todas essas avaliações da moral dos pobres são aquelas do *déficit*: para os escritores atuais eles não possuem nossos valores, para os antigos eles têm valores diferentes que são vistos como deficientes. E, desse modo, todos descrevem um sistema de valor bastante similar ou a sua falta, a saber, hedonista de curto prazo, imoderado, relutante em abandonar os prazeres presentes, agressivo e disposto a usar a violência para atingir os objetivos desejados.

Em *A Sociedade Excludente*, comecei a examinar essa imagem dos costumes na parte inferior da estrutura social. Decidi olhar para a subclasse do negro americano como um caso para se testar, pois certamente se essa tese fosse verdadeira, seria entre aqueles supostos párias do Sonho Americano que essa distinta, localizada e anômica deficiência cultural seria encontrada. Em particular, concentrei-me na brilhante etnografia do gueto negro da Filadélfia de Carl Nightingale (1993), *On the Edge*. O que Nightingale descobriu destruiu tal imagem. Pois, pelo contrário, o gueto era a apoteose dos EUA. Há completa imersão no Sonho Americano: uma cultura fisgada por Gucci, BMW, Nike, vendo televisão 11 horas por dia, compartilhando a mais ampla obsessão cultural com a violência, apoiando, na época do estudo, o envolvimento de Bush na Guerra do Golfo, fazendo fila nos cinemas, prezando sucesso, dinheiro, riqueza e *status* – até mesmo compartilhando o racismo do resto da sociedade. O problema do gueto não era tanto o processo de ser simplesmente excluído, mas mais o de ser fortemente inserido na cultura e, então, sistematicamente excluído de sua realização. Isso tudo nos faz lembrar de Merton – mas, em um contexto tardo-moderno, a implosão da mais ampla cultura no espaço local é dramaticamente maior. Temos um processo que comparei à bulimia do sistema social: uma sociedade que entoa o mantra liberal da liberdade, igualdade e fraternidade, embora, no mercado de trabalho, nas ruas, nos contatos cotidianos com o mundo exterior, pratica exclusão de modo sistemático.

3. Cruzando o limiar da fronteira: contra a tese da cidade dual

Assim a subclasse é construída como um outro, como um grupo com normas defectivas que contrastam com a maioria normal. E nessa parte residem todas os tipos de crimes e incivilidades. Dessa perspectiva de essencialização do outro, a demanda é localizar as áreas-problema: onde exatamente estão os demônios, por assim dizer? Assim, acredita-se que a subclasse se localiza nos bem definidos guetos dos imóveis baratos do centro ou nas há muito perdidas vilas satélite das bordas da cidade.

Mas, na verdade, não há tamanha precisão: os pobres não estão firmemente encurralados como alguns pensam. Seria mais como escrevem Gerry Mooney e Mike Danson, na sua crítica do conceito de cidade dual, baseados em sua pesquisa em Glasgow – uma cidade, alguns diriam, de extremos contrastes culturais e econômicos:

"Nas discussões do emergente 'conto das duas cidades' em Glasgow, a atenção que os imóveis periféricos recebe não se relaciona diretamente aos níveis e proporções de pobreza a serem encontrados ali. Em parte, essa é uma consequência da relutância em definir adequadamente as áreas ou grupos sociais implicados. Mais *adentro* das áreas periféricas há uma marcada diferenciação entre as várias partes componentes em termos de desemprego, pobreza e privação. Isso é quase completamente negligenciado na imagem dominante dessas áreas que emergiu em anos recentes que as estereotipa como enclaves de 'desespero' e 'desesperança'" (1997: 84-85).

De modo similar, John Hagedorn indica as variadas vizinhanças em Milwaukee que ele estudou: "um tabuleiro de classes trabalhadoras e famílias pobres em dificuldade, coexistindo, no mesmo quarteirão, com pontos de venda de drogas, gangues e violência rotineira" (1991: 534). Talvez os geógrafos urbanos de todos as tendências políticas gostariam mais de uma cartografia bem definida do que seria saudável, mas, na realidade, os contornos da modernidade tardia sempre se borram, se evadem e se entrecruzam (ver YOUNG, 2001).

Desse modo, a separação espacial é escarçamente tão restrita como é com frequência sugerido, por causa das importantes razões econômicas subjacentes. Assim, por essa razão, poder-se-ia ser crítico de Zygmunt Bauman quando ele escreve sobre Washington, DC:

"Em Washington DC (...) há uma fronteira invisível se esticando ao longo da rua 16 no oeste e o Rio Potomaque no noroeste, que aqueles deixados para trás são sábios em nunca atravessar. A maioria dos adolescentes deixados para trás da fronteira invisível, embora bastante tangível, nunca viram o centro de Washington com seu esplendor, elegância ostentatória e prazeres refinados. Em suas vidas, aquele centro não existe. Não há diálogo por sobre a fronteira. As experiências de vida são tão agudamente diferentes que não é claro o que os residentes dos dois lados poderiam falar um com o outro caso se encontrassem e parassem para conversar. Como Ludwig Wittgenstein observou, 'Se Leões pudessem falar, nós não os entenderíamos'" (1986a: 86).

Essa expressão eloquente da tese da cidade dual está errada, não em seu sentido de divisão, mas em seu sentido de fronteiras. Pois as fronteiras são regularmente atravessadas e a linguagem falada de cada lado é notavelmente similar. A falha mais óbvia no argumento é aquela de gênero: empregadas, enfermeiras, auxiliares administrativas cruzam para o trabalho todo dia. As mulheres, como William Julius Wilson argumenta em *When Work Disappears* (1995), são mais aceitáveis no mundo fora do gueto do que seus correspondentes masculinos. São, afinal de contas, os "manos" que ficam em casa. Mas estafetas, taxistas, porteiros, pessoal de manutenção regularmente atravessam as fronteiras invisíveis de Washington DC. Não é, portanto, apenas através da televisão que a sensação de privação relativa dos pobres é aumentada, e, sim, no conhecimento direto e comumente íntimo da vida dos ricos (ver também RIEFF, 1993).

A cidade dual onde os pobres estão segregados moralmente da maioria e são mantidos fisicamente à parte por barreiras é um mito. As fronteiras são regularmente atravessada. De qualquer modo, a subclasse existe em ambos os lados, mas aqueles que estão concentrados nas partes mais pobres da cidade regularmente trabalham para lá dessa divisa para manter as famílias abastadas funcionando. *O pobre trabalhador permite a continuidade do trabalhador rico: na verdade, é só a disponibilidade de tamanha "ajuda" barata que permite as famílias de carreira dupla continuarem* (ver GREGSON; LOWE, 1994). Nem é o pobre excluído moralmente; eles estão longe de serem isolados socialmente e as virtudes de trabalho e da família nuclear estável lhes são apresentadas diariamente. Pois não só o experimentam direta e fisicamente nos seus papéis de babás, ajudantes de cozinha, como garçons em restaurantes e faxineiras e estafetas em hotéis – eles recebem dos meios de comunicação de massa uma ração diária dessas virtudes, na verdade uma ração em excesso daquilo que se consome por aqueles que trabalham no mercado de trabalho primário.

4. LIMITES DE BULIMIA

Os limites físicos, sociais e morais são constantemente atravessados na modernidade tardia. Como vimos, são transgredidos por causa de movimento individual, mobilidade social, coincidência de valores, problemas de ambos os lados da linha e a tremenda incursão dos meios de comunicação que apresentam imagens de toda a cidade e do mundo para tudo e todos, enquanto criam comunidades virtuais e identidades

comuns através de consideráveis barreiras de espaço. Limites são cruzados, limites mudam, limites se borram e são trespassados.

Os socialmente excluídos não existem, portanto, em algum "outro lugar", espacial, social e moralmente removidos do resto da sociedade. Sugerir isso não quer dizer que barreiras físicas não ocorram. O tráfico é muitas vezes arranjado para excluir parte da cidade, sistemas de transporte deixam trechos inteiros da cidade deslocados do resto e condomínios fechados existem nas afortunadas e desafortunadas partes da cidade. Não é negar que uma característica da sociedade da modernidade tardia é a montagem de barreiras, de exclusão. Nem é sugerir que divisões culturais não sejam instituídas na sociedade induzidas por equívocos e preconceito. Na verdade, o discurso sobre a exclusão social com sua estrutura binária é parte de tal tentativa de construir barreiras e distinções morais. Mais propriamente, portanto, é dizer que tais parâmetros físicos são exagerados, que as comunidades virtuais criadas pelos meios de comunicação facilmente transcendem demarcações físicas e que valores são compartilhados em um grau muito maior do que os teóricos do isolamento social sugerem.

A linguagem binária da exclusão social se equivoca fundamentalmente sobre a natureza da modernidade tardia. É um mundo em que as fronteiras se borram, em que as culturas intercruzam, hibridizam e se fundem, em que a globalização cultural se fragmenta, em que comunidades virtuais perdem o porto seguro do espaço e da localidade. A cidade da modernidade tardia é aquela de fronteiras borradas. Era a cidade *fordista* da modernidade que tinha uma estrutura segregada, uma divisão de trabalho de áreas especializadas, uma Chicago de círculos concêntricos. Agora, as linhas se borram: gentrificação ocorre em áreas degradadas – delinquência ocorre nos ricos subúrbios. É um mundo de globalização, não separação, de borrões, não linhas estritas de demarcação; é culturalmente um mundo de híbridos, não de pedigrees, de menores, não de maiores diferenças – o próprio declínio da comunidade física e o surgimento de sua contra-parte virtual significa que é impossível para uma subclasse existir separadamente.

Uma vez mais, nada disso é para sugerir que forças consideráveis de exclusão não ocorram, mas o processo não é aquele de uma sociedade de simples exclusão. Pelo contrário, é um processo em que tanto a inclusão quanto a exclusão ocorrem concorrentemente – uma sociedade bulímica em que inclusão cultural massiva está acompanhada de sistemática exclusão estrutural. É uma sociedade que tem fortes correntes centrí-

fugas e centrípetas: absorve e rejeita. Notemos, inicialmente, o agrupamento de instituições que impactam o processo de inclusão: os meios de comunicação de massa, educação de massa, o mercado consumidor, o mercado de trabalho, o Estado de bem-estar social, o sistema político, o sistema de justiça criminal. Cada um desses carrega consigo a noção de valores universais, de noções democráticas de igualdade e recompensa e tratamento de acordo com circunstância e mérito. Cada um deles se expandiu através do século e foi acompanhado por um firme incremento na noção de cidadania, que passa a englobar cada vez maiores partes da população em termos de idade, gênero e raça. E no interior do período da modernidade tardia, os meios de comunicação de massa, a educação de massa os mercados de consumo e de trabalho têm, em particular, crescido exponencialmente. Cada uma dessas instituições não é somente um patrono da cidadania inclusiva, é também, paradoxalmente, o lugar de exclusão. O mercado consumidor propaga uma cidadania de consumo festiva embora a habilidade de gastar (e algumas vezes mesmo de entrar) no interior dos complexos comerciais é severamente limitada, o mercado de trabalho incorpora mais e mais parcelas da população (a entrada de mulheres no trabalho pago como exemplo primordial), não obstante, como André Gorz (1999) tão astutamente enfatizou, precisamente no momento em que o trabalho é visto como uma virtude primordial da cidadania, emprego bem pago, seguro e dotado de sentido está restrito a uma pequena minoria. O sistema de justiça criminal é no papel um protótipo de direitos iguais. A lei britânica de Polícia e Indício Criminal, por exemplo, regula, entre outras coisas, os poderes de busca e apreensão. É uma joia genuína de noções neoclássicas de igualdade dos cidadãos em face do direito e da necessidade de dúvida "democrática", embora nas ruas, na prática, o policiamento é indisputavelmente preconceituoso em termos de raça e classe (ver Mooney; Young, 2000). A política é uma frequente exclamação do rádio e televisão, os meios de comunicação de massa falam por nós pelo "bem comum" e pelo homem e mulher "médios" – eles até desfilam e entrevistam personagens anônimos do povo com regularidade, não obstante a maioria das pessoas se sinta manifestamente excluídas do processo de decisão político. Na verdade, mesmo a pequena minoria de membros ativos de partidos comumente se sentem impotentes e sem influência. A educação de massa é o principal cinto de transmissão de ideias meritocráticas; é o terreno de criação das oportunidades iguais, porém, como teóricos subculturais de Albert Cohen a Paul Willis indicaram, suas estruturas servem para

reproduzir divisões de classes e exacerbar ressentimento. Por fim, os meios de comunicação de massa tem um papel central. Os meios de comunicação cresceram imensamente e ocupam uma parte considerável do tempo que um indivíduo passa acordado; em 1999, por exemplo, a média das pessoas na Inglaterra e no País de Gales assistia a 26 horas de televisão, escutava 19 horas de rádio toda semana e lia, ademais disso, jornais e revistas de circulação em massa. Ou seja, 40 por cento da vida desperta de uma pessoa é gasta assistindo à TV ou escutando o rádio, subindo para 60 por cento do seu tempo livre se ela tem sorte suficiente de possuir trabalho. Quanto mais baixo na estrutura de classe – quanto mais excluído, pode-se dizer – o cidadão, mais meios de comunicação de massa são consumidos. Assim, paradoxalmente, a inclusão cultural é o inverso da inclusão estrutural. Os meios de comunicação carregam fortes noções de cidadania universal e eles, claro, descrevem as outras instituições: o mundo do consumo, trabalho, educação, política e justiça criminal. Apesar do compromisso geral com a ordem social, o recheio das notícias é o oposto: desordem, colapso, destruição e injustiça (ver YOUNG, 1981).

O fenômeno da globalização cultural é fundamental no incremento desse processo de bulimia. Dramas de televisão, jornais, propagandas contém não somente enredo, história e produto, mas um pano de fundo de expectativas e presunções. A cultura do Primeiro Mundo permeia o globo e carrega consigo noções de igualdade, valores meritocráticos, liberdades civis – proselitismo não apenas das expectativas de padrões de vida, mas das noções de liberdade e cidadania.

Quero sugerir que é a natureza bulímica das sociedades da modernidade tardia que ajuda a explicar a natureza e teor do descontentamento na camada inferior da estrutura social. Está enraizada bem simplesmente na contradição entre ideias que legitimam o sistema e a realidade da estrutura que a constitui. Mas as tensões entre ideais e realidade existem somente por causa de sua consciência geral e manifesta. A raiva punitiva do virtuoso e o ressentimento fervilhante do excluído ocorrem porque as linhas de demarcação estão borradas, porque os valores são compartilhados e o espaço é transfixado, porque as mesmas contradições de recompensa e ontologia existem por toda sociedade, porque as almas daqueles dentro e aqueles fora da "minoria contente" estão longe de serem dissimilares, partilhando os mesmos desejos e paixões, e sofrendo as mesmas frustrações, porque não há segurança de lugar nem certeza

de ser e porque diferenças não são essências, mas meras entonações nas escalas menores da diversidade.

A própria intensidade das forças de exclusão é um resultado de fronteiras que são regularmente atravessadas ao invés de hermeticamente seladas. Nenhuma ordem social estruturada em castas seria tão atravessada pela criminalidade nem tão pronta para demonizar e colocar o outro no pelourinho. Pois é no todo uma exclusão insatisfatória: fronteiras e divisas são ineficientes, criam ressentimento, mas não atingem exclusividade. Pois os excluídos regularmente passam através das fronteiras, seja física ou virtualmente: percebem a injustiça e a desigualdade, enquanto aqueles com "sorte" bastante para serem incluídos não são parte da "cultura de contentamento" a que John Galbraith se refere; na verdade, estão inseguros sobre sua boa fortuna, confusos sobre sua identidade, incertos sobre sua posição no lado incluído da linha.

Mas para entender a natureza das forças de exclusão, as barreiras colocadas para fortificar a estrutura social, devemos ir adiante e ver o apuro dos "incluídos".

5. A PRECARIEDADE DA INCLUSÃO

Discutimos no processo de bulimia como os excluídos estão incluídos nas normas e no mundo social do resto da sociedade. Mas podemos borrar os binários ainda mais, já que devemos entender agora como o apuro e experiência sociais dos inseridos são paralelos àqueles dos de fora e como esse processo é a chave para entender alguns dos antagonismos mais fundamentais dentro da sociedade da modernidade tardia.

Para tanto, devemos distinguir as duas facetas básicas da ordem social no interior das sociedades industriais avançadas. Antes de tudo, o princípio de que as recompensas são alocadas de acordo com o mérito, uma noção meritocrática de justiça distributiva. Segundo, que o senso de identidade e valor social das pessoas seja respeitado pelos demais, a justiça do reconhecimento. Quando a primeira é infringida, falamos de privação relativa e quando a segunda é violada, nos referimos a desajuste de reconhecimento e insegurança ontológica (ver FRASER, 1997; YOUNG, 2001). Se examinamos o terreno da modernidade tardia nessas áreas chaves da justiça distributiva e da justiça de reconhecimento, encontramos um alto grau de incerteza. Minha avaliação é de que em ambas essas áreas a modernidade tardia traz consigo uma sensação de aleatoriedade: um caos de recompensa e um caos de identidade. Para tomar

a justiça distributiva primeiro, o desemaranhamento dos mercados de trabalho e a loteria daqueles que se encontram em cada setor, o surgimento de uma indústria de serviços que consiste em unidades diversas e disparatadas, as descontinuidades aparentemente fortuitas da carreira, as recompensas dissolutas e em grande medida não merecidas no mercado de propriedades e finança, todo esse conjunto dá uma sensação de recompensas que são alocadas por capricho ao invés de regras de mérito.

Segundo, na área do reconhecimento, da sensação de valor e lugar, da ontologia, há um caos paralelo. Isso é estimulado em grande medida pelas difundidas descontinuidades da biografia pessoal no mundo do trabalho e no interior da família, conjugado com o debilitamento de uma sensação de localidade, de lugar físico de pertencimento (ver YOUNG, 2001). Esse desenraizamento (ver GIDDENS, 1991) cria uma insegurança ontológica – uma crise de identidade: a mais pronta resposta a isso é a evocação de um essencialismo que afirma a nuclear e imutável natureza de si e dos outros. Isso consiste em três estágios. Primeiro, uma insistência em algumas qualidades essenciais e valorosas (se culturais ou biológicas) que estão associadas com os indivíduos em questão (se da masculinidade, "raça", classe, religião ou etnicidade), e, segundo, a desvalorização dos outros como essencialmente carentes dessas virtudes (ver YOUNG, 1999). Além do mais, um processo de mobilização de essências negativas cria preconceito, exclusões e estereótipos que mais ainda alimentam os sentimentos de insegurança ontológica dos outros. Caso se queira, há um terceiro estágio em que aqueles que são alterizados e essencializados, criam um enrobustecimento de si próprios (o mais típico exemplo sendo o endurecimento do machismo) para combater seu sentimento de humilhação e exclusão. O processo de alterização tem, portanto, uma circularidade autorreforçadora.

É importante notar como um processo de alterização, de mútua desumanização, promove e facilita a violência. Essa mobilização da agressão envolve os dois componentes da injustiça econômica (algum tipo de privação relativa) e sentimentos de insegurança ontológica. Assim, para criar um "bom inimigo", devemos ser capazes de convencermo-nos de que: (1) eles são a causa de grande parte de nossos problemas; (2) eles são intrinsecamente diferentes de nós, inerentemente demoníacos, malvados etc. Esse processo de ressentimento e desumanização nos permite separá-los do resto da humanidade (nós), mas também permite nos enrobustecermos para lidar com a instância especial de uma ameaça. Podemos agir *temporariamente* fora de nossos instintos humanos porque

estamos lidando com aqueles que agem desumanamente. Essa técnica de neutralização permite a transgressão de nossas proibições gerais contra a violência. Não precisa se dizer que tal processo de essencialização ocorre não somente domesticamente, como, por exemplo, nas justificações de violência contra homossexuais e os sentimentos *vituperativos* do público geral em direção aos "criminosos viciosos", mas também em termos da dramatização do mal entre, digamos, o Primeiro Mundo e seus terroristas.

Crime e punição são áreas muito afetadas por essas incertezas. A privação relativa, especialmente quando combinada com falta de reconhecimento e depreciação, pode prontamente levar ao crime. A clássica instância doméstica é a marginalização econômica de um grupo, acompanhada pelo assédio policial. De modo similar, a globalização cultural projeta imagens do "boa vida", do sucesso econômico, dos prazeres do consumo e do estilo de vida, na verdade, da relativa longevidade da própria vida ao redor do globo, enquanto a globalização econômica abre o mundo inteiro como um mercado que gera, em muitas instâncias, insegurança econômica e subordinação. Tal cenário é feito sob medida para privação relativa global através das fronteiras entre o Primeiro e Terceiro mundos, assim como a dominação cultural engendra a necessidade de contra imagens construídas a partir da tradição e essencialização. A partir de um terreno existencial, repleto de inveja econômica, insegurança ontológica e indignação virtuosa, o fundamentalismo viceja e o terrorismo tem raiz.

6. O FOCO NA SUBCLASSE

A privação relativa pode também ocorrer quando alguém mais bem situado na estrutura de classe olha para baixo e pode ver recompensas imerecidas não comparáveis com as disciplinas do trabalho e da moderação. Além do mais, assim como a privação relativa e as incertezas ontológicas do pobre podem levar ao crime, então, talvez, mais paradoxalmente, a privação e insegurança dos mais ricos pode levar a sentimentos de punitividade. Como vimos, o cidadão trabalhador da maioria percebe um mundo em que recompensas parecem alocadas de maneira caótica. A subclasse, embora na realidade um grupo heterogêneo em composição e mal definido em sua natureza, é um alvo pronto para ressentimento (ver GANS, 1995: 2; BAUMAN, 1998b: 66-67). Reconstituído, reproduzido com contornos nítidos e homogêneos pelos meios de comunicação, se tornam um foco primordial de atenção pública através de estereótipos:

"o pobre vagabundo", "a mãe solteira", "o parasita dos benefícios de bem-estar" etc., e um fácil foco de hostilidade. Tais estereótipos derivam sua constituição do processo de essencialização, tão comum por causa da prevalente crise de identidade. Isto é, de imagens negativas, o puro oposto das "virtudes" dos incluídos, lançando o mundo social no molde binário que já discuti previamente. Desse modo, se o caos da recompensa cria uma pronta hostilidade contra a subclasse, o caos da identidade os apreende como um Outro fantasmagórico com todas suas características opostas ao mundo dos trabalhadores honestos e dedicados e, portanto, um bode expiatório à mão para sua insegurança ontológica.

Mas note o paradoxo, em que uma subclasse que é, na verdade, muito similar ao resto da sociedade, gera antagonismo e distanciamento. Os pobres se tornam mais semelhantes aos ricos, ao mesmo tempo em que são alterizados por eles; quanto mais os pobres se tornam parecidos com o restante da população, mais eles ressentem sua exclusão. Na verdade, é a redução das diferenças culturais que permite o ressentimento viajar em ambas direções nessa rua de mão dupla. Assim, o colapso do isolamento espacial e social na modernidade tardia, que documentei: uma consequência da globalização, dos meios de comunicação, do mercado consumidor e da educação de massa leva à diminuição de diferenças culturais e o aumento no descontentamento no interior das nações e entre elas.

7. Globalização e a geração de descontentamento doméstico e global

As forças gêmeas da globalização econômica e cultural impactam juntas com considerável efeito doméstico e global. Embora a medida e nível de globalização econômica seja discutível (Hirst; Thompson, 1999), o impacto é mundial. Os pobres do Primeiro Mundo não são deixados para trás encalhados nas decadentes áreas urbanas abandonadas pelo capital, eles vivem em mercados intensos e individualísticos e seus olhos se dirigem ao mundo exterior. Os camponeses podem não contribuir muito para a economia mundial e a para a tríade dos Estados Unidos, Europa e Japão (ver Thompson, 2000), mas isso não significa que estejam fora das forças de globalização econômica: seu café é vendido nos mercados mundiais, compram Coca-Cola em sua venda local. Além do mais, a globalização cultural que engloba o mercado global eleva as aspirações das pessoas, ameaça suas identidades e alimenta seu dissabor.

Gostaria de argumentar que o descontentamento advindo de incertezas materiais e ontológicas que a globalização engendra tem paralelos convincentes tanto em níveis domésticos como globais. Ademais, esses dissabores colidem e exacerbam uns aos outros. Por razões de brevidade, esboço esse processo esquematicamente:

1 – *Aumento dos diferenciais de renda.* Em um nível doméstico, tem havido um aumento dos diferenciais de renda no Primeiro Mundo (para o EUA, ver MISHEL et al, 2001), ao passo que, em termos globais, tem havido um crescente desnível entre as nações ricas e pobres. (ver ONU, 1999).

2 – *Globalização cultural e privação relativa.* Aumento dos diferenciais de renda, embora severo, não gera por si próprio descontentamento, o que o faz é a privação relativa gerada pela globalização cultural. No interior do Primeiro Mundo, os pobres são presenteados com imagens de consumo e meritocracia, mas encontram desigualdade e injustiça estruturais. A globalização cultural mundial apresenta padrões de consumo, atendimento de saúde e bem estar material que se mostram como universais, embora sejam palpavelmente injustos e grosseiramente distribuídos. A saturação da exposição da mídia nas partes mais pobres do Primeiro Mundo e nos confins do globo no contexto de graves desigualdades tem uma qualidade bulímica.

3 – *Globalização e a crise de identidade.* O impacto de políticas neoliberais no Primeiro Mundo, exortando a flexibilidade do trabalho e subscritas pela globalização econômica e avanços na automação, gera instabilidades de emprego, carreira e comunidade enquanto coloca pressão na vida familiar (ver CURRIE, 1997). Paralelo a isso, o individualismo de uma sociedade de mercado gera sublevação marital e familiar. No todo, biografias se tornam constituídas por narrativas partidas, uma situação de desenraizamento ocorre e há uma crise de identidade generalizada. O impacto da globalização cultural no Terceiro Mundo ameaça a tradição, solapa realidades asseguradas e desestabiliza identidades. Embora tal crise de identidade envolva grandes faixas da população, isso é particularmente agudo entre os pobres que sofrem marginalização política e econômica; ou seja, domesticamente eles não só se sentem descartados no plano econômico mas também não reconhecidos e desrespeitados, enquanto que, em âmbito global, grupos de minorias, nações e culturas inteiras sentem-se economicamente dependentes e politicamente alijados.

4 – *Privação relativa e insegurança ontológica.* A combinação de privação material e insegurança ontológica engendra tentativas de se assegurar a identidade pela essencialização de sua cultura e esforço de se robustecer essa identidade ao culpar e negativamente essencializar os outros. Um processo de desumanização do outro para assegurar-se a si mesmo provê a principal técnica de neutralização com relação ao uso da violência. Se a injustiça oferece a racionalização para a violência, a desumanização a permite.

5 – *O narcisismo das pequenas diferenças.* Essa crise de identidade evoca a necessidade de identidades mais robustas e distintas, sejam elas centradas ao redor do machismo, comunidade, nacionalidade ou religião. Isso cria uma dificuldade e uma urgência, dado que em uma era de globalização cultural, culturas antes distintas se tornaram, tanto em uma nação quanto internacionalmente, mais similares. Assim, como Carl Nightingale (1993) mostra em seu estudo da subclasse negra da Filadélfia ou como Michael Ignatieff vividamente demonstrou em *Warriors Honor* (1999) com seu exame do conflito Sérbio-Croata, diferenças têm de ser ativamente construídas. Desse modo, nos termos de Freud (1929), "o narcisismo das pequenas diferenças" engendra conflitos apaixonados e intensos (ver também BLOK, 1998). Tradições são inventadas e diferenças improvisadas, seja através da geração de culturas masculinas de natureza quase burlesca (precisamente na hora em que diferenças de gênero masculino-feminino estão menores) ou da evocação do mito e lenda na Irlanda do Norte e nos Bálcãs.

6 – *Guerras de identidade.* Nancy Fraser em *Justice Interruptus* (1997) nota como o presente período tem sido caracterizado pela política de identidade ao invés daquela de classe. A questão da classe, claro, não desapareceu, mas talvez mais precisamente políticas de classe estejam envolvidas em um discurso de identidade. O crime nesse presente período similarmente se manifesta em uma preocupação com a identidade; o crime instrumental do passado parece ser suplantado por crimes de paixão, fúria contra humilhação, preocupações com expressividade e estilo de vida. De modo parecido, Mary Kaldor (KALDOR; VASHEE, 1997) fala das novas guerras – as "guerras de identidade" – com grupos étnicos colocados em oposição ou em "cruzadas" do Ocidente contra o "terror" em escala global, em que um Presidente fundamentalista usando a linguagem do fundamentalismo se coloca contra as forças do fundamentalismo do Islã.

8. Em direção a uma sociologia do revanchismo

"Oh, diga-me, Capitão, por que os malvados são tão fortes? Como os anjos conseguem dormir quando o diabo deixa a luz da varanda acesa?"[4] (Tom Waits. Mr. Siegal. *Heartattack and Vine*, Asylum, 1980).

A privação relativa descendente, o sentimento de que aqueles que trabalham pouco ou nada estão pegando carona nas suas costas e seus impostos, é um sentimento muito difundido. Nesse sentido, enquanto a classe média "contente" pode muito bem sentir compaixão para com a subclasse e a "satisfação relativa" com sua própria posição se traduz em sentimentos de caridade, aqueles pertencentes à muito maior clientela do descontentamento são mais propensos a demandar programas de trabalho para os beneficiários do bem-estar, rigor contra os trapaceiros do seguro-desemprego etc. Essa resposta, qualquer que seja sua racionalidade, não é em si mesmo punitiva: é quando muito autoritária, mas não necessariamente vingativa. Mas aliada a essas respostas quase racionais à violação de princípios meritocráticos se encontra frequentemente um subtexto muito mais apelativo que busca não apenas reparar uma certa relutância em trabalhar, mas ir além para punir, aviltar e humilhar (ver Hallsworth, 2000; Pratt, 2000).

As feições chave desse ressentimento são desproporção, criação de "bode expiatórios" e estereotipamento. Isso é, o grupo selecionado é visto como contribuindo para os problemas da sociedade de forma bem desproporcional ao seu real impacto (por exemplo, mães adolescentes, mendigos, imigrantes e usuários de drogas) e são apontados como "bode expiatórios" e descritos como atores chave na criação de problemas sociais. Seu retrato é apresentado em uma maneira extraordinariamente estereotipada que possui pouca relação com a realidade. Desse modo, em *A Sociedade Excludente*, noto como parece haver uma narrativa comum a essas descrições dos "demônios populares" que é comum desde às "mães solteiras" ao "vício em drogas" (ver Young, 1999: 113).

Svend Ranulf em seu livro pioneiro *Moral Indignation and Middle Class Psychology* ([1938] 1964) estava intrigado com o desejo dos que querem punir aqueles que não diretamente lhes causam mal. Essa "indignação moral", escreve ele, é "a emoção por detrás da tendência pessoalmente desinteressada de se infligir punição [e] é um tipo de

4. "Oh tell me brave Captain why are the wicked so strong?/How do the angels get to sleep when the devil leaves his porch light on?"

inveja disfarçada" (1964: 1). Ele explora essa emoção usando o conceito de "ressentimento", que foi primeiro usado por Nietzsche em sua condenação da base moral da ética cristã e desenvolvido por Max Scheler em seu *Das Ressentiment im Aufbau der Moralem* (1923). O "ressentimento" tem em seu interior o impulso, como Merton definiu, de se "condenar aquilo que secretamente se deseja" (1957: 156). A inovação de Ranulf foi localizar o ressentimento sociologicamente e atar a origem da inveja à inibição e auto-disciplina. Assim ele escreve:

"A tendência desinteressada de infligir punição é uma característica distintiva da classe média baixa, ou seja, de uma classe social vivendo em condições que forçam seus membros a um extraordinariamente alto grau de privação e os sujeita à muita frustração de desejos naturais" (1964: 198).

Não deve ser por acidente que o estereótipo da subclasse, em sua preguiça, dependência, hedonismo e irresponsabilidade institucionalizada, com seu uso de drogas, gravidez na adolescência e fraqueza, represente todos os traços que o cidadão respeitável tem de suprimir para manter seu estilo de vida. Ou como Albert Cohen famosamente colocou:

"A busca dedicada de objetivos culturalmente aprovados, a abstenção de objetivos interditos mas atormentadores, a aderência a meios normativamente sancionados, isso implica um certo autodomínio, esforço, disciplina, inibição. Que efeito a proximidade do perverso tem na paz de espírito do virtuoso?" (1965: 7).

Essa reação social é indignação moral ao invés de preocupação moral. Os demônios não são os anjos caídos ou os dignos de pena que obcecam o filantropo. Na verdade, eles, ao mesmo tempo, atraem e repelem: são os demônios dentro de nós que devem ser diariamente renunciados. Assim o estereótipo das minorias não é uma identidade inteiramente negativa, como Homi Bhabha nos recorda, em uma sentença lapidar, é um "modo complexo, ambivalente, contraditório de representação tão ansioso como assertivo".

Os rigores da modernidade tardia estendem essas inibições e inseguranças bem mais além de uma estreita faixa de classe. Uma grande parte da população está sujeita à privação relativa e incertezas ontológicas e, ademais, as pressões e constrangimentos do funcionamento social as exacerbam ainda mais. Sobreviver no mundo da modernidade tardia demanda um grande esforço, autocontrole, comedimento. O emprego

não é somente inseguro e mal pago, as horas trabalhadas são mais longas – horas-extras são aguardadas como um sinal de compromisso e responsabilidade – muitas vezes não dá para ver as crianças até que se chegue do longo caminho de volta pra casa – *as pessoas falam de "tempo de qualidade" como um eufemismo para "pouco"* – os fins de semana parecem curtos e o prazer tem de ser agarrado à força, comumente com o auxílio liberal do álcool. A família de carreira dupla mais e mais se torna a norma, com o planejamento da agenda dos adultos e das crianças que isso acarreta. É a experiência da restrição e sacrifício que transforma simples desprazer (uma sensação de injustiça) em revanchismo. Ademais, como o clima de pressão no trabalho e incerteza do emprego impregna uma ampla faixa da estrutura de classe, isso não se restringe à classe média baixa – que Ranulf indicou, de acordo com muito do pensamento ao tempo com suas preocupações sobre o surgimento e base social do fascismo (ver também LUTTWAK, 1995).

Com certeza, não é difícil ver como uma subclasse – que, ao menos em estereótipo, considera-se que tem seus filhos irresponsavelmente cedo, fica à toa o dia inteiro com suas enormes famílias, possui garantida moradia popular quase de graça, vive com seguro-desemprego, fica bebendo e consumindo substâncias exóticas e proibidas até tarde da noite e, ainda por cima, comete incivilidades e crimes predatórios contra o cidadão honesto – se torna um inimigo fácil. Eles acionam cada gatilho de medo e desejo.

9. EM DIREÇÃO A UMA CRIMINOLOGIA DA TRANSGRESSÃO

Mas e a subclasse, afinal? Precisamente as mesmas forças que moldam o ressentimento daqueles mais acima na estrutura para com aqueles abaixo servem para constituir os sentimentos de exclusão desse últimos. Assim, a privação relativa e uma crise de identidade afetam ambas as partes da sociedade, embora a direção da hostilidade e a pungência de seu impacto sejam, de fato, bastante diferentes.

No caso da subclasse, a aguda privação relativa forjada a partir da exclusão da cultura dominante é composta com a ameaça diária à identidade: um desrespeito, a sensação de ser um perdedor, de ser *nada*, de humilhação. A fonte desse desrespeito sistemático reside, claro, na dinâmica de privação, crise de identidade e repressão entre aqueles no mercado de trabalho secundário – os precariamente incluídos que delineei acima. Está cristalizado em particular nas instituições de poli-

ciamento, em que o pobre se torna sobremaneira o foco de atenção da polícia, uma "polícia de propriedade" (LEE, 1981).

10. HUMILHAÇÃO E REBELIÃO

"Vou curtir como Pacino, arrumar esquemas como De Niro, um negro Gambino, morrer com um herói"[5] (*Rakim 'Juice (know the Ledge)*, NIGHTINGALE, 1993: 184).

A etnografia da subclasse negra da Filadélfia de Carl Nightingale dá o bravo, quase audacioso, salto de entender que a cultura do gueto não é uma cultura de isolamento e alienação, mas envolve uma apaixonada, embora desesperada, aceitação de valores tradicionais americanos. E, na verdade, todo o portfólio de valores estão disponíveis lá: na ênfase no consumo e imediatez, no machismo, no uso da violência como o meio predileto para se resolver os problemas em filmes e em aventuras militares (e mais recentemente em filmes sobre aventuras militares) e nos estereótipos e divisões racistas. Poderia ser útil se retornássemos para os dois estigmas que a subclasse confronta, aquele da privação relativa (pobreza e exclusão dos principais mercados de trabalho) e dos problemas de reconhecimento (baixo status e falta de respeito). Ambas são formas de humilhação, em que a pobreza no meio da abundância é o mais humilhante estigma de todos; como Baumam o define, é "um tipo de meta-humilhação, terreno em que a indignidade ao redor prospera, um trampolim do qual múltiplas humilhações são lançadas" (BAUMAN; TESTER, 2001: 154). Essa crise de identidade, uma necessidade de se combater o sentimento de ser um "ninguém", um "perdedor", uma pessoa sem mérito, produz precisamente o mesmo processo de essencialização que descrevi antes, experimentado por aqueles que são parte do socialmente incluído – entretanto precária e tenuemente. Mas é feito com uma intensidade muito maior e com um contexto e resultado diferentes. É a produção de uma certa dureza, fixidez, uma diferença de si mesmo baseada no gênero (exemplo, hipermasculinidade), etnicidade, "território" (localidade) e idade (exemplo, a gangue). Isso se vê mais na hipermasculinidade, em que, como Nightingale indica, na quinta ou sexta séries "os olhos brilhantes dos estudantes começam a se vitrificar para assumir um jeito de durão" (1993: 47). As crianças se metamorfoseiam diante dos nossos olhos. Esse processo de essencialização de si próprio

5. "I'll chill like Pacino, deal like De Niro, Black Gambino, die like a hero."

é grandemente facilitado pela essencialização dos outros. Mas não são só os ricos e as celebridades que são alterizados, não são verticais, mas divisões horizontais: de homens contra mulheres, de grupo étnico contra grupo étnico, de gangue contra gangue, de localidade contra localidade. Através das projeções essencialistas dos mais abastados, a alterização do pobre passa a ser utilizada por eles próprios para também se essencializarem. Dessa forma, a ampla autorreferência como "negão", o culto da "ruindade", a inversão ética do "filho da mãe", "cafetão" ou "rapeiro".

11. A CRIMINOLOGIA DA TRANSGRESSÃO

"Olhou para a maleta cheia de dinheiro, a sacola de supermercado cheia de cocaína, a maleta e a sacola lado a lado no canto do quarto. Engraçado como nenhuma das duas significava nada para ele. O dinheiro não podia comprar nada melhor do que ele tinha exatamente agora, do que ele sentiu naquela tarde: o risco de se tomar aquilo que você decidiu que seria seu, o andar de cabeça erguida enquanto se cai fora. *O agito* (...) Era tudo sobre o agito.

(...) Cooper ia levar o agito até onde desse porque *sentia* prazer. Claro, sabia a forma em que isso ia terminar, da mesma forma que sempre terminava para caras como ele que nunca tiveram chance e não davam a mínima se alguém aparecesse. A questão toda era andar como um filho da mãe; se tivesse que se dar mal, que se desse mal assim também" (PELACANOS, 1998, ênfase no original).

"Como criminoso, tenho sido um fracasso lamentável. Todo dinheiro que ganhei no crime, poderia ter ganho como trabalhador na metade do tempo que passei na prisão. Meu caráter, que é intransigente e viciado em riscos, era uma garantia de que eu não poderia ter sucesso como ladrão ou bandido. Mas dinheiro sempre foi um objetivo secundário; o crime sempre foi dirigido para objetivos mais poderosos. Eu parei no crime como um caminho que foi ditado pela própria vida; sucesso ou fracasso na realização de ações criminosas nunca foi um tema de muita preocupação para mim, nem ficava na frente daquilo que estava realmente procurando, que era um tipo particular de estilo de vida.

Também não sou uma pessoa materialista. Dinheiro nunca foi, ou será, meu objetivo primário. Fora ou dentro, os meus sempre gostaram de mim. Minha vida sempre foi excitante e dramática, onde quer que estivesse, era parte do agito. Psicologicamente, tinha a satisfação de personificar a contra cultura com a qual me identificava e isso era confir-

mado pela minha reputação e prestígio. Encarnava a virtude suprema do submundo criminoso e me deleitava no maior elogio que se pode receber – valentia" (McVicar, 1979: 197-198).

Notei como a resposta dos incluídos para com os pobres é mais do que simplesmente um desejo meritocrático de assegurar que os benefícios sejam distribuídos imparcialmente e que o trabalho não seja ativamente evitado. Há uma qualidade vituperativa colada ao dorso da racionalidade de controle. De forma similar, com vistas ao crime, o giro punitivo tem um revanchismo que vai além dos princípios do neoclassicismo e da punição merecida. Assim também com o crime: a criminalidade da subclasse não é simplesmente uma questão que envolve o roubo de dinheiro, propriedade, comida, bebida além de drogas – embora todos esses elementos sejam na verdade parte da motivação. A violência não é apenas um simples instrumento para persuadir as pessoas a repartir seu dinheiro nem uma técnica de gerência no mundo corporativo do crime organizado. O uso de drogas não é um tema prosaico dos prazeres dos pobres – uma experiência psicoativa alternativa ao gim e tônica ou à cerveja depois de um dia no escritório. Envolve todas essas coisas, mas acima de tudo tem uma margem transgressiva. Pois os transgressores são levado pela energias da humilhação – o núcleo utilitário costuma estar lá, mas ao seu redor se constrói um frequente deleite no excesso, um prazer ao se violar normas, uma re-asserção da dignidade e identidade. É isso que os criminólogos culturais – Ferrel (1997), Presdee (2000), Hayward (2002, 2003) por exemplo – têm realçado em sua crítica da criminologia neoliberal.

Nessa revisão da sabedoria liberal convencional sobre as causas do crime, necessitamos olhar de novo para os textos clássicos. Para Robert Merton (1938), o crime era uma rota alternativa ao Sonho Americano. Em sua famosa tipologia, era uma "adaptação" em que a "pressão" de não se ter acesso à oportunidades legítimas levava ao recurso à caminhos ilegítimos. Os objetivos de sucesso não eram alterados, o dinheiro para se alcançá-los é que era meramente obtido por meios ilegais. Jack Katz em *Seductions of Crime* (1988) indica que a visão de Merton sobre o crime simplesmente não se encaixa na fenomenologia do crime: a versatilidade, o gosto, a sensualidade do ato criminal. Ele indica as atrações do mal, os meandros do "valentão", a mágica transformadora da violência. Tudo isso está certo, mas em sua correta ênfase sobre o despercebido primeiro plano da infração, o estado mental elevado do infrator, ele rejeita o pano de fundo estrutural, ele vê qualquer determinismo como um grosso

materialismo, uma desculpa liberal que tenta ligar muito facilmente a pobreza estrutural ao crime – mal pano de fundo, mal comportamento. Acho que Katz joga fora o bebê com a água do banho, simplesmente para inverter a sabedoria convencional ao ressaltar o livre-arbítrio e rejeitar a estrutura. Nosso trabalho é enfatizar tanto a estrutura e o livre-arbítrio e traçar como cada um constitui o outro (ver WILLIS, 1977; BOURGOIS, 1995; MACLEOD, 1995 e teoria da reprodução social). Além do mais, o drama estrutural do gueto pobre não é simplesmente um déficit de bens – como Merton definiria – é um estado de humilhação. E o crime, porque é levado pela humilhação, não por simples desejo de redistribuir a propriedade, é transgressivo. A teoria da bulimia que propus envolve incorporação e rejeição, inclusão cultural e exclusão estrutural, como em Merton, mas vai além, ao enfatizar que essa combinação da aceitação seguida da rejeição gera uma dinâmica de ressentimento de grande intensidade. *É Merton com energia, é Katz com estrutura.*

12. A HUMILHAÇÃO DA EXCLUSÃO

Para Merton (1938), o crime era uma rota alternativa para o Sonho Americano, de forma que, para o cidadão excluído das oportunidades legítimas e para quem chances ilegítimas estivessem prontamente disponíveis, o comportamento criminal seria tão normal quanto ir trabalhar. A rica tradição subcultural que se seguiu à Merton, representada hoje por teóricos como William Julius Wilson (1987, 1995), leva adiante essa análise apresentando vigorosamente a noção de que o crime ocorre onde há "isolamento social" do mundo do trabalho (ver também WACQUANT, 1998).

Contrário a isso, argumentei que a marginalização tem um impacto. Os negociantes de *crack* de Philippe Bourgois no East Harlem, por exemplo, estão longe de serem ignorantes sobre o mundo do trabalho legítimo. Eram tomados por dúvidas sobre sua exclusão, nutriam fantasias de serem um "negão trabalhador normal", tinham trabalhado e tinham sido humilhados pelo mundo do trabalho. Ao mesmo tempo que querem ser legítimos, menosprezam isso, mas estão longe de ignorarem esse fato (ver BOURGOIS, 1995: cap. 4). É essa humilhação que leva à natureza transgressora de muitos crimes, por mais que seja utilitário seu núcleo. É essa transgressão que significa que, embora o crime possa ser um substitutivo para o trabalho, é raramente *como* o trabalho como muitos teóricos gostariam de nos fazer acreditar. Por exemplo, não são apenas as qualidades psicotrópicas da cocaína que fazem o comércio de

cocaína um negócio errático, violento e irascível, nem são os aspectos internacionais de seu comércio que tornam os cartéis como as corporações que negociam com margarina ou alumínio.

A metáfora do "crime como trabalho" é algo que está por demais sobrecarregada. Em seus mais altos escalões, o crime organizado sempre envolveu o impetuoso, atrevido e extravagante. Dick Hobbs, em seu excelente obituário de John Gotti, o chefe da máfia de Nova Iorque, cita-o falando aos seus subordinados:

"Tem que ir lá com seu terno e suas jóias (...) Mostrar na cara deles. Quando as pessoas vão ao circo, eles não querem ver os palhaços. Querem ver os leões e os tigres, e é isso que nós somos" (HOBBS, 2002: 18).

E mais no fundo da pilha, qualquer um que acredita que os negociantes de cocaína são gerentes inferiores de uma companhia de distribuição e que suas armas estão lá apenas para fazer cumprir contratos por causa da falta de proteção legal estão sofrendo de uma dose aguda de neoliberalismo. Apenas vá a qualquer discoteca em *Dalston*, *East London*, ou *Brixton* no sul, veja o ouro, as joias, observe como as ações se misturam com o *reggae* e *jungle*, veja a vaidade, escute o jargão: as armas não são apenas instrumentos, elas são *sexy*, não é um emprego, é a excitação, não é uma alternativa ao trabalho, é uma resposta sensual a ele.

13. DA GUERRA DE TERRITÓRIO À GUERRA REAL

Vimos no estudo de Carl Nightingale do gueto negro da Filadélfia a dimensão da imersão dos pobres urbanos na cultura consumidora dos Estados Unidos. Isso é comparável à aceitação da noção de violência como um meio imediato e pronto para solucionar problemas, seja na defesa de uma "criação enérgica dos filhos", no entusiasmo com filmes de "ação" *hollywoodianos* ou no apoio a Bush I na primeira Guerra do Golfo. E, claro, são precisamente os jovens de tal cultura que fornecem uma alta proporção dos soldados de linha de frente. Como John Galbraith indicou, os pobres constituem sobremaneira os soldados que arriscam a vida, enquanto que os filhos da classe média da "comunidade de contentamento" fornecem muito poucas tropas de combate. Assim, ao tempo da primeira Guerra do Golfo ele observa:

"Escrevi isso durante os dias em que o conflito estava acontecendo e era muito aplaudido. Perguntei ao diretor responsável por assuntos estudantis de Harvard quantos daqueles sob seu cuidado tinham sido

convocados para a guerra ou mandados para lá. Ele respondeu 'muito poucos'. Pressionei por um número preciso. Ele respondeu 'zero'" (GALBRAITH, 1992: 141).

Paul Willis descreve o desenvolvimento da cultura dos meninos da classe baixa trabalhadora como uma "vitória pírrica". Primeiro, eles enxergam através de suas dificuldades e então criam uma cultura de robustez e machismo para se protegerem contra a humilhação. Porém é essa pesada cultura de resistência que os aprisiona em suas dificuldades. A "celebração cultural", observa com cinismo, "durou, ao que parece, apenas o bastante para passá-lo através das portas fechadas da fábrica" (WILLIS, 1977: 107). Nesses dias de desemprego e "novas guerras", a cultura contemporânea do machismo os entrega não mais para o chão de fábrica mas para a linha de frente.

14. *Hip Hop* através das fronteiras

Nesse artigo, indiquei as similaridades fenomenológicas e etiológicas entre a violência criminal e a violência do Estado. Notei paralelos entre a essencialização e a desumanização que facilita a violência, seja nas ruas, na guerra ou em ações em favor ou contra o terrorismo. Argumentei contra o uso de binários, contra o atual discurso de exclusão social que contrasta um cidadão incluído que está contente, seguro e ontologicamente certo com o membro excluído da subclasse que carece de todos esses positivos. Critiquei a noção da cidade dual em que linhas não são ultrapassadas e onde cada parte do binário habita universos morais diferentes. Nada disso descarta as muito reais exclusões físicas e sociais que atormentam as sociedades da modernidade tardia e a estigmatização conduzida pelo sistema e a alterização que caracteriza essas relações. Mas essa intensidade de exclusão – e o correspondente ressentimento dos excluídos – é impelida pelas similaridades de valores e a transgressão das fronteiras. O mundo da modernidade tardia abomina a separação tanto quanto avidamente coloca barreiras. A globalização não significa nada se não implica transgressão: de um mundo que se torna mais próximo e a diminuição de diferenças culturais em que as barreiras são diariamente rompidas pela mobilidade do trabalho e a difundida penetração dos meios de comunicação de massa. Os valores da maioria constituem a vida normativa da minoria e geram a bulimia que alimenta o descontentamento. A própria similaridade da subclasse, na verdade, sua sobre-identificação com os valores do consumismo e do hedonismo, a coloca quase como um alvo involuntário para o ressen-

timento dos incluídos. Cada faceta de seu comportamento zomba das repressões diárias dos incluídos. No entanto, há fascinação, assim como aversão e medo. A cultura da subclasse com sua masculinidade compensatória recorre à violência e desmedido individualismo – exacerbações da mais ampla cultura que, então, em retorno, influenciam filmes, moda e música popular. A rua pauta a tela e a tela pauta a rua. As fronteiras são transgredidas, os limites são entrecruzados e o centro começa a se assemelhar às margens assim como a margem ao centro.

15. Referências bibliográficas

Banfield, E. *The unheavenly city*. Boston, MA: Little Brown, 1968.

Bauman, Z. *Globalization*. Cambridge: Polity, 1998a.

_____. *Work, consumerism and the new poor*. Buckingham: Open University Press, 1998b.

_____; Tester, K. *Conversations with Zygmunt Bauman*. Cambridge: Polity, 2001.

Bhabha, H. *The location of culture*. London: Routledge, 1993.

Blok, A. The narcissism of minor differences. *European Journal of Social Theory*, n. 1, ano 1. Sage, julho, 1998, p. 33-56.

Bourgois, P. *In search of respect*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Burchell, B. *Job Insecurity and work intensification*. New York: Joseph Rowntree Foundation, 1999.

Byrne, D. *Social exclusion*. Buckingham: Open University Press, 1999.

Cohen, A. K. The sociology of the deviant act: anomie theory and beyond. *American Sociological Review*, n. 1, vol. 30, American Sociological Association, 1965, p. 5-14.

Currie, E. Market, crime and community. *Theoretical Criminology*, n. 2, vol. 1, Sage, 1997, p. 147-172.

Felson, M. *Crime and everyday life*. 2. ed. Thousand Oaks: Pine Forge, 1998.

Ferrell, J. Criminological verstehen: inside the immediacy of crime. *Justice Quarterly*, n. 1, vol. 14, mar. 1997, p. 3-24.

_____; Milovanovic, D.; Lyng, S. Edgework, Media Practices and the elongation of meaning. *Theoretical Criminology*, n. 2, vol. 5, Sage, maio 2001, p. 177-202.

Fraser, N. *Justice interruptus*. New York: Routledge, 1997.

Freud, S. *Civilisation and its discontents*. Harmondsworth: Penguin, 1929.

Galbraith, J. K. *The culture of contentment*. London: Sinclair-Stevenson, 1992.

Gans, H. *The war against the poor*. New York: Basic Books, 1995.

Garland, D. *The culture of control*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Giddens, A. *Modernity and self-identity*. Cambridge: Polity, 1991.

Gorz, A. *Reclaiming work: beyond the wage-based society*. Cambridge: Polity Press, 1999.

GREGSON, N.; LOWE M. *Serving the middle classes*. London: Routledge, 1994.

HAGEDORN, J. Gangs, neighborhoods and public policy. *Social Problems*, n. 4, vol. 38, 1991, p. 529-542.

HALLSWORTH, S. Rethinking the punitive turn. *Punishment and Society*, n. 2, vol. 2, 2000, p. 145-160.

HARRINGTON, M. *The other america*. New York: Macmillan, 1963.

HAYWARD, K. *City limits: crime, consumerism and the urban experience*. London: Glasshouse Press (forthcoming), 2003.

_____. *Crime, consumerism and the urban experience*. PhD thesis, School of Law, University of East London, 2002.

HILLS, J.; LEGRAND, J.; PICHAUD D. (ed.). *Understanding social exclusion*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HIRST, P.; THOMPSON, G. *Globalisation in question*. 2. ed. Cambridge: Polity, 1999.

HOBBS, D. Obituary of John Gotti. *The Independent*, 12 June, 2002, p. 18.

HOBSBAWM, E. *The age of extremes*. London: Michael Joseph, 1994.

IGNATIEFF, M. *The warriors honor*. London: Vintage, 1999.

JAMIESON, R. Towards a criminology of war in Europe. In: RUGGIERO, V.; SOUTH, N.; TAYLOR, I. (ed.). *The new european criminology*. London: Routledge, 1998.

KALDOR, M.; VASHEE, B. *Restructuring the global military sector. New wars*. London: Pinter, 1997.

KATZ, J. *Seductions of Crime*. New York: Basic Books, 1988.

LEE, J. A. Some structural aspects of police deviance in relations with minority groups. In: SHEARING, C. (ed.). *Organisational police deviance*. Toronto: Butterworth, 1981.

LUTTWAK, E. Turbo-charged capitalism and its consequences. *London Review of Books*, n. 21, vol. 17, 1995, p. 6-7.

LYNG, S. Edgework: A social psychological analysis of voluntary risk-taking. *American Journal of Sociology*, n. 4, vol. 95, 1990, p. 876-921.

MACLEOD, J. *Ain't no makin' it*. Boulder, CO: Westview, 1995.

MCVICAR, J. *McVicar: by himself*. London: Arrow, 1979.

MERTON, R. Social structure and anomie. *American Sociological Review*, n. 3, American Sociological Association, 1938, p. 672-682.

_____. *Social theory and social structure* (rev. edn.). Glencoe, IL: Free Press, 1957.

MISHEL, L.; BERNSTEIN, J.; SCHMITT, J. *The State of Working America 2000–01*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2001.

MOONEY, G.; DANSON, M. Beyond culture city: glasgow as a dual city. In: JEWSON, N.; MACGREGOR, S. (ed). *Transforming cities*. London: Routledge, 1997.

MOONEY, J.; YOUNG, J. Policing ethnic minorities. In: LOVEDAY, B.; MARLOW, A. (ed). *Policing after the Stephen Lawrence Inquiry*. Lyme Regis: Russell House, 2000.

MORRISON, W. *Theoretical criminology: from modernity to post modernism*. London: Cavendish Publishing, 1995.

_____. Criminology, genocide and modernity: remarks on the companion that criminology ignored. In: BEIRNE, P.; SUMNER, C. (ed.). *Blackwell companion to criminology*. Oxford: Blackwells, 2003.

MURRAY, C. *Losing ground*. New York: Basic Books, 1984.

NIGHTINGALE, C. *On the edge*. New York: Basic Books, 1993.

O'MALLEY, P.; MUGFORD, S. Crime, excitement and modernity. In: BARAK, G. (ed.). *Varieties of criminology*. Westport, CT: Praegar, 1994.

ONU. *World Investment Report 1999: foreign direct investment and the challenge of development*. UN: Unctad, 1999.

PELECANOS, George P. *King suckerman*. London: Serpent's Tail, 1998.

PRATT, J. Emotive and ostentatious punishment: its decline and resurgence in modern society. *Punishment and Society*, n. 4, vol. 2, 2000, p. 417-440.

PRESDEE, M. *Cultural criminology and the carnival of crime*. London: Routledge, 2000.

RANULF, S. *Moral indignation and middle class psychology*. New York: Schocken, [1938]1964.

RIEFF, D. *Los Angeles: capital of the third world*. London: Phoenix/Orion, 1993.

SCHELER, M. Das Ressentiment im Aufbau der Moralem. *Van Umsturz der Werte I. Leipzig*, 1923.

SOCIAL EXCLUSION UNIT. *Bringing britain together: a national strategy for neighbourhood renewal*. London: The Stationery Office, 1999.

THOMPSON, G. Economic globalisation? In: HELD, D. (ed.) *A globalizing world? Culture, economics and politics*. London: Routledge, 2000.

WACQUANT, L. Inside the zone: the social art of the hustler. *Theory, Culture and Society*, n. 2, vol. 15, 1998, p. 1-36.

WILLIS, P. *Learning to labour*. Aldershot: Gower, 1977.

WILSON, W. J. *The truly disadvantaged*. Chicago, IL: Chicago University Press, 1987.

_____. *When work disappears*. New York: Knopf, 1995.

YOUNG, J. Beyond the consensual paradigm. In: COHEN, S.; YOUNG, J. (ed.). *The manufacture of news*. London: Constable, 1981.

_____. *The exclusive society*. London: Sage Publications, 1999.

_____. Identity, community and social exclusion. In: MATTHEWS, R.; PITTS, J. (ed.). *Crime, disorder and community safety*. London: Routledge, 2001.

_____. Crime and social exclusion. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (ed.). *The Oxford handbook of criminology*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2002.

52373

5
Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero

MARIA PALMA WOLFF

Doutora em Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais pela Universidade de Zaragoza (Espanha). Pós-doutoranda pelo Programa de Estudos Pós-graduados em Serviço Social na PUC-SP. Professora da Faculdade de Serviço Social da PUC-RS. Membro da Comissão Nacional de Fomento aos Conselhos de Comunidade do Ministério da Justiça. Coordenou o Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Assistente Social.

MÁRCIA ELAYNE BERBICH DE MORAES

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Ciências Penais, pela PUC-RS. Doutoranda em Ciências Criminais na PUC-RS. Professora de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário Metodista IPA. Ex-integrante do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Este artigo realiza uma análise sociojurídica do aprisionamento feminino no Brasil, cujos índices estão marcados pelo aumento da participação das mulheres em delitos que envolvem a posse ou o tráfico de drogas. Aborda-se a legislação brasileira e as dificuldades de implementação da perspectiva preventiva proposta pela Lei 11.343/2006 em contraponto do incremento de seu aspecto repressivo. Contextualiza-se as leis penais, cujos pressupostos predominantemente masculinos, conduzem a violações de direitos das mulheres também no âmbito da execução penal. Assim, os problemas decorrentes da condição de gênero são agravados pelas condições precárias das prisões brasileiras o que somado a outros

ABSTRACT: This article aims at discussing the issue of women imprisonment in Brazil, whose ratings have shown an increase in the number of women involved in crimes related to drugs possession and drug dealing. The paper also addresses the Brazilian legislation and the difficulties in implementing the preventive perspective proposed by the current Drug Law (11.343/2006) as well as its repressive aspect. The context of criminal law, which is majority masculine, leads to the violation of women's rights also under the scope of criminal enforcement. Therefore problems caused by the gender condition are worsened by the precarious conditions of Brazilian prisons and added to other aspects, leading to a new configuration in

aspectos, encaminha a novas configurações nas relações intramuros, através da formação de redes de apoio externas.

Palavras-chave: Mulheres – Prisão – Drogas – Redes sociais.

intra-wall relationships, with the creation of networks that receive support from outside of prisons.

Keywords: Women – Prison – Drugs – Social networks.

Sumário: 1. Introdução – 2. Mulheres, drogas e lei: 2.1 Lei 11.343/2006 – 3. Contexto prisional das mulheres – 4. Redes de dentro e de fora – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Justiça Penal brasileira possui uma característica histórica, que é a de ter uma faceta discriminatória e excludente. Tais aspectos se acentuam no caso das mulheres, visto que o papel marginal que possuíam na sociedade brasileira da primeira metade do século XX tornava-as um alvo atípico para a seletividade penal. Em regra, os tipos penais não eram criados visando a seletividade das mulheres, mas sim dos homens[1] com base na pressuposição de que estes seriam, por natureza, violentos por sua condição física superior. É neste contexto de invisibilidade que tanto no Brasil como em muitos países da América Latina até a década de 80, as mulheres presas ficavam sob tutela de instituições religiosas, as quais imprimiam uma perspectiva de castigo e de correção nas prisões femininas.[2] Com a crescente inserção no espaço social e no mundo do trabalho, as mulheres passaram a ser também destinatárias do sistema criminal. Assim, os tipos penais definidos pelo Código Penal de 1940 foram se tornando cada vez mais arcaicos, por ignorarem tanto a figura feminina inserida na sociedade do trabalho, quanto a figura feminina privada, inserida em uma rede familiar. Os institutos de execução penal então gerados não consideravam, por exemplo, medidas que permitissem

1. Yagüe Olmos, Concepción. *Madres en prisión. Historia de las Cárceles de Mujeres a través de su vertiente maternal*. Granada: Comares, 2006.
2. Daroqui, Alcira; Rangugni, Victoria. Mujeres encarceladas en la Argentina, una investigación sociojurídica. In: Begalli, Roberto; Riveira Beiras, Iñaki; Bombini, Gabriel (comps.). *Violência y sistema penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

a manutenção dos vínculos das mulheres presas com filhos recém-nascidos e ainda pequenos. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal de 1984, na esteira das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos das Nações Unidas (1950), propugna de forma específica para a mulher, entre outros aspectos, ensino de acordo com sua condição, estabelecimento adequado à sua condição pessoal, possibilidade de implantação de seção para gestante e parturiente e creche para seus filhos (arts. 19, parágrafo único, 82, § 1.°, e 89 da LEP). Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 veio assegurar o direito a condições para que a mulher permaneça com seus filhos durante o período da amamentação (art. 5.°, L). Apesar desses avanços legais é possível afirmar que quase a totalidade da estrutura penal e penitenciária criada quando do estabelecimento da Lei de Execução Penal em 1984, e que ainda se mantém em funcionamento, foi pensada para a promoção da justiça e o aprisionamento masculino.[3] Exemplo dessa situação é a Lei 10.792/2003, que alterou o art. 52 da LEP, estabelecendo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o qual, contudo, não contemplou a situação das mulheres. No caso, tal regime estabelece isolamento severo de até 360 dias, o que lhe dificulta ou impede o contato com os filhos e família. Desse modo, o fato da mulher ser um sujeito ausente do discurso punitivo não a torna imune às sequelas do poder punitivo. Isto porque o fato de a execução penal ser indubitavelmente androcêntrica, traz, para a realidade das práticas punitivas uma invisibilidade dessa na problemática.[4]

Associa-se a esses elementos o fato de que a tardia absorção das questões de gênero no âmbito jurídico penal, é praticamente coincidente com o ocaso do ideal ressocializador, o que fica evidente pelas claras "estratégias que tienden a garantizar la gobernabilidad de la cárcel ancladas en lógicas de incapacitación, que han dejado atrás aquellas que respondían a la propuesta 'curativo-custodial'".[5]

Por outro lado, a mencionada característica discriminatória e excludente das prisões brasileiras faz destas locais de violações de direitos, na medida em que aspectos como saúde, educação, trabalho, vinculação familiar, previstos na Lei de Execução Penal, na Constituição Federal

3. Yagüe Olmos, Concepción. Op. cit.

4. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminologia, aproximación desde una megem.* Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993.

5. Daroqui, Alcira; Rangugni, Victoria. Op. cit., p. 93.

e nos tratados internacionais, são sistematicamente descumpridos.[6] Da mesma forma, o direito de ter o devido processo legal efetivado fica fragilizado pela dificuldade de acesso a algum tipo de defesa e pela demora na concessão dos benefícios jurídicos. Como mostram os dados registrados pelo Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier,[7] mais de 90% dos processos que tramitam na fase pós-condenatória ficam sob a responsabilidade da Defensoria Pública, que possui dificuldades de aparelhamento e de pessoal quase instransponíveis para dar conta dessa demanda.[8] Além disso, constata-se a ausência de programas de tratamento especificamente dirigidos à problemática da mulher presa, fato agravado pelo grande número de mulheres que cumprem pena em prisões masculinas.[9]

É possível considerar que a situação das mulheres presas define-as como sujeitos que vivem dimensões superpostas de opressão[10] as quais se expressam na história de vida, no delito cometido, no processo

6. Como exemplos: direito a ser recolhida em estabelecimento próprio e adequado a sua condição pessoal art. 82, § 1.°, da LEP; art. 5.°, XLVIII, da CF e n. 23 das Regras Mínimas para oTratamento de Presos das Nações Unidas; direito a terem asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação (art. 5.°, L, da CF); direito a berçário para amamentação nas unidades prisionais (art. 83, § 2.° da LEP); direito a ter pessoal do sexo feminino trabalhando na penitenciária (art. 77, § 2.°, primeira parte, da LEP).
7. O Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier foi um projeto financiado pelo Departamento Penitenciário Nacional e realizado pelo Instituto de Acesso à Justiça (IAJ) de Porto Alegre/RS (Oscip fundada em outubro de 2002), o qual descreveu a rotina do aprisionamento feminino a partir do conjunto de sujeitos ali envolvidos, tendo como parâmetro o (des)cumprimento de direitos. O relatório completo do Observatório pode ser acessado em Wolff (2007).
8. Wolff, Maria Palma et al. *Mulheres e prisão: a experiência do Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.
9. Brasil/SEPM. Relatório final do Grupo Interministerial para a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/GTI_LivroFinalCompleto.pdf]. Acesso em: 02.10.2009.
10. Herrera Flores, Joaquim. *De habitaciones próprias y otros espacios negados*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

criminal, no cumprimento da pena e no retorno à liberdade. Assim, vai se compondo um processo que conduz a que algumas mulheres fiquem mais vulneráveis ao sistema de justiça criminal, caracterizando a construção seletiva da criminalidade.[11] Tal situação referenda os valores que levam a que as desigualdades sejam naturalizadas e as injustiças, desconsideradas. Nesta direção está a tendência verificada nos últimos anos, não só no Brasil, mas em âmbito mundial, quanto ao aumento da expectativa de que o controle social ocorra de uma forma mais repressora e que a resolução dos problemas e conflitos sociais ocorra no âmbito penal. Verifica-se um incremento das políticas penais e penitenciárias que levam a um maior encarceramento das camadas mais pobres da população. Compensa-se, assim, a ausência do Estado Social pela presença do Estado Penal.[12]

Desde a década de 80 vem sendo constatado um significativo aumento na taxa de encarceramento no Brasil, a qual passou de 178,3 presos por 100 mil habitantes em 2002, para 198,3 em 2005, o que significa um aumento de 9,2%.[13] Também conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen), no ano de 2006, 13% dos homens que estavam presos o eram em razão da prática do delito de tráfico de drogas, índice que passa para 40% no caso das mulheres. No Rio Grande do Sul, os dados do Observatório de Direitos Humanos indicam que no ano de 2006 68% das condenações femininas definitivas relacionavam-se a crimes envolvendo drogas.[14]

O grande crescimento de mulheres presas por tráfico de drogas ou tipos penais afins não é uma realidade apenas do Brasil, pois é também relatada em trabalhos sobre aprisionamento feminino em países como

11. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito. In: KARAM, Maria Lúcia. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
12. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
13. NEV/USP. *Terceiro relatório sobre direitos humanos no Brasil*, 2007. Disponível em: www.iea.usp.br/iea/3relatoriodireitoshumanosbr.pdf .Acesso em: 14.04.2009.
14. WOLFF, Maria Palma et al. *Mulheres e prisão*... cit.

Portugal, México, Espanha, Estados Unidos e Inglaterra.[15] Tais estudos indicam que o significativo índice de mulheres condenadas por tráfico de drogas está relacionado à questão de gênero, ocorrendo tanto pela dependência ao companheiro como pela necessidade de sustentar os filhos e a família. A superioridade da taxa de aprisionamento feminino nos delitos de tráfico de drogas indica, além do aumento real da prática desses delitos pelas mulheres, um novo enfoque de seletividade criminal, ou seja, uma reação jurídica e política pela possibilidade de as mulheres deixarem de lado os tradicionais papéis de feminilidade e passividade.

2. Mulheres, drogas e lei

Diferentes fatores compõem o quadro da participação das mulheres no universo da droga, entre os quais se destaca o fato de que o tráfico lhes abre novas oportunidades econômicas. Essa atividade ilícita não requer força física e não se contrapõe às limitações de mobilidade decorrentes das responsabilidades domésticas e da maternidade. Dentre as diferentes formas de comercialização da droga está a de uma organização empresarial com estrutura hierarquizada, formal e com a presença de chefes e subalternos. Outra maneira de comercialização ocorre por meio de distribuição *free-lance*, em que as barreiras para ingresso naquele que seria um território exclusivamente masculino são menores. Especialmente neste caso, as atividades vinculadas ao tráfico tornam-se extensivas, ou seja, trata-se de uma oportunidade de trabalho no próprio domicílio, muitas vezes realizada de forma associada com outras atividades ilegais ou informais. Essa forma de comercialização também possibilita que, em alguns casos, as mulheres tenham apenas um envolvimento parcial com o tráfico, pelo assessoramento episódico como parentes, amigas e vizinhas, não como assalariadas ou como chefes de uma organização.[16]

15. Almeida, Elizabet. Women's imprisonment in Spain. *Punishment and Society*, vol. 7, Londres, 2005. Bull, Melissa. A comparative review of best practice guidelines for the diversion of drugs related offenders. *International Journal of Drug Policy*, vol. 16, 2005. Disponível em: http://www.ijdp.org/article/S0955-3959(05)00077-0. Corcoran, Mary. *The political imprisonment in Northen Ireland*. Devon: Willan Publishing. 2006. Cunha, Manuela Ivonne. *Entre o bairro e a prisão: trafico e trajectos*. Lisboa: Fim de Século, 2002. Carlen, Pat; Tombs, Jacqueline. Reconfigurations of penality: the ongoing case of the women's imprisonment and reintegration industry. *Theoretical Criminology*, vol. 10, Londres, 2006.

16. Cunha, Manuela Ivonne. *Entre o bairro...* cit.

O contexto de criminalização e penalização das mulheres relacionado com o uso e o tráfico de drogas está vinculado também às mudanças empreendidas no campo da política criminal nas últimas décadas. Tais alterações seguem duas tendências: uma que prevê um tratamento mais ameno para os usuários e portadores de pequenas quantidades de droga, com a possibilidade de administração de penas e medidas alternativas à prisão ou de participação em programas de tratamento; outra que se dirige ao agravamento das penas para delitos considerados mais graves, como é o caso do tráfico de drogas. Aparentemente, tais modificações poderiam levar a um equilíbrio nos índices de encarceramento. No entanto, não é o que se observa na realidade, já que as consequências do agravamento das penas e de haver maiores restrições para alcançar os benefícios jurídicos, como progressão de regime, livramento condicional e indulto, terminam gerando um efeito cumulativo e, consequentemente, o aumento do número de mulheres presas.[17]

Verifica-se a dificuldade do sistema de aplicação da justiça em abandonar práticas que sejam desvinculadas da lógica da simples aplicação da lei penal, sem uma perspectiva constitucional ou de direitos humanos. Também se faz necessário mencionar que o conjunto de instrumentos nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos dos presos, da mesma forma como ocorre nas demais áreas, como dos direitos socais, termina por não ser efetivado. Essa situação se agrava no caso das mulheres, já que a lei parte de uma pressuposta generalização masculina. Nesse sentido, Ferrajoli[18] refere o mundo institucional pensado e organizado por e para os homens; por isso, "la diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al gênero femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad femenina". Os aportes do autor são relevantes especialmente quando se verifica que desde a década passada a droga vem se constituindo como um denominador comum no perfil da população carcerária feminina. No entanto não é verificada nenhuma

17. Idem.

18. Ferrajoli, Luigi. *Igualdad y diferencia de genero*. Coleción Miradas, n. 2. México: Consejo Nacional para Prevenir la Disciminación, 2005. Disponível em: www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1952. Acesso em: 14.04.2009.

diferenciação de gênero na condução do processo penal, incidindo sobre o mesmo uma uniformização quase absoluta.

2.1 Lei 11.343/2006

No caso brasileiro, a repressão legal às drogas, vem sendo tratada a partir de uma perspectiva maniqueísta e dicotomizadora que identifica ou o usuário como dependente, ou o traficante como delinquente.[19] Considera-se como marco desse tratamento a Lei 6.368, de 1976, o qual, foi potencializado pela ampliação da rigidez penal ao tráfico que passou a ser considerado crime hediondo pela Lei 8.072, de 1990. Esse contexto legal restringia o tratamento da questão da droga à punição penal. Com a aprovação em 2006, da Lei 11.343, ocorreu uma mudança no enfoque dessa questão pela instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), o qual prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, além de estabelecer normas para repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito, definindo os tipos penais correspondentes. Portanto, esta lei tem o objetivo de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção, tratamento e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão ao tráfico e, ainda, promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país.

Entre os princípios estabelecidos, o art. 4.º da Lei 11.343/2006 refere o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e às diversidades e especificidades populacionais, advogando ainda a busca de consensos nacionais, de ampla participação social e de responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade. Reconhece, também, a intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas e a importância da integração das estratégias nacionais e internacionais tanto para prevenção do uso de drogas, como para a atenção e reinserção social de usuários e dependentes. Esta perspectiva integradora deve estar presente ainda no que tange à repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito, buscando, por meio de abordagem multidisciplinar, a observância do equilíbrio entre todas estas atividades.

19. CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. Ação em rede. Disponível em: www.cenpec.org.br/modules/xt_conteudo/index.php?id=214. Acesso em: 20.04.2010.

Entre as condutas puníveis pela Lei estão a posse da droga para o consumo pessoal[20] e o tráfico de drogas, incluindo a associação ao tráfico, categorias em que se enquadra a maior parte dos delitos cometidos pelas mulheres. Com relação à posse de drogas para consumo, a Lei está orientada por uma política terapêutica, sugerindo medidas alternativas à prisão, com penas como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo. Dessa forma, é possível afirmar que, efetivamente, tal artigo se coaduna com as principais diretrizes políticas arroladas para o Sisnad no combate e repressão às drogas e seu consumo, conforme acima explicitadas. No entanto, tais dispositivos terapêuticos devem ser questionados tanto quanto à legitimidade de seu caráter impositivo, bem como no que tange à possibilidade de o Estado, por meio das políticas públicas, realmente efetivar programas que alcancem os resultados esperados.

Por outro lado, a lei agravou a punição relativa ao delito de tráfico de drogas, conforme está contemplado em seu art. 33 da Lei 11.343/2006 em comparação com o art. 12 da Lei 6.368/1976 (lei anterior), pois houve um aumento da pena mínima de três para cinco anos. Além disso, a equiparação já existente desse delito àqueles de caráter hediondo – Lei 8.072/1990 – eleva os patamares temporais para obtenção de direitos em sede de execução penal. Esse novo contexto legal, somado ao grande número de mulheres presas por delitos de tráfico de drogas, torna possível inferir que os novos parâmetros legais possuem especial repercussão para o público feminino em regime fechado, já que os regimes de semiliberdade e o livramento condicional são alcançados em períodos mais elevados. Como mencionado anteriormente, as mulheres acabam permanecendo mais tempo encarceradas, pela maior incidência de delitos de tráfico.[21] Exemplo disso é a comparação que pode ser feita entre a pena mínima cominada ao tráfico, em torno de cinco anos, a qual

20. A expressão "posse de drogas para consumo pessoal" engloba todas as condutas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006: "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 (...)".

21. Moraes, Márcia Elayne Berbich de; Torelly, Marcelo Dalmás. Política criminal penitenciária e a atuação dos Poderes do Estado: o caso da Progressão de regime prisional nos delitos hediondos. *Revista de Estudos Criminais*, n. 28, Sapucaia do Sul: Notadez, jan.-mar. 2008, p. 183-192.

alcança o prazo para solicitação da progressão de regime em dois anos,[22] com a pena média mínima de crime de roubo praticado com arma de fogo, em torno de cinco anos e quatro meses, sendo possível pleitear a progressão de regime com dez meses e vinte dias[23] de cumprimento de pena.

No entanto, a grande dificuldade diante de uma ocorrência envolvendo drogas está em como definir se o objetivo do ato tipificado era a posse para consumo ou para o tráfico. A Lei em vigor disciplina tal questão no § 2.º do art. 28, dispondo como prerrogativa do juiz a definição do crime praticado, avaliando a natureza e quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. Dessa forma, enquanto o sistema criminal seleciona aquelas definidas como traficantes para serem condenadas, desconsidera que muitas vezes também são usuárias de drogas e que percebem o delito como uma alternativa de sobrevivência ou de forma para sustentar a dependência. A visualização do delito pelo entendimento acerca da autonomia da mulher diante do crime praticado, no caso da categoria intermediária – traficantes que são dependentes –, é superficial e não enfrenta a complexidade da questão. Assim, existe uma linha tênue que separa as usuárias da droga do pequeno tráfico, uma vez que muitas dependentes traficam para sustentar seu vício.

Esse aspecto alerta para os problemas existentes no que se refere à aplicação da política criminal prevista na Lei 11.343/2006, uma vez que o Brasil legislou em consonância com as propostas do modelo europeu de redução de danos, distinguindo o usuário, não considerado criminoso, do traficante. Basta lembrar que o Sisnad, como já mencionado, objetiva a adoção de medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. No entanto, o que se verifica é que a concepção binária da lei não contempla objetivos relativos ao usuário e dependente que pratica concomitantemente o tráfico de drogas, uma vez que não considerou tal categoria na formulação de suas políticas públicas. Ressalta-se que é nessa categoria que

22. 2/5 de pena cumprida – Lei 11.464/2007, a qual modificou as frações temporais para progressão de regime em delitos hediondos e equiparados como o tráfico de drogas.

23. 1/6 de pena cumprida – art. 112 da LEP (Lei 7.210/1984), para os crimes comuns.

grande parte das mulheres se enquadra, pois é possível observar que as mesmas geralmente ocupam papel menos importante na organização do tráfico, ou o fazem somente porque também são usuárias e dependentes e necessitam do comércio para poder acessar a droga.[24]

A dimensão dessas questões levanta dúvidas quanto ao aspecto preventivo disposto pela Lei 11.343/2006 para a política criminal, uma vez que, embora seja evidente a crescente participação feminina ativa no tráfico, não se discutem formas de minimização dessa participação, priorizando-se apenas o aspecto repressivo da Lei de Drogas, o qual se expressa tanto no aparato policial como no âmbito processual. Tais instituições não são nada mais do que meros corredores ou condutores que deságuam na execução penal.

3. Contexto prisional das mulheres

O ingresso da mulher na rede de tráfico é influenciado e facilitado pela presença de arranjos familiares, proximidades na vizinhança e redes comunitárias. Assim, muitas vezes a prisão resulta de conexões com pessoas para quem a quebra da lei faz parte de seu cotidiano. Tal fato conduz a uma relativização de noções correntes sobre o universo da droga, as quais surgem equivocadamente associadas à crise dos valores da família e à desagregação social, quando é precisamente nos "ditos valores familiares e nas redes tradicionais que o tráfico se assenta".[25] Deste modo, é possível inferir que o aumento da participação feminina no tráfico de drogas está relacionado com os demais arranjos e relações existentes na sociedade, entre as quais a maior participação da mulher no mercado de trabalho e a chefia feminina nas famílias monoparentais. Tais aspectos determinam sua responsabilização pela manutenção familiar e a necessidade de buscar fontes de renda, não encontradas no mercado de trabalho e nas políticas assistenciais.

A realidade observada nas prisões femininas brasileiras, em razão de suas precárias condições, extrapola qualquer justificativa legal ou administrativa. As graves violações de direitos, reproduzem a mesma carência e desamparo existente nas prisões masculinas, fatores que são ainda mais gravosos no caso das mulheres presas, pelo fato de que, por serem em grande parte responsáveis pela família monoparental, recebem

24. Brasil. Relatório final... cit., 2007.

25. Cunha, Manuela Ivonne. *Entre o bairro...* cit., p. 180.

menos visitas do que os homens presos. Não se trata apenas de condições inadequadas de habitabilidade e salubridade e de recorrência de tortura e maus-tratos no cotidiano do cumprimento de penas, já que agrega-se a reprodução de forma mais incisiva e agravada das recorrentes violações de gênero praticadas contra as mulheres Os estudos produzidos sobre a realidade das prisões femininas no Brasil convergem em muitos pontos ao elencar as diversas infrações de direitos ali praticadas. O Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007) realizado por um grupo de instituições da sociedade civil e o Relatório do Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier – Depen/IAJ (2006) abordam as diferentes expressões dessas infrações. As questões apontadas nesses documentos alcançam tanto a legislação local como os tratados internacionais de defesa de direitos, entre os quais as Regras Mínimas para Tratamento de Presos das Nações Unidas, a Convenção de Belém do Pará e o Tratado Internacional dos Direitos da Mulher.

Entre o extensivo rol de infrações mencionadas nesses relatórios citam-se: absoluta falta de assistência e de condições mínimas de existência; prática de tortura e violências; não garantia de visitas íntimas; desrespeito aos direitos sexuais das presas; falta de atendimento adequado à mulher grávida e à criança no cárcere; traumático procedimento de separação entre mãe e filhos; falta de padronização do tempo de convívio da mãe com a criança recém-nascida ou impossibilidade total de tal convivência; inadequação do espaço físico destinado à permanência de crianças; revistas vexatórias às visitas; inexistência de capacitação de profissionais para tratamento e prevenção ao uso de drogas lícitas e ilícitas; necessidade de estruturação de processos de valorização e formação continuada dos profissionais que trabalham no sistema prisional; falta de oferta de educação, já que a que existe é insuficiente, precária e desarticulada; necessidade de qualificação profissional; falta de formação integrada; morosidade, padronização excessiva e ineficiência da tramitação de processos nas Varas de Execução Penal; não aplicação de penas alternativas; não consolidação dos Conselhos da Comunidade; cumprimento de pena em locais inadequados e/ou em prisões masculinas. Verifica-se, portanto, que as mulheres não são privadas só de seu direito à liberdade, mas também de seu direito à intimidade, à maternidade, à privacidade, à saúde, inclusive sexual e reprodutiva, ao acesso à Justiça e à segurança pessoal.

Os aspectos citados remetem à constatação do enfraquecimento da função reabilitadora da pena e o abandono dos ideais especial-preven-

tivos. Cada vez mais "la carcel del presente es legitimada por la búsqueda de eficiência, de racionalidad técnica y pragmático-operativa en el marco de un reconocido y progresivo deterioro de las condiciones internas y un marcado refuerzo de las instancias disciplinarias".[26] Assume-se, assim, a despeito de sua manutenção do texto legal, a substituição da perspectiva ressocializadora da prisão pela de neutralização do criminoso, demonstrando o que Wacquant[27] menciona como substituição do Estado Social pelo Estado Penal.

O contexto de violações e a naturalização com que é tratado pelas instituições do campo sociojurídico remetem à análise que diferentes autores realizam, indicando uma significativa desvalorização da pessoa humana, o que se expressa de forma contundente no caso da mulher presa. Nesse sentido, a vida daquelas que cumprem pena pode ser considerada uma expressão do que Agamben[28] refere como "vida nua", que é aquela que não merece a pena ser vivida, ou no que Castel[29] fala dos "sobrantes", aqueles que nunca terão chance de ingressar efetivamente no mercado de trabalho. Bauman[30] associa algumas pessoas consideradas "descartáveis" com o destino que a sociedade contemporânea dá ao seu lixo, ou seja, entendo que o que sobra não tem retorno, devendo apenas ser neutralizado e, em casos extremos, eliminado. Além disso, no caso das mulheres, tem-se a noção de "corpo abjeto", que Butler[31] menciona como aquele que não tem valor, que produz repulsa; são os corpos cujas vidas não são consideradas "vidas" e cuja materialidade é entendida como "não importante". Tais aspectos hierarquizam as relações entre homens e mulheres, constroem desigualdades e reprimem condutas; precedem o ingresso na prisão, mantêm-se durante o processo de criminalização e penalização e projetam-se para a liberdade, realimentando o processo de construção das dimensões superpostas de exclusão.[32]

26. Daroqui, Alcira; Rangugni, Victoria. Op. cit., p. 94.
27. Wacquant, Loïc. Op. cit.
28. Agamben, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua.* Belo Horizonte: UFMG, 2002.
29. Castel, Robert. *As metamorfoses da questão social.* Petrópolis: Vozes. 1999.
30. Bauman, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
31. Butler, Judit. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
32. Herrera Flores, Joaquim. Op. cit.

A mulher presa no Brasil hoje é jovem, mãe solteira, afrodescendente, com baixa escolaridade, desempregada ou subempregada, oriunda de camada social desprovida de recursos e, na maioria dos casos, condenada por envolvimento com tráfico de drogas. Apresenta um vínculo tão forte com a família que prefere permanecer em uma cadeia pública, insalubre, superlotada e inabitável, mas com chance de receber a visita de sua família e filhos, a ir para uma penitenciária distante, onde poderia eventualmente ter acesso à remição da pena por trabalho ou estudo e a cursos de profissionalização, além de encontrar melhores condições de habitabilidade.[33]

Quando do ingresso na prisão, a mulher, ao se deparar com o contexto de infrações de direitos presentes no sistema penitenciário, somado à sua realidade sociofamiliar, é impingida a buscar alternativas para a preservação de seu papel enquanto chefia familiar e manutenção dos filhos. Constata-se que a dificuldade para a manutenção e cuidado dos filhos, agravada pelo seu ingresso na prisão, é minimizada por uma rede de parentesco e vizinhança. A fragilidade da retaguarda existente, tanto no âmbito das políticas penitenciárias como nas políticas sociais, faz com que este recurso informal se constitua como um impotante instrumento de proteção. Não é difícil encontrar situações em que a pena é cumprida na companhia de parentes e vizinhas; "além disso, o círculo da parentela e da vizinhança que permanece lá fora encontra-se entrelaçado com os círculos da parentela e da vizinhança dos correclusos. Dessa forma (...) a trama social da prisão se tornou verdadeiramente translocal por via das redes que a atravessam e a ligam permanentemente ao exterior".[34]

As características que compõem o perfil da população carcerária feminina e o amplo espectro de infração de direitos descritos vão se refletir na forma como as relações sociais se delineiam no interior da prisão. Estes dois aspectos estão também definidos pelas modificações políticas e institucionais que vivenciamos na contemporaneidade, produzindo novos contornos na organização dessa instituição.

33. Brasil. Relatório final... cit., 2007; Diogenes, Jôsie Jalles. *Tráfico ilícito de drogas praticados por mulheres no momento do ingresso em estabelecimentos prisionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Wolff, Maria Palma et al. *Mulheres e prisão*... cit.

34. Cunha, Manuela Ivonne. Prisão e sociedade: modalidades de uma conexão. In: Cunha, Manuela Ivonne (org.). *Aquém e além da prisão – cruzamentos e perspectivas*. Lisboa: 90 Graus, 2008, p. 26.

4. Redes de dentro e de fora

Um fato a destacar no entendimento da vida na prisão hoje é que se encontra mais controlada do exterior. Aspectos como saúde, educação e trabalho dependem, para sua efetivação, de programas oriundos das políticas sociais e não de programas especificamente dirigidos à população presa. Outras questões, como o aumento da população carcerária, a introdução de tecnologias, como, por exemplo, a informatização dos processos penais e ampliação do acesso ao telefone, possibilitam um pequeno, mas significativo, aumento da autonomia individual, normalmente ausente do universo prisional.

Compõem ainda a ideia de maior permeabilidade entre o universo prisional e a sociedade, a extensão e a forma de organização das redes de tráfico, a existência de superpopulação carcerária, o fato do controle dos presos ser entregue cada vez mais aos próprios presos, e o número de visitantes, decorrente do aumento da população carcerária. Estes aspectos indicam que a vida na prisão, na forma como era compreendida, fechada e formalmente administrada, deve ser pensada a partir de novos parâmetros. Associado a esta questão está também o enfraquecimento, ou a derrocada, da crença no caráter ressocializador da prisão, fazendo com que sua faceta instrumental punitivista se torne inconteste. Com isso é possível afirmar que "tão rapidamente a prisão se desideologizou e o penitenciário deixou de reclamar para si um programa próprio tão aceleradamente se tornou menos total e mais heterodeterminada".[35]

Cabe destacar, de acordo com a experiência de muitos países ocidentais, que a maior parte das funções assistenciais realizadas no âmbito da família ou em nível de comunidade é realizada por mulheres,[36] especialmente nas camadas mais baixas da população as iniciativas solidárias de assistência e cuidado fazem parte da organização cotidiana da família e da comunidade. Assim, as dificuldades existentes no âmbito familiar, que são agravadas pelo ingresso na prisão, só serão minimizadas por uma rede de parentesco e vizinhança. A fragilidade da retaguarda existente, tanto no âmbito das políticas penitenciárias como nas

35. Cunha, Manuela Ivonne. *Entre o bairro...* cit., p. 58.

36. Serapione, M. O papel da família e das redes primárias na reestruturação das políticas sociais. 2005. Disponível em: www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1413-81232005000500025&script=sci_arttext. Acesso em: 04.03.2010.

políticas sociais, faz com que sejam criados ou potencializados vínculos e relações, os quais passam a se constituir em instrumentos de proteção. Assim, emergem as redes que "sugerem uma teia de vínculos, relações e ações entre indivíduos e organizações. Elas se tecem ou se dissolvem continuamente em todos os campos da vida societária; estão presentes na vida cotidiana (nas relações de parentesco, nas relações de vizinhança, nas relações comunitárias), no mundo dos negócios, na vida pública e entre elas.[37]

Especialmente em relação à mulher presa, as redes sociais fazem frente à exclusão sofrida já que é característico das mesmas atribuir identidade às pessoas fragilizadas em sua inserção nos segmentos sociais, ajudando-as a descobrir recursos para o enfrentamento das questões postas pela realidade. O espaço social da prisão intercala-se assim às redes de parentesco e vizinhança, as quais se transpõem coletivamente do mundo exterior. Entram em jogo então amigos, parentes e vizinhos na busca de alternativas para o cuidado dos filhos, acesso à defesa, carta de trabalho para facilitar a saída; a resolução das questões postas irá depender das relações estabelecidas antes da prisão, uma vez que os serviços existentes no âmbito das políticas penitenciárias não conseguem atender as demandas. Carvalho[38] refere que a existência de múltiplas redes está calcada "nas necessidades humano-sociais que colocam em movimento a busca de interação e formação de vínculos afetivos, de apoio mútuo, para empreendimentos socioeconômicos políticos ou culturais. Uma rede envolve processos de circulação de informações e conhecimentos, articulação, participação, cooperação".

Apesar das redes possuírem uma estrutura horizontal e extensiva, e de sua organização ser não hierárquica e espontânea, as mesmas não estão isentas de relações de poder e de dependência nas associações que estabelecem. Assim, "de forma diferente das instituições, as redes não supõem necessariamente um centro hierárquico e uma organização vertical, sendo definidas pela multiplicidade quantitativa e qualitativa dos elos entre os seus diferentes membros, orientada por uma lógica associativa".[39] São formadas a partir de interesses ou valores comuns

37. Carvalho, Maria do Carmo Brant de. Op. cit.

38. Carvalho, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

39. Marteleto, Maria Regina. Análise de redes sociais – aplicação nos estudos de transferência da informação. *CI. Inf.*, vol. 30, n. 1, Brasília, jan.-abr.

entre seus participantes que podem demandar tomada de decisões em vários níveis, direitos e responsabilidades. Assim, as redes sociais e os arranjos familiares e práticas de consumo cotidianas são mantidos e reproduzidos na eventualidade de a mulher ser recolhida ao cárcere. "Ao ser presa, por conseguinte, uma pessoa não é mais inteiramente extirpada do seu universo social. Segmentos importantes deste universo são deslocados com ela. (...) Assim, estas redes de conhecimento pré-constituídas começam por situar a prisão na continuidade e não na ruptura com o exterior".[40]

Essa situação pode ser exemplificada, no caso das mulheres presas por tráfico de drogas, as quais possuem um histórico de vida com interfaces tanto com o aprisionamento no âmbito familiar, quanto com a proximidade com a realidade da droga. Dados empíricos,[41] obtidos na maior penitenciária feminina do Rio Grande do Sul, demonstram que 50,3% das aprisionadas por delitos relativos a drogas, tinham como local do crime a própria casa. Ainda, o percentual de 20,1% vincula o local do delito à casa de terceiros ou ao sistema prisional (habitualmente em visita aos companheiros). O mesmo estudo revela que uma das variáveis analisadas e que possui frequência relevante nas apenadas recolhidas por delitos de drogas, refere-se ao histórico de familiar. Ou seja, a análise do retrospecto de vivência das condenadas por drogas indica que um percentual de 70,9% com incidência de familiares que cumpriram pena e, ainda, que 64% destas presas possuem histórico anterior de visitas à prisão.

Os estudos sobre a realidade e o cotidiano das prisões femininas tem demonstrado que a vivência com o cárcere já existe previamente em muitas histórias de vida das presas e que em diversos casos há concomitância com a prisão do companheiro ou de outros familiares. É possível afirmar então, que diferentes aspectos presentes na contemporaneidade fazem com que as relações sociais estabelecidas no interior da prisão já não correspondam somente ao modelo de "instituição total" definido

2001, p. 73. Disponível em: http://revista.ibict.br/index.php/ciinf/article/view/226/201. Acesso em: 22.05.2010.

40. Cunha, Manuela Ivonne. *Entre o bairro...* cit., p. 195.

41. Mello, Daniela Canazaro de. *Quem são as mulheres encarceradas?* Dissertação de mestrado, Porto Alegre, PUC-RS, 2008. Orientação: Profa. Dra. Irani de Lima Argimon.

por Goffman.[42] As determinações sociais e econômicas hoje existentes, fazem com que a vida totalmente regrada internamente e a ruptura com o mundo exterior delineadas pelo autor já não se configurem com a mesma intensidade e gradativamente, estabelecem-se novos padrões de interação. Nas relações que remetiam a um aprendizado de humildade, com o estabelecimento de vínculos de dependência e proximidade entre os funcionários e as presas, hoje, o máximo que ambas as partes esperam, é que seja estabelecida uma relação contratual de respeito mútuo.

5. Considerações finais

Como pode ser observado, o envolvimento com o tráfico, ou com o uso de substâncias entorpecentes, constitui-se no maior fator de encarceramento feminino na atualidade. A forma como são delineadas as relações no mundo do tráfico sugere, mais uma vez, a participação periférica das mulheres e, assim, a reprodução de questões sociais expressas no âmbito das relações de gênero e das desigualdades sociais. Tais aspectos vão compor o ingresso no universo da droga, mas estarão também presentes no processo de criminalização e após, durante a execução penal. A partir do contexto apresentado, denota-se um conjunto de ligações ou relações sociais que as presas estabelecem, dando sequência, mesmo na prisão, a sua centralidade no papel de organização e manutenção da família. Isto porque a condição de feminização da pobreza[43] e suas consequências são potencializadas pelo cumprimento da pena.

Deve ser destacado que o crescente processo de exclusão e de violações de direitos humanos das mulheres, potencializado com o encarceramento, não se esgota nas mesmas, já que também repercute em seus núcleos familiares e, especialmente, em seus filhos. Nesta perspectiva, a implementação da Lei 11.343/2006 que vem ocorrendo apenas em seu aspecto repressivo e a falta de efetivação de programas preventivos potencializam e evidenciam as violações verificadas no âmbito da seletividade e execução da pena de mulheres.

Diante do exposto, fica clara a necessidade de priorização do tema, de forma interdisciplinar e intersetorial, já que o mesmo não diz

42. Goffman, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Pespectiva, 1974.

43. Behring, Elaine Rossetti; Boschetti, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006.

respeito apenas à política criminal. É urgente o estabelecimento de uma lógica preventiva com a intervenção das políticas sociais como saúde, educação e assistência social, para que a utilização dos pressupostos jurídico-penais definidos pelo Sisnad ocorra apenas em última instância, quando as demais esferas já falharam ou não puderam ser aplicadas. A contundência dos dados apresentados sobre o significativo aumento do encarceramento feminino devido às drogas e os estudos sobre as consequências do mesmo para o universo familiar das presas, revelam a urgência do repensar essa lógica repressora vigente. Uma compreensão da mulher envolvida em delitos de drogas, aquém e além do sistema penal, teria impacto no sentido de diminuição do número de presas, repercutindo em seus grupos familiares. Este fato, aliado às ações das políticas sociais, contribuiria para o enfrentamento das vulnerabilidades familiares e para a diminuição da reprodução da criminalização destes grupos sociais que atualmente gira em torno do universo da droga.

6. Referências bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua.* Belo Horizonte: UFMG, 2002.

Almeida, Elizabet. Women's imprisonment in Spain. *Punishment and Society*, vol. 7, Londres, 2005.

Andrade, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Bauman, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

Behring, Elaine Rossetti; Boschetti, Ivanete. *Política social: fundamentos e história.* São Paulo: Cortez, 2006.

Brasil/SEPM. Relatório final do Grupo Interministerial para a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/GTI_LivroFinalCompleto.pdf]. Acesso em: 02.10.2009.

Bull, Melissa. A comparative review of best practice guidelines for the diversion of drugs related offenders. *International Journal of Drug Policy*, vol. 16, 2005. Disponível em: [http://www.ijdp.org/article/S0955-3959(05)00077-0]. Acesso em: 20.11.2009.

Butler, Judit. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Carlen, Pat; Tombs, Jacqueline. Reconfigurations of penality: the ongoing case of the women's imprisonment and reintegration industry. *Theoretical Criminology*, vol. 10, Londres, 2006.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. Ação em rede. Disponível em: [http://www.cenpec.org.br/modules/xt_conteudo/index.php?id=214]. Acesso em: 20.04.2010.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Petrópolis: Vozes, 1999.

CORCORAN, Mary. *The political imprisonment in Northen Ireland*. Devon: Willan Publishing, 2006.

CUNHA, Manuela Ivonne. *Entre o bairro e a prisão: trafico e trajectos*. Lisboa: Fim de Século, 2002.

_____. Prisão e sociedade: modalidades de uma conexão. In: CUNHA, Manuela Ivonne (org.). *Aquém e além da prisão – cruzamentos e perspectivas*. Lisboa: 90 Graus, 2008.

DAROQUI, Alcira; RANGUGNI, Victoria. Mujeres encarceladas en la Argentina, una investigación sociojurídica. In: BEGALLI, Roberto; RIVEIRA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comps.). *Violência y sistema penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

DIOGENES, Jôsie Jalles. *Tráfico ilícito de drogas praticados por mulheres no momento do ingresso em estabelecimentos prisionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Igualdad y diferencia de genero*. Coleción Miradas, n. 2. México: Consejo Nacional para Prevenir la Disciminación, 2005. Disponível em: [http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1952] Acesso em: 14.04.2009.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Pespectiva, 1974.

HERRERA FLORES, Joaquim. *De habitaciones próprias y otros espacios negados*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

MARTELETO, Maria Regina. Análise de redes sociais – aplicação nos estudos de transferência da informação. *CI. Inf.*, vol. 30, n. 1, Brasília, jan.-abr. 2001, p. 71-81. Disponível em: [http://revista.ibict.br/index.php/ciinf/article/view/226/201]. Acesso em: 22.05.2010.

MELLO, Daniela Canazaro de. *Quem são as mulheres encarceradas?* Dissertação de mestrado, Porto Alegre, PUC-RS, 2008.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de; TORELLY, Marcelo Dalmás. Política criminal penitenciária e a atuação dos Poderes do Estado: o caso da progressão de regime prisional nos delitos hediondos. *Revista de Estudos Criminais*, n. 28, Sapucaia do Sul: Notadez, jan.-mar. 2008, p. 183-192.

NEV/USP. Terceiro relatório nacional sobre direitos humanos no Brasil. 2007. Disponível em: [www.iea.usp.br/iea/3relatoriodireitoshumanosbr.pdf]. Acesso em: 14.04.2009.

SERAPIONE, M. O papel da família e das redes primárias na reestruturação das políticas sociais. 2005. Disponível em: [http://www.scielosp.org/scielo.

php?pid=S1413-81232005000500025&script=sci_arttext]. Acesso em: 04.03.2010.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WOLFF, Maria Palma et al. O direito ao defensor na execução penal: a Defensoria Pública e acompanhamento jurídico interno da Penitenciária Feminina Madre Pelletier – Seus papéis na manutenção do sistema prisional vigente. *II Ciclo de Estudos e Debates sobre Violência e Controle Social.* Porto Alegre: PUC-RS, 2006.

_____ et al. *Mulheres e prisão: a experiência do Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier.* Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

YAGUE OLMOS, Concepción. *Madres en prisión. Historia de las Cárceles de Mujeres a través de su vertiente maternal.* Granada: Comares, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia, aproximación desde una megem.* Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993.

_____. Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito. In: KARAM, Maria Lúcia. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.