Revista Brasileira de

CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 17 • n. 79 • jul.-ago. / 2009



Revista Brasileira de

CIÊNCIAS CRIMINAIS

Presidente **SÉRGIO MAZINA MARTINS**
Coordenadora **ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA**

Ano 17 • n. 79 • jul.-ago. 2009

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENADORA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENADORES ADJUNTOS – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes.

CONSELHO DIRETIVO DA REVISTA – Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, Renato de Mello Jorge Silveira, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Mauricio Genofre, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, 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, 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, Hermínio Alberto Marques Porto, 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 Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, 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, 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, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, e Sergio Moccia.

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 17 • n. 79 • jul.-ago. / 2009

Coordenadora
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 17 • n. 79 • jul.-ago. 2009

Presidente
SÉRGIO MAZINA MARTINS
Coordenadora
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

© edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

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

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

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

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda., CNPJ 52.007.010/0001-52



EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Sumário

I. Direito Penal

1. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal
   André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth 7
2. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados
   Eduardo Demetrio Crespo 41
3. Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade
   Fábio Guedes de Paula Machado 75
4. Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?
   Gustavo Balmaceda Hoyos e Ignacio Araya Paredes 101
5. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas
   Jesús-María Silva Sánchez 134
6. El problema de la alteridad en la eidética pragmatológica de Zaffaroni
   Diego Roberto Luna 158

II. Processo Penal

1. We the people...
   Marcos Zilli 185
2. Prisão especial: cautelaridade e constitucionalidade
   Renato Stanziola Vieira 209

III. Sistema Prisional

1. A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul
Luiz Antônio Bogo Chies, Ana Luisa Xavier Barros, Carmen Lúcia Alves da Silva Lopes, Leni Beatriz Correia Colares e Sinara Franke de Oliveira 251

IV. História do Direito Penal

1. A punição à feitiçaria como paradigma de um direito penal irracionalista: obscurantismo e arbítrio no pré-iluminismo
Luciano Anderson de Souza 281

V. Seção Especial: Direitos Humanos

1. O direito ao respeito pela vida privada e familiar dos doentes mentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos
Pedro Correia Gonçalves 303

VI. O Direito em Ação

1. Suprema Corte dos Estados Unidos – Herring *Vs.* United States 323
2. Grupo Bandeirantes de Comunicação e a Rádio e Televisão Record SA: parecer
Sérgio Salomão Shecaira 349
3. Ementário de Jurisprudência
André Adriano do Nascimento da Silva e Lucas Clemente Guimarães Diaz 366

Índice Alfabético Remissivo

Autores 377
Temas 379

IBCCRIM – Diretoria da gestão 2009-2010 383

Normas de publicação para autores 385



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

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

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

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Telles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli
Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tybiriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadores Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

1.ª *Região (Amapá, Maranhão e Pará)* – João Guilherme Lages Mendes

2.ª *Região (Acre, Amazonas e Roraima)* – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3.ª *Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte)* – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.ª *Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas)* – Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª *Região (Bahia e Sergipe)* – Wellington César Lima e Silva

6.ª *Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)* – Marcio Barandier

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

8.ª *Região (Minas Gerais)* – Felipe Martins Assis Pinto

9.ª *Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia)* – Francisco Afonso Jawsnicker

10.ª *Região (São Paulo)* – Ricardo Guinalz

11.ª *Região (Paraná)* – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

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

I Direito Penal

1
Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal

André Luis Callegari

Doutor em Derecho Publico y Filosofia Juridica pela Universidad Autonóma de Madrid. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e especialista em Criminologia pela PUC-RS. Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala (México) e pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México). Vice-presidente acadêmico do Instituto Iberoamericano de Derecho Penal (México). Professor visitante do Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México), na Cátedra Latino Americana de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia. Professor adjunto e coordenador executivo do Curso de Direito da Unisinos. Advogado.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Mestrando em Direito Público na Unisinos. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Unijuí. Professor da graduação em Direito da Unijuí. Bolsista da Capes. Advogado.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: O presente artigo aborda as dificuldades encontradas pelo Direito Penal brasileiro para a tipificação do crime organizado. Para tanto, primeiramente é empreendida uma análise do atual panorama da política criminal diante do processo de expansão do Direito Penal,

Abstract: This paper addresses the difficulties found by Brazilian Criminal Law to typify organized crime. Firs, it analyzes the current overview of criminal policies considering the expansion process of Criminal Law, specifically its symbolic and penalizing/efficiency bias; which,

mais especificamente nos seus vieses simbólico e punitivista/eficientista, que, em simbiose, resultam em um modelo de intervenção penal que possui vínculos bastante estreitos com o Direito Penal do inimigo defendido pelo penalista alemão Günther Jakobs. Em um segundo momento, parte-se para a análise do tratamento dispensado pelo Direito Penal contemporâneo – em especial o brasileiro – para o fenômeno das organizações criminosas diante deste contexto de expansão punitiva. Em um terceiro momento, são feitas considerações sobre o PL 150/2006, que busca a tipificação penal do crime organizado no Brasil e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, crimes correlatos e procedimento criminal a ser aplicado à referida modalidade delitiva.

Palavras-chave: Direito Penal – Crime organizado – Tipificação.

in symbiosis, is the result of a model of criminal intervention, closely connected to the Enemy Criminal Law theory defended by German professor Günther Jakobs. Then, it addresses the treatment given by contemporary Criminal Law – especially Brazilian – to the criminal organization phenomenon, within the context of the punitive expansion. Further on, it makes some considerations on Bill 150/2006, whose objective is to typify organized crime in Brazil and establish criminal investigation, means to obtain evidences, related crime and criminal procedure to be applied to the referred type of crime.

Keywords: Criminal law – Organized crime – Typification.

Sumário: 1. O processo de expansão do Direito Penal: 1.1 O Direito Penal simbólico como instrumento de comunicação diante dos "novos riscos" da sociedade contemporânea; 1.2 A retomada do punitivismo/eficientismo penal: equiparações conceituais equivocadas sob a influência do discurso da "lei e ordem"; 1.3 A simbiose entre simbolismo e punitivismo/eficientismo penal: Direito Penal do inimigo? – 2. O crime organizado diante do contexto de expansão do Direito Penal: 2.1 O (re)surgimento do crime organizado para o Direito Penal; 2.2 Dificuldades de conceituação do crime organizado; 2.3 A Convenção de Palermo: uma aproximação ao conceito de crime organizado; 2.4 Crime organizado e concurso de pessoas; 2.5 Crime organizado e formação de quadrilha – 3. Considerações sobre o PL 150/2006 – 4. Conclusões – Bibliografia.

1. O processo de expansão do Direito Penal

1.1 O Direito Penal simbólico como instrumento de comunicação diante dos "novos riscos" da sociedade contemporânea

A nova sociedade, globalizada e moderna, propiciou o aparecimento de novos riscos e sentimentos de insegurança, os quais são tributários do desenvolvimento acelerado das grandes cidades, da migração de pessoas, dos avanços tecnológicos, da ausência de fronteiras e da versatilidade

do fluxo de capitais circulantes no mundo, dentre outros tantos fatores. Estas transformações operadas na realidade social contemporânea trazem em seu bojo a preocupação cada vez mais crescente com novas formas de criminalidade, ínsitas à sociedade de risco[1] que se configura.

Neste contexto, tornou-se "senso comum" no discurso jurídico-penal contemporâneo a afirmação de que a intervenção penal pautada na teoria "clássica" do delito mostra-se obsoleta e, portanto, incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade, dado que cada vez mais, nas sociedades modernas, surgem interesses difusos, muitos deles intangíveis, a reclamar proteção do Estado. Assim, em contrapartida, estabeleceram-se rapidamente, em nome da "segurança", políticas claramente repressivas vinculadas aos temas do terrorismo, do crime organizado, do tráfico de drogas etc., que fizeram com que o Direito Penal passasse a ser alvo de freqüentes reformas que derivam 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.[2]

Para Díez Ripollés[3] é possível afirmar que o debate sobre o Direito Penal na sociedade de risco assenta-se sobre algumas constatações acerca da nova realidade social, as quais podem ser sintetizadas em três blocos. O primeiro bloco de constatações diz respeito à generalização, na sociedade moderna, dos já referidos "novos riscos", relativos às coletividades e que poderiam ser qualificados como artificiais, dado que decorrentes das novas atividades humanas ou, em concreto, como conseqüências colaterais da utilização das novas tecnologias nos diversos âmbitos sociais.

1. Segundo Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad.* Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, impondo-se a necessidade de considerar a questão da autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade. A potenciação dos riscos da modernização caracteriza, assim, a atual sociedade de risco, que está marcada por ameaças e debilidades que projetam um futuro incerto.
2. Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: Callegari, André Luís (org.). *Política criminal, estado e democracia.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81-128.
3. Idem, p. 83-84.

O segundo bloco é composto pela constatação de que é cada vez mais difícil atribuir a responsabilidade por tais riscos a pessoas individuais ou coletivas,[4] ou seja, não há critérios de distribuição de riscos que satisfaçam plenamente as exigências da imputação de responsabilidade. Por fim, no terceiro bloco de constatações, encontra-se o grande sentimento de insegurança que os dois blocos de constatações anteriores geram na população em geral. Esse sentimento "no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a el, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa redución de la solidaridad colectiva".[5]

Nesse contexto, torna-se possível afirmar que os conceitos de "risco" e "expansão" passam a ocupar o centro do processo de "modernização" do Direito Penal, expressando a idéia de que a atenção à nova realidade delitiva perpassa pela ampliação do seu campo de atuação. Com efeito, a política criminal que se apresenta para dar resposta aos novos "riscos" sociais da contemporaneidade é marcada por uma notável ampliação do âmbito da intervenção penal e pela proeminência que é dada ao Direito Penal em detrimento de outros instrumentos de controle social, ainda que à custa da implementação de um modelo de Direito Penal meramente simbólico.

Meliá, atento ao processo de expansão do Direito Penal contemporâneo, refere que, na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental, o fenômeno mais destacado é o surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.[6] Com efeito, nunca se viu uma abertura tão grande nos tipos penais,

4. Um exemplo de tal dificuldade é o debate travado no Brasil sobre a (im)possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais, após o advento da Lei 9.605/1998.

5. Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo... cit., p. 84.

6. Meliá, Manuel Cancio. "Direito penal" do inimigo? In: Callegari, André Luís; Giacomolli, Nereu José (orgs. e trads.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

fazendo com que o princípio da taxatividade fosse absolutamente olvidado.

No Brasil, uma análise mais detida de tais "reformas" do Direito Penal revela que elas são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade, por meio do processo de "importação" de discursos repressivistas gestados para atender a outros tipos de realidade social, mas que encontram alta receptividade na população brasileira. Desta forma, utilizam-se os meios de comunicação de massa como mecanismos de promoção de medidas emergenciais ao elevar a função simbólica do sistema penal eminentemente repressivo, além de fomentar crenças, culturas e valores de forma a sustentar os interesses que representam.

Ou seja, "se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espetacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable".[7] Com isso, os meios de comunicação de massa promovem, em decorrência de interesses meramente mercadológicos, um falseamento dos dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o "crime" como um rentável produto,[8] o que redunda no aumento do clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva e na conseqüente pressão sobre os poderes públicos para que as reformas penais para tanto necessárias sejam efetivamente levadas a cabo.[9] E os poderes públicos,

7. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervencíon de la política populista. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 480.

8. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1, alerta para o crescimento da indústria do controle do crime, a qual, no seu entender, ocupa uma posição privilegiada, haja vista "que não há falta de matéria-prima: a oferta de crimes parece ser inesgotável. Também não tem limite a demanda pelo serviço, bem como a disposição de pagar pelo que é entendido como segurança. E não existem os habituais problemas de poluição industrial. Pelo contrário, o papel atribuído a esta indústria é limpar, remover os elementos indesejáveis do sistema social".

9. WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *RBCCrim* 46/229-230, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2004, analisando o processo de influência dos meios de comunicação de

por sua vez, "conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan".[10]

O problema não reside no fato de que a experiência e as percepções cotidianas do povo condicionem a criação e aplicação do Direito, o que é absolutamente legítimo em um ambiente democrático, mas sim no fato de que essas experiências e percepções são atendidas pelo legislador, na maioria das vezes, sem intermediários especializados, ou seja, "sin la interposición de núcleos expertos de reflexón que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva".[11]

O Direito Penal vê-se, assim, transformado em um instrumento que passa a ser utilizado politicamente para a busca de fins que não lhe são próprios em um Estado Democrático de Direito. 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 tranqüilizadora da existência de um legislador

massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade na França, faz algumas considerações que são bastante apropriadas para o mesmo fenômeno no Brasil: "o jornal das 20 horas transmudou-se em crônica dos noticiários judiciais, que parecem subitamente formigar e ameaçar em toda parte; lá, um professor pedófilo; aqui, uma criança assassinada; mais adiante, um ônibus depredado. Os programas especiais se multiplicam nos horários nobres, como esta edição de 'Ça peut vous arriver', a qual, sob a rubrica das 'violências escolares', desfia a trágica história de um guri que se suicidou após uma chantagem, molecagem de pátio de escola primária, caso totalmente aberrante mas prontamente erigido a paradigma para as necessidades da audiência. As revistas semanais regurgitam reportagens que revelam 'as verdadeiras cifras', as 'notícias secretas' e outros 'relatórios exclusivos' sobre a delinqüência, em que o sensacionalismo compete com o moralismo, sem esquecer-se de entabular periodicamente a pavorosa cartografia dos 'bairros proibidos' e de debulhas os 'conselhos práticos' indispensáveis para fazer face aos perigos decretados, onipresentes e multiformes".

10. Díez Ripollés, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. 2000. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx]. Acesso em: 23.04.2008.

11. Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 80.

atento à realidade social. Como ressalta Albrecht,[12] "el *uso político* del Derecho penal se presenta como un *instrumento de comunicación*. El Derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Ese empleo político del Derecho penal no requiere necesariamente la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del Derecho penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la práxis legislativa y de la justicia penal".

A utilização política do Direito Penal simbólico se deve ao fato de que, com ela, o legislador adquire uma "boa imagem" em face da sociedade, na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais atende às demandas sociais, obtendo, assim, reflexamente, um grande número de votos. Não obstante isso, a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais "barata" na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro.[13]

Assim, afirmar que o Direito Penal é simbólico, não significa afirmar que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas. A função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de "engano".[14]

Destarte, ao se falar em Direito Penal simbólico se está a falar precisamente de uma oposição entre o "manifesto" (declarado) e o "latente"; entre o verdadeiramente desejado e o diversamente acontecido; e se trata sempre dos efeitos e conseqüências reais do Direito Penal. Simbólico no sentido crítico é por conseguinte um Direito Penal no qual se pode esperar

12. Op. cit., p. 479.

13. Pérez Cepeda, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

14. 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, p. 293.

que realize através da norma e sua aplicação outras funções instrumentais diversas das declaradas, associando-se neste sentido com engano.[15]

Do cotejo entre o atual panorama legislativo infraconstitucional brasileiro e a caracterização das funções meramente simbólicas assumidas pelo Direito Penal, torna-se possível afirmar que, no Brasil, assiste-se, no que diz respeito à legislação produzida para responder à "nova" criminalidade ínsita à sociedade de risco, ao processo de consolidação de uma legislação conveniente tão-somente aos interesses políticos de curto prazo, na qual "los símbolos jurídicos poseen (...) una función *manipulativa*. Crean deslumbramiento, tranquilidad e ilusiones. Éstos representan uma fictícia realidade y estructuran una falsa conciencia forjadora igualmente de autoengaño".[16]

Com isso, não se questiona a *efetividade* da norma, uma vez que se busca demonstrar que sua mera existência no ordenamento jurídico basta para a solução de um determinado problema social, encobrindo, assim, a incapacidade do Estado nesse sentido. Daí afirmar Pérez Cepeda[17] que "frente a los riesgos globales al Derecho penal se le está asignado tareas que no puede cumplir, pervirtiendo su función y engañando a la opinión pública, al ofrecer unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se corresponden con la realidad. A esta ineficacia se une generalmente la existencia de un déficit de aplicación por los tribunales, ya que cuando esos tipos penales se aplican en sentencias ejemplificantes, que contrastan abiertamente com la realidad, puesto que se persiguen y castigan casos que tienen una escasa incidência lesiva, pero permanecen inermes respecto a los casos más graves para los cuales estaba previsto. La aplicación no efectiva de la ley, como afirma Carbonell, conlleva una nueva y mayor deslegitimación del sistema penal y un 'contraefecto simbólico (negativo)', puesto que las expectativas de seguridad que se suscitaron quedan frustradas".

Ademais, a utilização do Direito Penal no sentido de infundir confiança na sociedade e/ou educá-la – ou seja, a utilização do Direito Penal com fins meramente publicitários ou de difusão de mensagens – redunda na extensão do âmbito que deve ser coberto pela tutela penal.

15. Idem.

16. PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. *Pena y estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 122.

17. Op. cit., p. 337.

E confiar ao Direito Penal – um instrumento coercitivo de controle social – uma missão pedagógica faz parte de uma lógica autoritária e anti-democrática. Isso sem esquecer que as normas penais inspiradas nesses fins tendem a perder sua concretude e taxatividade, o que representa um grave perigo para a liberdade do cidadão.[18]

Diante desse contexto, este novo modelo de Direito Penal, isto é, Direito Penal que confere maior segurança à sociedade,[19] mostrou uma habilidade para integrar suas análises e propostas de intervenção num debate previamente existente sobre a política criminal e a conveniência de estender as intervenções penais aos âmbitos sociais até o momento fora do raio de sua ação.[20]

1.2 A retomada do punitivismo/eficientismo penal: equiparações conceituais equivocadas sob a influência do discurso da "lei e ordem"

Também permeia o processo de expansão do Direito Penal, a par do simbolismo, a retomada do *punitivismo/eficientismo*, o que se verifica a partir da introdução de novas normas penais aos ordenamentos jurídicos no intuito de promover, efetivamente, a sua aplicação com toda firmeza, bem como a partir do endurecimento das penas cominadas às normas já existentes para a persecução da criminalidade "tradicional". A tendência do legislador, aqui, sob a influência do discurso da "lei e ordem", é reagir com "firmeza" no marco da "luta" contra a criminalidade, chegando-se, em alguns casos, a medidas repressivas tão drásticas que se configuram em mecanismos de inocuização do delinqüente.[21]

18. Idem, p. 335-336.
19. Nesse sentido, GARLAND, David. *La cultura del control*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 34, assinala que os últimos desenvolvimentos em matéria de controle do delito e justiça penal produzem perplexidade porque parecem compreender uma repentina e surpreendente reversão do padrão histórico preestabelecido. Apresentam uma marcada descontinuidade que deve ser explicada. Os processos de modernização que até pouco tempo pareciam bem consolidados neste âmbito, principalmente as tendências de longo prazo à "racionalização" e à "civilização", parecem agora começar a sofrer um revés. A reaparição na política oficial de sentimentos punitivos e gestos expressivos que parecem extraordinariamente arcaicos e francamente anti-modernos tende a confundir as teorias atuais sobre o castigo e seu desenvolvimento histórico.
20. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo... cit., p. 244.
21. MELIÁ, Manuel Cancio. "Direito penal" do inimigo... cit.

Como observa Díez Ripollés,[22] passa-se a afirmar que "la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la *dimensión no tecnológica de la sociedade del riesgo*, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originam los marginados sociales".

E prossegue salientando que "el auge de los mecanismos de inocuización selectiva, directamente encaminados a sacar de la vida social e recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la *gestión administrativa de riesgos*, inevitable en las complejas sociedades actuales dada sua alta sensibilidad al riesgo, y que sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes".[23]

Desenvolvem-se e legitimam-se, assim, campanhas político-normativas de Lei e Ordem, recorrentes nos Estados Unidos desde a década de 80, que se fundamentam na hipersensibilidade de alarmes sociais específicos. A política criminal se "rearma": o Direito Penal e as penas se expandem. O Direito Processual Penal vai paulatinamente adaptando-se às elevadas exigências que resultam disso. A execução da pena favorece cada dia mais a mera custódia e a "custódia de segurança", que havia quase sido esquecida, experimenta agora um inesperado renascimento. Repressão e punitivismo são os nomes das idéias diretrizes da nova política criminal.[24]

O sentimento geral de insegurança característico das sociedades contemporâneas faz com que o "medo" de tornar-se vítima de um delito "tradicional" – crimes contra a vida, a integridade física, o patrimônio etc. – aumente consideravelmente. Isso, segundo Díez Ripollés,[25] pode ser atribuído a dois fatores: "por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escassa confianza en

22. De la sociedad del riesgo... cit., p. 92.

23. Idem, p. 93.

24. PRITTWITZ, Cornelius. La desigual competencia entre seguridad y libertad. *Política criminal, estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 41.

25. *La política criminal*... cit., p. 75.

la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra, há desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitude muy difundida en los años setenta y ochenta, que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbítrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de 'predador sexual', 'criminal incoregible', 'asesino en serie', 'jóvenes desalmados', que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente".

Neste rumo destaca-se que a política criminal neoliberal, segundo um modelo ultraconservador de controle social, elabora um discurso de "combate à delinqüência" que torna menos humanos os delinqüentes.[26] E o processo de desumanização dos delinqüentes os torna incapazes de recuperação, pois são inadaptados e imprestáveis para um modelo socioeconômico de alta competitividade, onde não há lugar para os excluídos, inadaptados, "perdedores", "incapazes".[27]

Esse processo de desumanização do delinqüente decorre do sentimento geral de insegurança, que nasce a partir da divulgação dos "novos riscos" da sociedade contemporânea e que, a partir de equiparações conceituais, acabam por atingir também os "velhos" riscos representados pela criminalidade "tradicional". Tudo isso conduz a uma revalorização do componente aflitivo da pena, ensejando "una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que, en buena parte, se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias de la comisión de un delito".[28] Isso fica claro a partir do aumento do tempo de prisão cominado para determinados crimes, do endurecimento do regime penitenciário, do estabelecimento de condições mais estritas para a progressão de regime, da criação do regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena etc.

26. Dornelles, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.
27. Idem, p. 36.
28. Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal...* cit., p. 85.

Ou seja, a partir do modelo punitivista/eficientista 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.[29]

Assim, torna-se possível afirmar que o direito penal punitivista/eficientista constitui 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 contra-insurgente.[30] Ou seja, o eficientismo penal intervém criminalizando os conflitos sociais em um cenário de crise social resultante dos problemas surgidos com a globalização e o modelo neoliberal, além da crise política dos sistemas representativos. Isto significa que os conflitos não encontram canais institucionais que os absorvam, e a sua potencialidade aumenta com o agravamento dos problemas sociais decorrentes do modelo de desenvolvimento adotado. Os conflitos, portanto, não encontram espaço de mediação em um sistema político em crise de representação. E é justamente nesse contexto de crise que os princípios constitucionais de garantia dos direitos fundamentais são substituídos pelo discurso da "lei e ordem", onde a falta de mediação político-institucional dá lugar ao direito penal de emergência no tratamento dos conflitos sociais. O sistema penal se alastra e ocupa os espaços de controle social não penal.[31]

O punitivismo/eficientismo penal, assim, transforma questões sociais 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, sendo um claro exemplo disso, no ordenamento penal infraconstitucional brasileiro, a Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado na execução da pena de prisão, permitindo o isolamento do preso provisório ou do condenado por até um ano, buscando, assim, atingir os integrantes de organizações criminosas e prevendo, na prática, uma modalidade de pena cruel com fins notadamente inocuizadores.[32]

29. Dornelles, João Ricardo W. Op. cit., p. 42.

30. Idem, p. 46.

31. Idem, p. 47-48.

32. O que chama a atenção no caso do Regime Disciplinar Diferenciado, segundo Callegari, André Luís; Motta, Cristina Reindolff. Estado e

1.3 A simbiose entre simbolismo e punitivismo/eficientismo penal: Direito Penal do inimigo?

Não obstante tratarem-se o simbolismo e o punitivismo/eficientismo de fenômenos diversos, deve ficar claro que tanto um quanto o outro constituem aproximações fenotípicas parciais de uma evolução que mistura ambos os aspectos, que não aparecem de maneira clinicamente "limpa" na realidade legislativa. Com efeito, a promulgação de uma lei "punitivista" gera imediato impacto nas estatísticas criminais e, paralelamente, sua mera promulgação gera efeitos "simbólicos" sobre a população em geral. Da mesma forma, uma lei que nasce para cumprir com um papel meramente simbólico pode efetivamente vir a desencadear um processo penal "real".[33]

Assim, ao contrário do que parece a partir de uma análise perfunctória, o Direito Penal simbólico e o punitivista/eficientista não se excluem mutuamente. Eles se integram, uma vez que o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado "fato", mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como "outros", não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do "outro". E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada.[34]

política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (org). *Política criminal, estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9, "é que dito regime se aplica ao preso provisório ou ao condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando". Ocorre, no entanto, que, conforme salientam os referidos autores, não há previsão legal do que seja uma organização criminosa, ou seja, embora exista o *nomen juris* da figura típica, não existe a definição da conduta incriminada, portanto, incabível sua aplicação. Ver, nesse sentido, a discussão que se fará a seguir acerca do PL 150/2006.

33. MELIÁ, Manuel Cancio. "Direito penal" do inimigo... cit.

34. Idem, p. 65.

E é justamente dessa simbiose entre o simbolismo e o punitivismo/eficientismo penal que exsurge o modelo de política de prevenção criminal que tem ocupado lugar de destaque no discurso jurídico-penal brasileiro contemporâneo, a enveredar para a implementação de um modelo de Direito Penal máximo que pode ser facilmente identificado com as teses do Direito Penal do inimigo defendido por Günther Jakobs.

Com efeito, o processo de expansão do Direito Penal, tanto pela via do simbolismo quanto do punitivismo/eficientismo, representa um aumento do poder do Estado, paralelamente à redução das liberdades civis, tornando-se, muitas vezes, difícil distinguir o Direito Penal da guerra civil e da própria guerra em si.[35]

E a metáfora da "guerra contra a criminalidade" é justamente o ponto de partida da construção teórica do Direito Penal do inimigo, categoria criada pelo penalista alemão Günther Jakobs para, em contraposição ao Direito Penal do Cidadão, designar as concepções de autor das quais deve partir o Direito Penal no enfrentamento da criminalidade contemporânea, diante da compreensão de que, na sociedade de risco, existem indivíduos que devem ser diferenciados como inimigos em relação aos demais cidadãos. Ou seja, a "metáfora da guerra" institui um sistema penal "paralelo", onde a justiça criminal e as forças da ordem assumem uma forma bélica.[36]

Nesse contexto, um dos fenômenos que merece destaque é o debate acerca da criminalidade organizada, em decorrência da crescente preocupação da sociedade a respeito deste tipo de delinqüência, sobretudo pela violência e pelos sofisticados meios utilizados na comissão de diferentes delitos, fato este que se refletiu em novas medidas de prevenção e repressão para estes crimes, as quais serão analisadas a seguir.

2. O crime organizado diante do contexto de expansão do Direito Penal

2.1 O (re)surgimento do crime organizado para o Direito Penal

O crime organizado, antes relacionado a pequenos grupos praticantes de ações delituosas, hoje figura, como conseqüência da globalização e

35. Prittwitz, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *RBCCrim* 47/31-45 São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2004.

36. Dornelles, João Ricardo W. Op. cit., p. 47.

dos avanços tecnológicos, como uma das formas de criminalidade mais preocupantes na sociedade contemporânea. Inseridas em nossa sociedade globalizada, as organizações criminais transformaram um mercado de ingressos ilegais organizados de forma artesanal em um mercado ilícito empresarial gerenciado internacionalmente. Os avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação, de transmissão de informação e de transporte foram fundamentais para determinadas atividades do crime organizado. De fato, com os meios, as estruturas e *know how* implicados, as organizações criminais transnacionais obtêm benefícios sem precedentes, seja pelo elevado número de clientes, seja pelos escassos custos econômicos e penais a respeito daquelas atividades tradicionais.[37]

Ocorre que, em decorrência das equiparações conceituais equivocadas de que trata Díez Ripollés – acima analisadas –, a delinqüência organizada deixou de ser tão-somente o arquétipo das grandes e complexas organizações criminais, com capacidade para afetar somente a estrutura sócio-econômica e institucional de nossas sociedades, para passar a ser objeto de atenção preferente das manifestações associativas ligadas à delinqüência tradicional, como grupos de assaltantes ou seqüestradores, estruturas de tráfico ilícito de média importância, redes de pornografia infantil e as organizações terroristas.[38]

Por outro lado, efetivamente, a expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados são acompanhados da correlativa expansão ou globalização da criminalidade, que freqüentemente apresenta um caráter transnacional, podendo-se afirmar que a criminalidade organizada é a da globalização.[39]

Meliá assinala que os delitos relacionados às *associações ilícitas* – e, dentro destas, de modo específico as infrações de pertencer a uma organização terrorista – estão hoje num momento de franca expansão, ao menos em toda a Europa. Esta evolução tem lugar em um marco geral em que uma legislação puramente simbólica e impulsos punitivistas se

37. Pérez Cepeda, Ana Isabel. Op. cit., p. 94.

38. Idem, p. 95.

39. Choclán Montalvo, José Antonio. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 1; Iglesias Río, Miguel Angel. Criminalidad organizada y delincuencia económica. Aproximación a su incidencia global. *Criminalidad organizada y delincuencia econômica: estúdios em homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés*.. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002, p. 15

potencializam mutuamente cada vez com maior intensidade, desembocando em uma expansão quantitativa e qualitativa do Direito Penal.[40]

Apesar destas considerações, é possível verificar que não só houve uma mudança na comissão dos delitos antes praticados, como também houve um incremento qualitativo na forma da comissão de outros delitos. Isso significa a passagem de uma fase de comissão de delitos denominados clássicos para outra de delitos mais complexos ou não tradicionais (delitos econômicos, ambientais etc.). É claro que a comissão dos delitos clássicos como homicídio, lesões, furto, estelionato etc., persiste, porém, além disso, houve um aumento significativo na comissão de outros delitos antes não incriminados ou sem a devida significância na esfera penal.

Ademais, a forma de incriminação das condutas sofreu importantes alterações, introduzindo-se cada vez mais tipos penais abertos, de perigo ou normas penais em branco, fato este que sempre foi combatido por acarretar insegurança jurídica. Como refere Meliá,[41] a doutrina que vê o *injusto* do delito de organização criminosa na antecipação dos futuros delitos cuja comissão por parte da referida organização se teme, justificando, assim, uma intervenção punitiva no estágio prévio à efetiva lesão dos bens jurídicos – ou seja, em estado de preparação –, não se justifica, pois não há como explicar uma incriminação específica da organização criminosa desligada da comissão ulterior de lesões concretas. Para o autor, bastaria, para tanto, recorrer a uma circunstância de agravamento da pena para a comissão em grupo das diversas infrações concretamente lesivas de bens jurídicos individuais. Com efeito, "la lógica de la prevención fáctica es la de la policía, no la del Derecho penal, y no conoce limites internos ante la consecución del objetivo del combate eficiente contra las fuentes de peligro".[42]

Ainda que tivéssemos uma legislação já direcionada para repressão de delitos praticados por organizações criminosas, somente na década de noventa é que os processos criminais e novas normas penais orientadas à repressão deste tipo de delito começam a aparecer. A própria Justiça Federal, por força constitucional competente para o processo e

40. Meliá, Manuel Cancio. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: Callegari, André Luís (org.). *Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25-62.

41. El injusto de los delitos de organizacón... cit., p. 42-43.

42. Idem, p. 43.

julgamento da maioria dos delitos que envolvem este tipo de criminalidade, tem um papel importante na sua reestruturação e organização para julgar estes delitos, fenômeno que se verifica também na década de noventa com a criação de varas especializadas e uma nova estrutura na esfera federal.

Porém, ainda que se tenha uma organização da esfera de combate e prevenção ao crime organizado, atualmente um dos principais focos de insegurança na sociedade tem origem neste tipo de criminalidade. Ao analisar-se a evolução das leis e as tendências político-criminais neste campo, custa discernir se estas respondem às novas necessidades objetivas de proteção ou se são frutos de uma demanda social desmesurada e irracional de punição, gerada por um poder político que se vê pressionado para gerir empiricamente o desafio de novas formas de criminalidade.[43] Nesse sentido, ressalta Meliá[44] a doutrina que defende o injusto do delito de organização criminosa a partir da compreensão de que o mesmo seria um ataque direto contra um bem jurídico autônomo, qual seja, a segurança pública e a ordem estatal, criticando referida posição justamente pelo fato de que as descrições utilizadas (paz pública, ordem social etc.) são muito indeterminadas, podendo, destarte, abrir as cancelas para a implementação de uma criminalização ilimitada. Para o autor,[45] "las normas jurídicas – y su concreta reconstrucción jurídico-dogmática – no reaccionan frente a los humores del público; la norma jurídico-penal no depende, como es evidente, del 'ambiente' social en un determinado momento. Si se recurre a la sensación social de inseguridad para definir la paz, el orden o la seguridad públicos, el problema de la determinación conceptual del objeto de protección tan solo queda desplazado hacia lo empírico, y, con ello, en este caso, librado a la arbitrariedad".

Assim, ante a criminalidade organizada, atualmente em franco desenvolvimento devido à globalização e aos avanços tecnológicos, depara-se com a necessidade de definir esse tipo de organização criminal para saber-se como enfrentá-la, mas sem descuidar das garantias penais e processuais penais até então conquistadas.

43. Silva-Sánchez, Jesús-María; Felip I Saborit, David; Robles Planas, Ricardo; Pastor Muñoz, Nuria. La ideologia de la seguridad em la legislación penal española presente y futura. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p. 128.

44. El injusto de los delitos de organizacón... cit., p. 37-39.

45. Idem, p. 45.

2.2 *Dificuldades de conceituação do crime organizado*

Diante da realidade acima esboçada, a resposta dos legisladores à insegurança gerada pelas organizações criminais não se limitou ao tradicional incremento de penas, mas está supondo uma importante transformação no Direito Penal, na linha de consolidar o estabelecimento de um "Direito Penal do inimigo", o qual é dotado de características especiais, dentre as quais se destaca: (a) incrementação da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstratos; (b) criminalização de atos de mera conduta, que prescindem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; (c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; (d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; (e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; (f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da idéia de efetividade como princípio norteador do processo penal, ainda que à custa da flexibilização, senão da supressão, das garantias dos acusados.[46]

Assim, no Direito Penal substantivo, uma das manifestações mais características deste combate é a tipificação das condutas de "pertencer ou colaborar com uma organização delitiva" como delito independente dos fatos puníveis que tenha como finalidade a organização.[47] Nesse sentido, basta confrontar as principais iniciativas internacionais nesta matéria para detectar também que o fato básico na luta contra a criminalidade organizada (incluída a cooperação judicial e policial) é a harmonização das distintas legislações a partir da tipificação autônoma da associação criminal.[48]

46. Ver sobre o tema, JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo. Noções críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25-30; CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff da. Op. cit., p. 24; DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "Enemigo". *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: B de F, 2006. vol. 1, p. 605-606.

47. No Código Penal brasileiro há a tipificação independente do delito de formação de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do CP.

48. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. cit., p. 130.

Os problemas desta tendência da nova política criminal recaem em dois aspectos na hora de configuração dos tipos penais. Em primeiro lugar, em face das dificuldades para tornar concreto legislativamente o conceito de "organização criminosa",[49] opta-se por definições abertas,[50] com traços próximos ao do crime habitual ou da formação de quadrilha. Em segundo lugar, mediante estas figuras delitivas, está se impondo na doutrina e na legislação um modelo de transferência da responsabilidade de um coletivo a cada um dos membros da organização, que se afasta dos critérios dogmáticos de imputação individual de responsabilidade que vigem normalmente para o Direto Penal.[51]

O primeiro problema assinalado consiste no fato de que em face das dificuldades para caracterizar, ainda que criminologicamente, um fenômeno tão complexo nas propostas de incriminação autônoma das organizações delitivas se optou por uma definição típica paupérrima das mesmas.[52] Assim, via de regra, para a existência de uma organização criminosa bastaria o acordo estável de uns poucos indivíduos (duas ou três pessoas) para cometer delitos graves, de maneira que a tênue divisória entre a criminalidade organizada e a criminalidade em grupo ou

49. No Brasil, não há previsão legal do que seja uma organização criminosa, ou seja, embora exista o *nomem juris* da figura típica não existe a definição da conduta incriminada, portanto, incabível sua aplicação. O Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação 3, de 30.05.2006, recomendou a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção de Palermo. Sobre crime organizado,: CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 161.

50. Sobre o tema, ver: CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. *RT* 851/439, São Paulo: Ed. RT, set. 2006; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1978, p. 287; JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 4.. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 223. Ver sobre o tema, ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 298 e ss.

51. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. cit., p. 130.

52. Nesse sentido ver a Lei 9.613/1998, que trata dos delitos de lavagem de dinheiro e, dentre um dos crimes antecedentes ao de lavagem, trás o de organização criminosa, sem, entretanto, mencionar o que seja dita organização.

a profissional fica praticamente eliminada. Com efeito, a partir de tais formulações o arquétipo de organização se aproxima das manifestações associativas da pequena delinqüência habitual ou profissional, quando o modelo que legitimaria uma intervenção deste calibre é o das grandes organizações criminais, de grande complexidade tanto por sua estrutura como pelo número e a substituição de seus integrantes.[53]

Nas propostas legislativas atuais, inclusive abarcadas por alguns setores da doutrina e da jurisprudência, os meros indícios de uma organização criminal[54] (e não seus traços essenciais), foram elevados a uma categoria de elementos definidores da figura delitiva, de maneira que esta se assemelha perigosamente aos "delitos de suspeita".[55] De acordo com isso, não só se tenta deixar de lado problemas probatórios, mas também se produz uma modificação básica na função do tipo delitivo. Esta já não consistiria na delimitação da conduta proibida (em atenção à sua lesividade ou periculosidade) com o objetivo de impor uma pena, mas passaria a ser principalmente a base para a adoção de medidas de investigação, cautelares, penitenciárias etc.[56]

Este problema pode ser observado particularmente nas iniciativas internacionais que respondem à necessidade (real) de harmonizar legislações com o fim de melhorar a cooperação frente às manifestações transnacionais do problema. Se geralmente nestes processos a tendência é a convergência a legislações mais rigorosas (harmonizar não se compa-

53. Silva-Sánchez, Jesús-María; Felip I Saborit, David; Robles Planas, Ricardo; Pastor Muñoz, Nuria. Op. cit., p. 130-131.

54. Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal nas perspectivas das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 92-93, assinala que é reprovável a concepção de ocultar-se, sob o manto da repressão dos delitos de maior gravidade, como o terrorismo, o narcotráfico, os praticados por organizações criminosas, uma normatividade geral de limitação indiscriminada dos direitos fundamentais. Com a escusa de dar segurança jurídica, atenta-se contra a liberdade.

55. Essa tendência é comum nos delitos econômicos ou nos de lavagem de dinheiro, onde cada vez mais se utilizam fatores indiciários para incriminar os sujeitos, principalmente para a decretação de medidas cautelares em busca da prova.

56. Silva-Sánchez, Jesús-María; Felip I Saborit, David; Robles Planas, Ricardo; Pastor Muñoz, Nuria. Op. cit., p. 131; ver sobre a nova tendência da política criminal: Callegari, André Luís e Motta, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal... cit.

dece com descriminalizar), no caso do crime organizado se corre o risco de que as necessidades de repressão local acabem sendo generalizadas e que o estabelecimento de figuras delitivas disfarçadas para satisfazer as necessidades de cooperação internacional tenham como efeito colateral inevitável uma ampliação de comportamentos puníveis e das penas.[57] De acordo com isso, o que pode ocorrer é que, enquanto se segue sem poder dar uma resposta jurídico-penal eficiente à criminalidade organizada, estenda-se a aplicação destas medidas a pequenas manifestações de delinqüência marginal,[58] ou, ainda, amplie-se demasiadamente a utilização deste conceito tão amplo a uma série de delitos em concurso material para aumentar as penas, quando, de fato, não se está diante de uma organização para cometer delitos.

O segundo aspecto digno de ressaltar desde uma perspectiva do Direito Penal material é que mediante os tipos de organização criminal se assentam, no pensamento e na legislação, modelos de atribuição de responsabilidade penal que se afastam do princípio da culpabilidade (em especial a responsabilidade pelo fato próprio) e da proporcionalidade.[59]

Em relação ao primeiro princípio, não se pode olvidar que em respeito às regras constitucionais de um Estado democrático, vige o princípio da culpabilidade pelo fato, isto é, o fato praticado é que deve ser reprovado e não o autor do fato (direito penal do autor).

O exemplo legislativo mais recente, repise-se, é a criação do regime disciplinar diferenciado, onde o legislador não se preocupou em relação ao fato praticado, mas a tendência de vida do autor, porque, qualquer pessoa que se inclua nos delitos previstos de organização criminosa já

57. Nesse sentido, ver a Recomendação CNJ 3, de 30.05.2006, onde consta: "2. Para os fins desta recomendação, sugere-se: a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15.11.2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo 231, de 29.05.2003 e promulgada pelo Dec. 5.015, de 12.03.2004, ou seja, considerando o 'grupo criminoso organizado' aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material".

58. Silva-Sánchez, Jesús-María; Felip I Saborit, David; Robles Planas, Ricardo; Pastor Muñoz, Nuria. Op. cit., p. 131.

59. Idem.

estaria incluída no regime de exclusão. Além disso, a lei somente faz referência a suspeita de pertencer a uma organização, isto é, não se faz necessário qualquer prova nesse sentido. Ou seja, verifica-se claramente, neste exemplo, a implementação de um modelo de Direito Penal do autor, visto que "el punto de referencia fundamental a la hora de distinguir entre las dos formas de intervención penal propuestas pasa a ser una actitud persistente de desapego, de distanciamiento, hacia el orden sociojurídico dentro del que el individuo se desenvuelve. El efecto ampliatorio frente a los análisis anteriores reside en que ya no es imprescindible la contumácia en el delito, la habitualidad o reincidencia delictivas. Sin perjuicio de que esa sea una condición de frecuente concurrencia, lo peculiar ahora es que basta con una actitud permanente de desprecio hacia el orden jurídico y la disponibilidad a infringirlo. En consecuencia, el incipiente derecho penal de autor que había supuesto, sin duda, el asentamiento del criterio de distribución de riesgos sobre la cualidad de delincuente reincidente o habitual, resulta ahora decisivamente potenciado mediante esta transcendente ampliación de los sujetos sometidos al nuevo derecho penal".[60]

Essa característica da lei que regula o regime disciplinar diferenciado de incriminar o sujeito pela tendência de vida,[61] portanto, contraria o princípio da responsabilidade pelo fato praticado, critério esse que norteia o Direito Penal da culpabilidade no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, um dos subprincípios decorrentes do princípio da responsabilidade pelo fato praticado é o da impunidade pelo plano de vida. Portanto, somente se pode cobrar dos sujeitos os comportamentos concretos, delimitados espacial e temporalmente, e não por haver escolhido um determinado plano de vida ou modo de existência.[62]

60. Díez Ripollés, Jose Luis. De la sociedad del riesgo... cit., p. 107-108.

61. Ambos, Kai. Derecho penal del enemigo. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 152, assinala que o direito penal do inimigo não é direito e uma de suas causas é que conduz a um câmbio do direito penal do fato para o direito penal do autor.

62. Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 148, segue dizendo que a fundamentação ética deste subprincípio é a proteção diante de comportamentos que afetam a convivência social externa e está fundado no objetivo de garantir interações sociais que possibilitem na maior medida possível o livre desenvolvimento da auto-realização pessoal de acordo com as opções que cada cidadão estime conveniente. Não resulta conseqüente com isso pedir satisfação pela eleição de certos

Por outro lado, também não se deve olvidar que o princípio da proporcionalidade deve limitar a sanção aplicada ao fato cometido,[63] isto é, a pena deve guardar proporcionalidade em relação à conduta delitiva e o risco que se corre ao inserirmos uma série de condutas como sendo de organização criminosa é o de não só aumentar a pena em relação ao fato, mas, aumentá-la ainda mais quando se estabelece o concurso de crimes. Neste caso específico não se estaria guardando qualquer proporcionalidade com o fato praticado e a utilização seria mais de reforço ou política judicial do que qualquer outra coisa.

Por todas essas questões, conclui-se ser complexa a definição de crime organizado, porém, de acordo com tudo o que foi referido, pode-se afirmar, de forma simplória, que uma organização criminosa constitui uma estrutura criminógena que favorece a comissão reiterada de delitos (facilitando sua execução, potencializando seus efeitos e impedindo sua persecução) de maneira permanente (já que a fungibilidade de seus membros permite substituir os seus integrantes). Em conseqüência, é possível que sua mera existência suponha um perigo para os bens jurídicos protegidos pelas figuras delitivas que serão praticadas pelo grupo e, portanto, constitui um injusto autônomo, um "estado de coisas" antijurídico que ameaça a paz pública.[64]

planos vitais, por mais que possam estimar-se na prática incompatível com a manutenção dessa convivência externa, enquanto tal incompatibilidade não se concretize na efetiva realização de condutas contrárias àquela. De outro lado, a pretensão de que os cidadãos renunciem desde o princípio a adotar determinados planos de vida, devendo responder penalmente em caso contrário, caracteriza uma sociedade totalitária, que pretende garantir a ordem social básica mediante a privação aos cidadãos daquelas possibilidades existenciais que justificam precisamente a manutenção dessa ordem social.

63. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y princípios fundamentales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 210; CALLEGARI, André Luís. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. In: _____ et al. *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138 e ss.

64. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. cit., p. 132.

2.3 *A Convenção de Palermo: uma aproximação ao conceito de crime organizado*

Há, na doutrina jurídico-penal brasileira contemporânea, entendimento no sentido de que é possível a incriminação da organização criminosa por meio do conceito oferecido pela Convenção de Palermo, ao menos para os delitos aos quais é aplicável referida convenção.[65]

Para efeitos da Convenção entende-se como "grupo criminoso organizado" aquele estruturado por três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas pela Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Ainda que o Brasil tenha aprovado a Convenção de Palermo e assim ela tenha ingressado em nosso ordenamento jurídico, seguimos com a posição de que a incriminação continua vaga e imprecisa, sem estabelecer os contornos necessários para que se possa elucidar o que seria a dita "organização criminosa". Além disso, mesmo que tenha ingressado em nosso ordenamento jurídico, nunca é demais recordar que as normas devem ser interpretadas a partir da Constituição Federal e ali se encontra inserto o princípio da legalidade que traz, como corolário lógico o princípio da taxatividade. Isso significa que a própria Constituição Federal não admite preceitos incriminadores vagos e imprecisos, que não descrevam adequadamente a conduta incriminadora, porque num Estado de Direito deve-se preservar as garantias do cidadão, dentre as quais se encontra a de saber, com clareza, qual a conduta incriminada pela norma penal.

Portanto, o conceito trazido pela Convenção de Palermo não se diferencia de outras aproximações similares que pecam pelo mesmo defeito, isto é, a imprecisão na definição do tipo. Como o conceito é vago, verifica-se que a própria Convenção estabelece a definição dos elementos normativos do tipo que o integram ("infração grave", "grupo estruturado", "bens", "produto do crime" etc.), porém, não se pode dizer que isto represente a melhor técnica legislativa em termos de garantias ao cidadão.

65. Baltazar Junior, José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 412.

2.4 Crime organizado e concurso de pessoas

Um dos problemas na caracterização do crime organizado é a delimitação ou o alcance da figura típica, pois ainda que mereça uma penalização mais grave, deve-se ter cautela para não se incorrer no erro de esta figura abarcar toda e qualquer colaboração de pessoas para o cometimento de delitos, fato este que já se encontra regulado no concurso de agentes. Ademais, existem normas específicas para o aumento de pena para o organizador ou para aquele que comanda a atividade criminosa dos demais (art. 62 do CP). Portanto, desnecessário, na maioria das vezes, uma figura autônoma e de duvidosa validade para incriminação de atividades cometidas por um grupo de pessoas.

A configuração de uma suposta organização criminal muitas vezes recai no tradicional concurso de pessoas, onde existe uma imaginada organização para comissão de delitos, porém, ausente os elementos configuradores de uma verdadeira organização.

Neste marco, parece que houve uma mescla de conceitos para que se alcançasse, em algumas hipóteses, a configuração de uma organização criminal. Equivocadamente utiliza-se a reunião esporádica de pessoas para o cometimento do delito. Noutros casos, ainda que dita reunião seja habitual, faltam os outros pressupostos configuradores da organização criminosa.

Além disso, diante de uma interpretação elástica da teoria do domínio do fato, transforma-se o organizador de um grupo em "chefe" de uma "organização criminal". Os dois conceitos se mostram equivocados. A simples distribuição de papéis ou determinação de tarefas, por si só, não pode implicar em co-autoria (chefia) do grupo ou da organização. E os que recebem ditas tarefas tampouco estão submetidos, na maioria das vezes, às regras de hierarquia e subordinação atinentes a uma estrutura organizada.

A regra do concurso de pessoas está pensada para a reunião eventual de agentes que buscam a realização da mesma infração penal, isto é, unem esforços entre si, com o mesmo objetivo típico. Não há, em princípio, qualquer regra de estruturação hierárquica ou organização entre os membros, embora ela possa aparecer em vários casos através de um membro que se destaca por sua liderança, fato este já previsto no art. 62 do CP. Mesmo que ocorra o cometimento reiterado de infrações penais pelo grupo, não se pode transformá-lo em organização criminosa.

Também se deve recordar que a norma de extensão possibilita trazer para esfera de punibilidade as colaborações que inicialmente não se traduzem em atividade típica, possibilitando, assim, a incriminação do auxílio material ou psicológico para o cometimento do crime. Mas este auxílio não é fundamental para o êxito da empreitada criminosa, pois se tratam de contribuições acessórias, isto é, não sustentam o fato como um todo (caso contrário estaríamos diante da co-autoria, isto é, divisão funcional de tarefas). Portanto, o concurso de pessoas representa um *minus* em relação à organização criminosa, pois nesta haverá uma valoração maior das tarefas e da estrutura organizacional, enquanto naquele os papéis podem representar uma colaboração que nem será utilizada (participação).

Dito de outro modo, as intervenções no concurso são distintas em relação às de uma organização. Enquanto no concurso a divisão de tarefas entre as pessoas não importa necessariamente uma colaboração fundamental para o êxito final do delito, pois nem sempre as colaborações são imprescindíveis para que isto ocorra, na organização criminal parece-nos que os papéis desempenhados são mais fortes e necessários para que o fato criminoso possa ser praticado. Funciona como uma engrenagem, isto é, uma verdadeira estrutura de peças, onde, a falha de uma pode implicar na falha total.

2.5 *Crime organizado e formação de quadrilha*

O que foi dito no tópico precedente também se aplica ao crime de formação de quadrilha ou bando, isto é, não se pode confundir uma reunião estável para o cometimento de crimes com uma organização criminosa. Inicialmente cabe referir que, substancialmente, o que diferencia o crime de quadrilha ou bando do concurso de pessoas é que naquele há um caráter duradouro da associação, enquanto neste a reunião dos integrantes é eventual.

Mesmo com um *plus* em relação ao concurso de pessoas no sentido de exigir um número determinado e a estabilidade associativa, não se pode confundir tal delito com uma organização criminosa. Como já referimos, a organização possui um caráter empresarial, de organização e hierarquia similar a de uma empresa legalmente constituída, onde cada membro tem suas funções determinadas e deve ser relevante para a configuração dos planos elaborados. A formação de quadrilha não

guarda toda esta expectativa organizacional e normalmente está destinada à prática de delitos comuns.

Deve-se ainda acrescentar que a organização criminosa está pensada, em matéria de tipicidade, para delitos que requerem uma estrutura sofisticada de atuação, embora não seja a regra, é o que se verifica na maioria dos casos em que a organização pratica determinados delitos que, para sua comissão, necessariamente requerem a intervenção de pessoas especializadas em várias áreas.

Salienta-se que podemos ter uma organização criminosa praticando crimes tradicionais – já foi dito que tal fato não é impossível –, porém, acreditamos que as estruturas que se apresentam em determinados crimes indicam uma especialização cada vez maior dos integrantes de uma organização criminosa, o que não ocorrerá na maioria das vezes quando se tratar da tipificação da formação de quadrilha.

Assim, embora tanto a formação de quadrilha quanto o crime organizado exijam, para a sua configuração, a participação de certo número de pessoas e a estabilidade da associação, jamais devem ser confundidos. Enquanto um exige toda uma estrutura organizada, hierarquizada, com uma divisão de tarefas, como se fosse uma empresa, e se destina, principalmente, à prática de delitos complexos que necessitam dessa estrutura, o outro não guarda essa edificação organizacional e é destinado, normalmente, ao cometimento de crimes comuns.

3. Considerações sobre o PL 150/2006

O PL 150/2006 procura resolver o problema da legislação penal em relação à mescla de conceitos e interpretações que cotidianamente se faz em relação às organizações criminosas. Por se tratar apenas de um projeto de lei, somente alguns pontos serão abordados:

a) Do nome da figura típica:

Uma primeira indagação a ser feita é sobre o *nomem iuris* da figura típica utilizado pelo projeto de lei ("crime organizado"), pois parece estranho que alguém possa praticar um crime através ou por meio do *crime organizado*. Redação mais apropriada seria a utilização do nome *organização criminosa*.

b) Da tipicidade do art. 2.º.

Dispõe o art. 2.º do projeto de lei: "Art. 2.º. Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa,

associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes: (...)".

Objeta-se, diante de tal tipificação: o crime só se perfaz se houver o emprego de violência? Ou de fraude? E se não houver nenhuma destas modalidades não há organização criminosa?

Diante de tais dúvidas que a redação do dispositivo enseja, entende-se que se houvesse a supressão das expressões "emprego da violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção", atingiria-se maior clareza na tipificação do delito, evitando, assim, futuros problemas como o *bis in idem* de figuras que autonomamente já configuram crime: a violência (lesões, homicídio, roubo etc.), ameaça (delito de ameaça, roubo etc.), a corrupção (ativa e passiva). Ou seja, é supérfluo descrever condutas que já estão em outros tipos penais e que, além disso, podem esvaziar o tipo no momento do juízo de adequação da conduta realizada.

Por fim, seria necessário provar que houve o emprego de violência, da ameaça, da fraude, do tráfico de influência ou dos atos de corrupção para que se configure o tipo. Ocorre, por exemplo, que a corrupção se consuma com a simples solicitação, sendo o recebimento mero exaurimento, porém, a prova da mera solicitação é extremamente difícil de ser feita. E isso pode ocorrer em outros delitos que não sejam materiais, isto é, que não seja necessária a produção de um resultado naturalístico.

Outro questionamento que se deve fazer é se basta a comissão de um só dos crimes enumerados, isto é, preenchidos os outros elementos do tipo, basta a comissão de uma só conduta inserta nos incs. I a XVI do art. 2.º do PL 150/2006, ou, é necessário dentro da estabilidade prevista no tipo a prática de crimes, no sentido de que a organização não pode ficar restrita a uma só prática delitiva.

A reunião eventual de um grupo de pessoas pode estar direcionada à prática de um único delito e não configurar o crime organizado. Neste caso estaríamos diante do concurso de pessoas. Portanto, necessário que se estabeleça se basta a realização de um só crime, agregando-se as outras características ou se é necessária a realização de mais de uma prática delitiva.

Tais observações são feitas porque quanto mais elementos normativos estiverem insertos no tipo, maior a dificuldade para adequação da

conduta. Assim, uma redação apropriada para o dispositivo em tela seria: "Art. 2.º Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, praticando reiteradamente (ou mais de duas vezes ou de três) um ou mais dos seguintes crimes: (...)".

c) Do estabelecimento de um rol taxativo dos crimes que podem ser praticados por organização criminosa:

Como já ocorre com a Lei 9.613/1998, há dúvidas se o rol taxativo dos crimes antecedentes é a melhor técnica legislativa. Este é o problema enfrentado quando as reformas são pontuais no Código Penal ou na legislação penal, porque não há uma sistematização ou critérios para, por exemplo, estabelecer a proporcionalidade das penas.

Deve-se destacar que o terrorismo segue sem a devida descrição da conduta incriminada, havendo apenas o *nomen iuris* da figura típica. Como enquadrar como crime praticado por organização criminosa?

Superados estes problemas, há um mais grave em relação à proporcionalidade das penas impostas e dos delitos que podem configurar a organização criminosa.

O delito previsto no art. 2.º. da Lei 8.137/1990 prevê pena de detenção de 6 meses a 2 anos, ou seja, permite a transação no Juizado Especial Criminal, porém, praticado por organização criminosa a pena começaria em 5 anos de reclusão. Pode que a lesividade ou ofensividade ao bem jurídico seja de tal magnitude que a sanção seja justa, porém, nem sempre isto ocorrerá. Assim, cairia por terra a proporcionalidade da sanção em relação à conduta do agente.

Também não há sentido em incluir no projeto como crimes praticados por organização criminosa os delitos previstos nos arts. 227 a 231 do CP, salvo o do art. 231 do CP, que tipifica o tráfico de mulheres. Porém, a incriminação dos outros delitos parece ser expressão meramente de Direito Penal simbólico ou até mesmo publicitário. Se tal incriminação prosperar, a primeira medida é incriminar todos os proprietários (sócios, contadores, gerentes etc.) de casas de espetáculo que atuam com este nome como fachada, porém, de fato, exploram a prostituição.

O critério da proporcionalidade também não será observado nos crimes praticados contra o meio ambiente. A maioria destes delitos possibilita a transação penal ou a suspensão condicional do processo

e, às vezes, em um único ato, a "organização" pode causar um grande prejuízo. Porém, o ato é único, mas, verificam-se todos os outros elementos do tipo. Estaríamos diante do crime organizado?

As considerações apresentadas de forma sucinta demonstram que alguns delitos não podem compor o rol taxativo dos que integram a possibilidade de perfazer uma organização criminosa. O melhor seria retirar alguns delitos, ou estabelecer que os crimes que podem integrar este rol deveriam ter a pena mínima superior a 2 ou 3 anos.

d) Da colaboração premiada:

O art. 4.º do projeto de lei sob análise prevê a possibilidade do perdão judicial e da extinção da punibilidade nas hipóteses dos incs. I a V do mesmo artigo.

O projeto não prevê em que momento esta delação ocorrerá, pois se estamos falando nas medidas que o juiz poderá adotar, estas parecem que se operarão no momento da sentença. O que sempre preocupa é como a colaboração pode ser materializada, isto é, se for na fase inquisitorial, haverá a presença do juiz ou de autos apartados que no futuro assegurem o previsto em lei?

O parágrafo único do art. 4.º do PL 150/2006 estabelece que a concessão do perdão levará em conta a personalidade do colaborador e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Ora, nos termos do que ocorre no art. 59 do CP (circunstâncias judiciais), a personalidade não pode servir de critério para referida concessão (perdão judicial). Caso se utilize este critério estaremos diante de um Direito Penal do autor, isto é, levando-se em conta o modo de vida da pessoa, e não um Direito Penal do fato. A reprovação que se faz é pelo fato praticado e não pela personalidade, ao menos se o projeto pretende evoluir e não cair na insensatez do Direito Penal do inimigo. O juízo de reprovação na culpabilidade é o fato praticado pelo autor e não o autor do delito e sua vida.

Em relação à natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do fato criminoso que deverão ser levados em conta, resta a seguinte indagação: Qual o fato criminoso que não tem repercussão social? Isto é inerente ao crime e, por menos que seja lesivo, sempre haverá repercussão.

e) Do Procedimento Criminal – Art. 24:

"Art. 24. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério

Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Dec-lei 3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal."

O artigo em comento trata de medida assecuratória, porém, deixa em aberto quais os indícios que são necessários para sua decretação. São indícios da autoria do delito ou da materialidade? Ou, qualquer indício serve? Para o oferecimento da denúncia são necessários os indícios da autoria e prova da materialidade do delito. Na medida cautelar não.

Nesse sentido, melhor seria o legislador mencionar que a medida assecuratória poderá ser decretada quando houver indícios suficientes da autoria e do crime antecedente, preservando-se, assim, os critérios norteadores da nossa Constituição Federal.

4. Conclusões

A análise do processo de inclusão do crime organizado na pauta prioritária do Direito Penal contemporâneo perpassa pela reflexão acerca do processo expansivo que o referido ramo do Direito experimenta, em decorrência dos "novos riscos" e sentimentos de insegurança da sociedade moderna, que fazem com que se chegue à conclusão de que a intervenção penal pautada na teoria "clássica" do delito tornou-se incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade, que passa cada vez mais a assumir um caráter difuso, intangível. Assim, a política criminal que se apresenta para dar resposta aos novos "riscos" sociais da contemporaneidade é marcada pela proeminência que é dada ao Direito Penal em detrimento de outros instrumentos de controle social.

Ocorre que este processo de expansão do Direito Penal se dá à custa da implementação de normas jurídico-penais que assumem, na maioria dos casos, um caráter meramente simbólico, visto que são manipuladas no sentido de dar respostas políticas à população que, diante da influência dos meios de comunicação de massa que divulgam *ad nauseam* o crescimento "desenfreado" da criminalidade, cada vez mais clama pelo recrudescimento das penas, como forma de sentir-se mais "segura".

Esta legislação penal simbólica, no entanto, vem acompanhada por discursos altamente repressivistas influenciados pela idéia de "lei e ordem", os quais acabam por trasladar, por meio de equiparações

conceituais equivocadas, os riscos da "megacriminalidade" para a criminalidade clássica, reforçando, assim, velhos estereótipos do Direito Penal e justificando a atuação truculenta do sistema punitivo contra sua clientela habitual.

Assim, as violações de direitos e garantias fundamentais do cidadão que cada vez mais se apresentam no bojo do "novo" Direito Penal, representam a implementação de um modelo de Direito Penal máximo, cujos pontos de contato com o Direito Penal do inimigo defendido por Günther Jakobs são muitos e já não podem mais ser negados.

E referida "contaminação" do Direito Penal pode ser vislumbrada claramente no que se refere à questão do crime organizado, o qual em decorrência dos fenômenos simbolsimo/punitivismo, deixou de ser tão-somente o arquétipo das grandes e complexas organizações criminais, passando as manifestações associativas ligadas à delinqüência tradicional (grupos de assaltantes, estruturas de tráfico ilícito de média importância etc.) também a ser objeto de maior atenção pelo Direito Penal.

A grande questão que se apresenta, no entanto, diante do fenômeno do crime organizado, é analisar, diante da nova legislação que vem surgindo em nível infraconstitucional colimando atacá-lo, se estas respostas de cunho punitivo de fato respondem às novas necessidades objetivas de proteção ou se são tão-somente fruto de uma demanda social desmesurada e irracional de punição.

Outra questão que merece ser considerada diz respeito às dificuldades nas quais se esbarra para tornar concreto legislativamente o conceito de "organização criminosa". O que se verifica é uma opção por tipos penais abertos, muito próximos à definição do crime habitual ou da formação de quadrilha. No entanto, diante de uma figura delitiva tal, verifica-se a implementação de um modelo de transferência da responsabilidade de um coletivo a cada um dos membros da organização criminosa, o que se afasta dos critérios de imputação individual de responsabilidade vigentes no Direto Penal.

Ademais, verifica-se também nas propostas legislativas atuais sobre o tema, que os meros indícios de uma organização criminal são elevados a uma categoria de elementos definidores da figura delitiva, de maneira que esta se assemelha perigosamente aos "delitos de suspeita", dando azo para a adoção de medidas de investigação, cautelares, penitenciárias etc., altamente lesivas às liberdades individuais.

Bibliografia

Albrecht, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervencíon de la política populista. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

Ambos, Kai. Derecho penal del enemigo. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Buenos Aires: B de F, 2006. vol. 1.

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.

Baltazar Junior, José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

Callegari, André Luís. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. In: _____ et al. *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. *RT* 851/432, São Paulo: Ed. RT, set. 2006.

_____; Motta, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: Callegari, André Luís (org). *Política criminal, estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y princípios fundamentales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Choclán Montalvo, José Antonio. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000.

Christie, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: Callegari, André Luís (org). *Política criminal, estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. 2000. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx]. Acesso em: 23.04.2008.

_____. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

_____. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

Donini, Massimo. El derecho penal frente al "Enemigo". *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: B de F, 2006. vol. 1.

Dornelles, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Garland, David. *La cultura del control*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal nas perspectivas das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. Criminalidad organizada y delincuencia económica. Aproximación a su incidencia global. *Criminalidad organizada y delincuencia econômica: estúdios em homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo. Noções críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

MELIÁ, Manuel Cancio. "Direito penal" do inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (orgs. e trads.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CALLEGARI, André Luís (org.). *Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. *Pena y estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. La desigual competencia entre seguridad y libertad. *Política criminal, estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *RBCCrim* 47/31. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2004.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1978.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La ideologia de la seguridad em la legislación penal española presente y futura. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.

WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *RBCCrim* 46/228. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2004.

2
Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

Profesor Titular de Derecho Penal acreditado para el cuerpo de catedráticos da Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: El artículo versa sobre los *presupuestos jurídicos, fundamento, contenido y límites* de la responsabilidad penal en comisión por omisión del empresario (o de los directivos de una empresa) por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.

PALABRAS CLAVE: Comisión por omisión – Posición de garante – Derecho penal empresarial.

ABSTRACT: The article discusses l*egal assumptions, foundations, content and limits* of the criminal liability of an employer (or company directors) upon commission by omissionm, by failing to avoid crimes committed by their employees.

KEYWORDS: Commission by omission – Position of guarantor – Corporate criminal law.

SUMARIO: Introducción – 1. La estructura de la comisión por omisión – 2. Presupuestos jurídicos esenciales (síntesis) – 3. Discusión acerca del fundamento de la posición de garante – 4. Contenido y límites de la posición de garante – 5. Conclusión – Bibliografía.

Introducción[1-2-3]

Como es sabido, la *criminalidad empresarial* se caracteriza por algunas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la *división funcional del trabajo* en el plano horizontal, y *la jerarquía* en el plano vertical. En este sentido, los problemas de autoría y participación que se presentan no sólo afectan a los delitos socioeconómicos en sentido estricto, sino que son comunes a otras infracciones, en las que intervienen estructuras organizadas de personas. Baste citar, como especialmente significativa, la constelación referida a la llamada responsabilidad penal por el producto, vinculada a delitos contra la salud de los consumidores. Pues bien, a partir de aquí surgen toda una serie de problemas específicos que afectan a *tres niveles* distintos: la responsabilidad penal de los subordinados, la de los mandos intermedios, y la de los directivos de la empresa. Este trabajo se centra en la *delimitación de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de la empresa* por la no evitación de hechos cometidos por sus empleados.[4]

1. Texto con notas de la conferencia pronunciada en el Seminario del Prof. Dr. Werner Beulke (Passau) el 17.07.2007 y en el Seminario del Prof. Dr. Claus Kreß (Colonia) el 24.08.2007, a quienes agradezco la oportunidad de debatir en ese marco sobre los problemas planteados y, recientemente, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 09.04.2008.
2. Este artículo constituye una apretada síntesis de los resultados del estudio llevado a cabo entre octubre de 2005 y septiembre de 2006 en el *Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de la Universidad de Colonia gracias a una Beca de Investigación concedida por la Fundación *Alexander von Humboldt*. Mi gratitud se dirige en primer término a esta prestigiosa institución por todo lo que conlleva ser auspiciado por ella, así como al Prof. Dr. Thomas Weigend por su extraordinaria hospitalidad y sus valiosos consejos. Asimismo a los Profs. Drs. Günther Heine, Hans Joachim Hirsch, Claus Roxin, Bernd Schünemann, Klaus Tiedemann y Klaus Volk, por su amabilidad al recibirme en diferentes momentos a lo largo de mi estancia para conversar sobre este objeto de estudio.
3. Publicado en castellano en: Serrano-Piedecasas; Demetrio Crespo (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid: Colex, 2008, p. 61-87. DL: M-35.163-2008. El tema se trata más ampliamente en: Demetrio Crespo, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009.
4. La bibliografía especializada es prácticamente inabarcable, de modo que en lo que sigue las referencias citadas tienen un carácter eminentemente sintético.

Pero antes de entrar en materia, parece oportuno preguntarse, justamente a raíz de una problemática del derecho penal moderno como la que nos ocupa, por dos *cuestiones de principio*: por un lado, la capacidad de la dogmática para resolver problemas prácticos como los que se presentan en el derecho penal económico y empresarial, por otro, la relación entre dogmática y política criminal en el mismo. Por lo que se refiere al primer aspecto, parece evidente que, pese a los esfuerzos vertidos por la doctrina penal para delimitar la *responsabilidad penal en el ámbito de la empresa* en sus diferentes estratos, los resultados siguen siendo ciertamente insatisfactorios.[5] La prueba de que ello es así, es que se ofrecen toda la gama de soluciones posibles en el ámbito de la autoría y participación. Por lo que se refiere al segundo aspecto, entiendo que dogmática y política criminal se encuentran aquí en una relación imprescindible, que debe explicitarse. No se puede afirmar que una determinada solución a un problema penal *debe sostenerse* porque es político-criminalmente conveniente, oportuna, o necesaria, si aparece como dogmáticamente inaceptable. Y menos aun puede presumirse la bondad de la premisa político-criminal en función de una ideología determinada, siendo así que las exigencias de ampliar el círculo de la punibilidad hacia arriba en las estructuras jerárquicas, así como en las empresas, puede encontrar apoyo en todas las opciones políticas.[6]

En el caso de la *responsabilidad penal del subordinado* plenamente responsable subsiste una importante polémica, debido principalmente a la escisión existente entre quien ejecuta inmediatamente el hecho, y quienes trazan la conducta delictiva y poseen el acopio de información completo sobre la misma. Sin embargo, como ha advertido la doctrina especializada, la cuestión más controvertida, la verdaderamente importante desde el punto de vista político-criminal y realmente complicada

5. Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. Trad. M. Sacher, *RDP* 2/29-62, 2005, esp. p. 30-31; FEIJOO SÁNCHEZ, Benardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007, passim; el mismo, Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *La ley penal* 40/5-25, 2007.

6. V., en este sentido, VOGEL, Joachim. Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas, In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Corcoy; MARTÍN, Gómez (coords.). *La Política Criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 129-140, esp. p. 129-130.

desde la perspectiva dogmática, es la de la responsabilidad atribuible al órgano directivo por el comportamiento de los subordinados.[7]

Siguiendo en este punto la sistematización de *Heine*, puede hablarse de *tres grupos de soluciones*, las de autoría, las de participación, y las soluciones por vía omisiva.[8] O si se prefiere, de dos, las de autoría y participación activas, y las omisivas. Entre las soluciones de autoría se han ofrecido dos vías para ampliar el ámbito de responsabilidad de los directivos, la autoría mediata y la coautoría, que se mueven en un plano vertical y horizontal respectivamente.

Dado que el trabajo que presento se centra en la solución por vía omisiva, no me extenderé aquí sobre los problemas de estas propuestas. Sí quisiera, sin embargo, dejar apuntadas algunas ideas principales que son relevantes para mi objeto de estudio. Con relación a la *solución de la autoría mediata*, no cabe en mi opinión una traslación de la teoría del dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder formulada por *Roxin* al ámbito socioeconómico. Como ha reconocido su propio creador, en contra de lo sostenido por el BGH en Sentencia de 26.07.1994, se iría por esta vía demasiado lejos.[9] En el caso normal de la criminalidad empresarial no sólo no se dan los requisitos de la teoría formulada por *Roxin*, sino que también se desbordarían por regla general los límites normales de la autoría mediata, dado que el subordinado no tiene por qué hallarse en una situación de error de tipo y tampoco de inimputabilidad.[10] No menos relevantes son las dificultades que presenta la *solución de la coautoría*, dado que el directivo no lleva a cabo acto de ejecución alguno, de modo que hay que acudir a la idea del *dominio de la decisión* como modalidad de dominio del hecho material.[11] Se observa también

7. V. Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 493.

8. Heine, Günther. Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften. *ZStrR* 119/22-38, 2001, esp. p. 26 y ss.

9. Roxin, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat)*. München: C. H. Beck, 2003, p. 55 y ss. *in extenso*.

10. Ampliamente sobre el problema, por todos, Faraldo Cabana, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, passim.

11. V., por todos, Muñoz Conde, Francisco. ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un

aquí cómo la progresiva normativización del concepto de coautoría, que en principio aparecía limitado en el plano horizontal a personas que comparten un mismo nivel de competencia, se ensancha cada vez más y se ve desdibujado en sus límites principales.[12]

1. La estructura de la comisión por omisión

1. Ante semejantes dificultades modernamente se ha propuesto una vía de solución para el problema al que nos enfrentamos, consistente en acudir a la *estructura de la comisión por omisión*. La misma consiste en atribuir responsabilidad penal por omisión impropia a los órganos directivos, o en su caso, superiores jerárquicos en la organización empresarial, por la no evitación de hechos delictivos cometidos por sus empleados, cuando se hallaba en una situación en que hubiera podido y debido hacerlo. La dificultad de esta propuesta salta a la vista, ya sólo por el hecho de entroncar con uno de los capítulos más oscuros y discutidos de la dogmática de la Parte General del Derecho Penal, cual es el delito omisivo.

2. En lo que sigue trataré de argumentar en torno a los presupuestos, fundamento, y límites de una eventual posición de garante del empresario en la que pudiera basarse una responsabilidad en comisión por omisión de este tipo. Y, siendo todavía algo más ambicioso, me gustaría al mismo tiempo formular las bases de una teoría garantista de la responsabilidad penal del superior en el ámbito de la empresa. Vaya por delante que dicha teoría, que podríamos denominar inicialmente "*teoría de esferas de responsabilidad y sujetos responsables*", se delimita en un principio de forma negativa, y parte de los siguientes elementos metodológicos:

(a) Descartar un elevado grado de normativización de los conceptos, concentrándose como presupuesto en el elemento fáctico subyacente al

delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial. In: AA.VV. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: Uned, 2001, p. 501-531.

12. Para una fundamentación normativista de la coautoría, v., por todos, Gómez-Jara Díez, Carlos. ¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por sus subordinados? *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006, p. 191-210, esp. p. 195.

criterio del dominio del hecho, entendido, en el sentido propuesto por *Schünemann*, como dominio sobre el fundamento del resultado.

(b) Descartar la perspectiva metodológica de los llamados delitos de infracción del deber por considerarla errónea, y por ende, la consideración de los delitos de comisión por omisión como delitos de infracción del deber.

(c) Descartar lo que podrían calificarse como "soluciones aparentes" al problema de la responsabilidad penal del superior, y que son al menos cuatro: los conceptos unitarios de autor; los delitos de pertenencia a organización criminal; la figura del actuar en nombre de otro; la responsabilidad penal directa de la persona jurídica.

Entiendo que los dos primeros institutos son soluciones aparentes porque operan un reduccionismo en virtud del cual se confiere la misma respuesta penal a supuestos que comportan aportaciones al hecho de distinta gravedad. Creo que los dos segundos son soluciones aparentes porque llevan a cabo por esta vía una traslación equivocada de sus ámbitos aplicativos. Utilizar la figura del actuar en nombre de otro,[13] o la vía de la responsabilidad penal de la persona jurídica[14] con el objetivo de lograr un reforzamiento de la responsabilidad penal del directivo de la empresa puede, en mi opinión, ser desacertado.

La *responsabilidad penal de la persona jurídica*, sin embargo, se presenta en la teoría que propongo como un problema secante, que converge con el de la responsabilidad penal del superior en la empresa.

13. Cfr. básico GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Zaragoza: Universidad. Secretariado de Publicaciones, 1985/1986, t. I y II, passim.

14. V., entre las últimas publicaciones, a favor de dicha responsabilidad penal, por ejemplo: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*. 2. ed. Navarra: Aranzadi/Thomson, 2003. Muy interesante en cuanto a los problemas de fondo: HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. Trad. P. S. Ziffer. *Derecho penal – Obras completas*. Sante Fe: Rubinzal Culzoni, 2002, t. III, p. 109-138 [≅ *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, 1993]; JAKOBS, Günther. Strafbarkeit juristischer Personen? PRITTWITZ et al (ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, p. 559-575.

Esta convergencia, sin embargo, no actúa en ella en el sentido de reforzar la responsabilidad penal del directivo, sino en el sentido de *evitar una extralimitación o sobreexplotación de las estructuras de imputación de la responsabilidad penal individual.*

Ciertamente la imputación de responsabilidad penal en comisión por omisión al directivo acontece a veces en virtud de una circunstancia conocida por él, pero que en ocasiones se puede reconducir a un problema de organización de la empresa, tal y como es asumida por dicho directivo en el momento de comenzar el cumplimiento de su función.[15] Este aspecto no es advertido creo desde la perspectiva del actual sistema de responsabilidad de la persona jurídica que sólo actúa a partir de la responsabilidad penal individual.[16]

La discusión en este punto no se situaría ya en el terreno de si es posible la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues es claro que la persona jurídica no puede responder penalmente en el sentido de la persona física, sino en el terreno de su responsabilidad al margen de esta última.[17] Ello con el doble objetivo que hemos mencionado: evitar la extralimitación de las estructuras de imputación de la única y verdadera responsabilidad penal, la individual, y contribuir así a una auténtica delimitación de esferas de responsabilidad y de sujetos responsables.

La redacción dada por el Proyecto de Código Penal de 15.01.2007 al art. 31 bis del Código Penal, si no me equivoco, contempla igualmente los dos problemas como convergentes, en la medida en que viene a reconocer responsabilidad penal directa a la persona jurídica no sólo cuando

15. Se podría tomar como ejemplo el caso del hospital citado por *Gimbernat Ordeig* para construir su teoría procedente de la STS 04/09/1991 en lo que toca al director del hospital: Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. *ADPCP*, vol. LIV, 2001, p. 1-20 [≅ Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht. SCHÜNEMANN et al (ed.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2001, p. 651-663.

16. Sobre este círculo de problemas básico, LAMPE, Erns-Joachim. Systemunrecht und Unrechtsysteme.n *ZStW* 106/683-745, 1994; además, YAMANAKA, Keiichi. Parallele Bestrafung von jusristischen und natürlichen Personen. *ZJapanR* 14/191-207, 2002.

17. En este sentido nos parece acertada la defensa de un *modelo de autorresponsabilidad* (v., muy claro en este sentido: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Imputabilidad de las personas jurídicas? *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 425-446.

las personas físicas que ostentan un poder de dirección cometen un delito por cuenta o en provecho de la persona jurídica, sino además, cuando el delito lo cometen los subordinados de dichas personas físicas en el ejercicio de actividades sociales, también por cuenta y en provecho de la persona jurídica, *por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.*[18]

Con ello parece producirse el doble efecto de reconocer, por un lado, responsabilidad penal a la persona jurídica, y por otro, responsabilidad penal por omisión a título individual de los directivos de la empresa por hechos cometidos por sus subordinados. A primera vista, y a falta de una mayor profundización, creo que esta propuesta legislativa puede generar más problemas de los que contribuye a resolver. A mi juicio acierta al contemplar los dos grupos de problemas como convergentes, pero se equivoca al entenderlos de forma cumulativa y no secante. En segundo lugar, podría conducir a la desafortunada conclusión de la deducción *ex lege* de la responsabilidad individual en comisión por omisión del directivo por hechos penales cometidos por sus subordinados fundamentada en la simple infracción de un deber de vigilancia cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de actividades sociales por cuenta o en provecho de las mismas.[19]

18. Art. 31 bis Proyecto de Código Penal 15.01.2007:
"1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.
En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.
2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos".
19. Sobre los problemas derivados de la actual redacción del art. 31.2 del Código Penal, cfr., por ejemplo: Galán Muñoz, Alfonso. ¿Societas delinquere non

3. Pero, en todo caso, antes de discutir los presupuestos de la posición de garante del empresario, hay que dejar sentadas siquiera brevemente, las bases metodológicas de las que es preciso partir con relación al art. 11 del Código Penal.[20] Esto me parece imprescindible si no queremos discutir o formular teorías al margen del derecho positivo vigente. Como ha advertido *Cerezo Mir* el intento de elaborar un concepto genérico de conducta que abarque acción y omisión es tarea irrealizable, pues parecería que entre ambas la única nota común es la capacidad de acción.[21] Así las cosas, la doctrina se ha esforzado en dar respuesta a la cuestión relativa a por qué la no evitación de un resultado puede ser castigada con la misma pena que si se hubiese causado activamente. Sea porque se considere a la omisión por razones ontológicas y normativas distinta a la comisión, o porque se considere que la omisión sólo es calificable de comisión por omisión cuando es estructural y materialmente idéntica a la realización activa del tipo, se hace preciso buscar un criterio de equivalencia.[22] Este no es otro que *la no evitación del resultado por el garante.*

Una interpretación distinta, que retoma las cosas desde la raíz, aparece en la obra recientemente aparecida de *Dopico Gómez-Aller* en la que el autor sostiene de modo convincente que la evolución histórico-dogmática de la comisión por omisión se explica a partir del erróneo dogma causal que obliga a entender que el tipo penal sólo hace referencia

potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP. *RDPC* 18/229-281, 2006; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones *de lege lata* y *de lege ferenda*. *La Ley* 6548/1-13, año XXVII, 13.09.2006..

20. Art. 11 del Código Penal: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

21. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, II, Teoría jurídica del delito/1*, 6. ed. 4. reimp., Madrid: Tecnos, 2001, p. 47-48.

22. Cfr. al respecto, recientemente, RODRÍGUEZ MESA, Maria José. *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Navarra: Thomson/Aranzadi, 2005, p. 47.

a comportamientos mecánicamente causales del resultado, excluyendo conductas que sin duda también lo causan, pero en el sentido de irrogarlo o infligirlo.[23] Este autor entiende de forma correcta que para determinar el ámbito típico de la comisión por omisión no se trata de buscar, en sentido sintomático, los rasgos internos comunes a toda omisión, sino de delimitar, en sentido analítico, los elementos comunes a la comisión activa y omisiva. Desde esta perspectiva la teoría del garante se contempla como una teoría de la imputación objetiva que busca el fundamento del deber de garantía en un criterio de imputación común a la acción y a la omisión.[24]

Este criterio de imputación común podría ser el dominio del hecho, en el sentido de dominio sobre el origen de resultado. Desde esta perspectiva la consideración de los delitos de comisión por omisión como delitos de infracción de un deber, sería erróneo. Frente a la posición sostenida por *Claus Roxin* en su monografía *Autoría y dominio del hecho*,[25] así como en el segundo volumen de su Manual,[26] no creo que los delitos de comisión por omisión puedan o deban apartarse de la idea del dominio.[27] Más allá de las explicaciones que puedan darse a esta paradoja, según la cual el padre de una fundamentación de la dogmática de la autoría sobre la base del "dominio del hecho", se haya apartado de la misma para explicar algunas manifestaciones típicas, creo que el propio *Roxin* incurre en este punto en una *contradicción*. Efectivamente, por un lado, quiere explicar los delitos de comisión por omisión como delitos de infracción de deber, que nada tendrían que ver por tanto, según su propia definición, con la idea del dominio, para seguidamente recurrir a la idea del "dominio del control" para explicar el fundamento de las posiciones de garantía.[28]

23. Dopico Gómez-Aller, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 61.
24. Idem, p. 691.
25. Roxin, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8.Aufl., Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2006, p. 385 y ss. [*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 497-498].
26. Roxin, Claus. *AT II* (nota 6), § 25/margs. 267 y ss., p. 106 y ss.
27. En este sentido Schünemann, Bernd. El dominio... cit (nota 2), p. 38-39.
28. Roxin, Claus. *AT II* (nota 6), § 32/19, p. 717-718.

A mi entender, esa teoría, que no en vano ha sido llevada a sus últimas consecuencias por el funcionalismo normativista-sistémico,[29] supone acoger un positivismo formalista acrítico con formas típicas que vulneran el principio de proporcionalidad al considerar cumplido el tipo con cualquier intervención, aún la más lejana, del *intranets*.[30]

Por otra parte, no es preciso recordar que *la teoría formal del deber jurídico*, que considera a la ley, el contrato y el actuar previo, los tres posibles fundamentos que dan lugar a deberes de evitación de resultados, se considera hoy ampliamente superada. Frente a esta se imponen en la actualidad explicaciones de tipo valorativo, en esencia reconducibles al pensamiento de *Armin Kaufmann*, que distingue entre "posiciones de garantía de protección" de determinados bienes jurídicos y "posiciones de garantía de vigilancia de determinadas fuentes de peligro".[31]

La introducción en el Código Penal de 1995 del art. 11 vino a zanjar la polémica sobre la necesidad de la regulación de una cláusula de equivalencia para la comisión por omisión, de modo que se cubrieran las posibles fricciones con las garantías formales y materiales del principio de legalidad en esta materia para la punición de estos comportamientos.[32] Sin embargo el precepto deja mucho que desear al mezclar dos lógicas diferentes: (a) la que deriva de la directa subsunción de estos comportamientos en los tipos penales de la Parte Especial (perspectiva analítica), *según el sentido del texto de la ley*; (b) la que deriva de su entendimiento como tipos de injusto diferentes y que se hacen converger de acuerdo a la infracción de un deber jurídico especial derivado de la ley, el contrato o la injerencia (perspectiva sintomática).[33]

29. Cfr., por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999 [≅ *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002].

30. V., la crítica de STRATENWERTH; KUHLEN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. 5. ed. Köln-Berlin-München: Carl Heymann, 2004, § 12, marg. 40, así como de JESCHECK; WEIGEND. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, § 62, p. 663.

31. KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Verlag Otto Schwatz, 1959, p. 282 y ss.

32. HUERTA TOCILDO, Susana. *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 20.

33. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La regulación de la comisión por omisión. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona, 1997, p. 51-

Me uno en este punto a quienes entienden que, con todo, el art. 11 no contiene un catálogo de fuentes, sino una referencia tipológica que restringe el ámbito de las omisiones típicas. En este sentido se ha pronunciado también nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 09.10.2000 al decir que la cláusula vino a inaugurar una etapa más favorable para el destinatario de la norma, al operar una restricción adicional del ámbito de omisiones típicas, expulsando del mismo todos aquellos casos en que no se den los requisitos exigidos.

Pero más allá del concreto alcance de la cláusula de equivalencia contenida en nuestro art. 11, que contiene no pocas diferencias respecto al § 13 del StGB, existen una serie de presupuestos teóricos que resultan esenciales a la hora de examinar la posición de garante del empresario.[34] Se trata de elementos que necesariamente han de ser discutidos, tales como la relevancia en orden al problema que nos ocupa del principio de responsabilidad por el hecho propio, de la conformidad o disconformidad a derecho de las acciones precedentes peligrosas, de la relación entre deber de garante y deber de cuidado en función de la naturaleza del riesgo, o de la delegación de competencias.

2. Presupuestos jurídicos esenciales (síntesis)

1. En primer lugar hay que destacar que en la actualidad la opinión ampliamente mayoritaria de la doctrina se pronuncia a favor de responder *afirmativamente* a la pregunta de la responsabilidad por omisión del empresario por la no evitación de hechos penales cometidos por sus empleados.[35] Esta posición de garante no implicaría en cualquier

78, esp. p. 65 y ss.; Dopico Gómez-Aller, Jacobo. *Omisión...* cit. (nota 20), p. 697.

34. Cfr., básico, Arroyo Zapatero, Luis. *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*. Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981, p. 145 y ss.; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. Fundamento y límites del deber de garantía del empresario. *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995, p. 209-227; García Cavero, Percy. La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía. Álamo, Alonso et al (coord.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005, p. 381-400.

35. Cfr. Schall, Hero. Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung. Rogall; Puppe; Stein; Wolter (ed.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*. Neuwied: Luchterland, 2004, p. 267-283, esp. p. 267.

caso la obligación de evitar cualquier delito cometido en la empresa, sino sólo los llamados "delitos vinculados al establecimiento".[36] La discusión se centra, por tanto, en determinar la amplitud de la obligación de evitar hechos delictivos de esta clase, motivo de discrepancias en torno a casos como el soborno de funcionarios, vulneraciones de la competencia, manipulaciones del *crupier* del casino, acciones violentas del portero de una discoteca, acciones fraudulentas frente a los clientes de la empresa, o chantajes masivos p.e. mediante amenaza de introducir sustancias venenosas en productos de la empresa destinados a la alimentación infantil.[37] De estos se diferenciarían todos aquellos delitos que únicamente se cometen con ocasión de la actividad que desarrolla, pero no como consecuencia de la misma. Sólo en estos últimos cabría hablar de *dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa, que descansa sobre el poder de dar órdenes, así como en el preponderante acopio de información del superior.*[38]

2. Sin embargo, tan claro como lo anterior, lo es también a *sensu contrario* que la posición de garante de los directivos de una empresa por los hechos penales cometidos por sus empleados, no es ni puede ser una de carácter general, ni puede derivar de la mera infracción de un deber de vigilancia.

Al contrario, está *delimitada por todos los flancos*, y el primer gran escollo viene dado por un elemento que no cabe pasar por alto: ese hecho penal es cometido por un sujeto plenamente responsable. Se trata

36. Cfr., básico, SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymann, 1979, p. 103 y ss.; el mismo, Unternehmenskriminalität. In: ROXIN; WIDMAIER (ed.). *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft (Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht)*. München: Beck, 2000, p.621-646, esp. p. 634 y ss.

37. En contra GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia... cit. (nota 12), p. 18. Por el contrario, en sentido afirmativo, ROXIN, Claus. *AT II* (nota 6), § 32 marg. 139, así como LANDSCHEIDT, Christoph. *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten. Zugleich ein Beitrag zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 110 y ss., para los casos del crupier del casino y del portero.

38. Entre otras referencias, v.: SCHÜNEMANN, Bernd. Unternehmenskriminalität... cit. (nota 33); ROGALL, Klaus. Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§130 OwiG). *ZStW* 98/573-623, 1986, esp. p. 617 y ss.

de la gran cuestión acerca de si cabe responsabilidad penal por el hecho antijurídico de un tercero, en el sentido de que al actuar los subordinados normalmente bajo su propia responsabilidad no se podría hablar de un verdadero poder de vigilancia y mandato en virtud del cual los superiores puedan dirigir el comportamiento efectivo de los subordinados a través de medios coercitivos.[39] Existe unanimidad respecto a algunos casos prototípicos como el de los padres respecto a los hijos sobre los que ostentan la patria potestad, o los profesores por las infracciones cometidas por los menores durante el horario escolar, de los que ciertamente difieren los supuestos de la criminalidad empresarial.[40] El argumento, con todo, no es definitivo, pues de lo contrario, sobraría cualquier consideración ulterior.

El hecho de que de la facultad de dirección tanto fáctica como jurídica no se pueda deducir una relación de poder comparable a los "casos prototípicos" no es óbice para afirmar, a partir de determinadas premisas sociológico-empresariales y jurídicas, una posición de garante del directivo en los términos expresados más arriba.[41] No obstante, en este orden de cosas, se ha afirmado por algún sector doctrinal, que sólo podría afirmarse un deber de vigilancia penalmente relevante si el subordinado comete el hecho mediante el empleo de un objeto peligroso perteneciente a la empresa.[42] A partir de aquí es opinión absolutamente dominante que el principio de responsabilidad por el hecho propio no se contrapone con el deber del empresario de impedir que se cometan determinados hechos delictivos por los miembros de la empresa que hacen uso de fuentes de peligro que quedan bajo el poder de dominio del garante.[43]

3. El segundo gran problema al que nos enfrentamos es si las *acciones precedentes peligrosas* que generan posición de garante han de ser necesariamente contrarias al derecho. En opinión de *Arroyo*, siguiendo a *Welp*, debe distinguirse entre acciones precedentes antijurídicas en si y aquellas que no lo son por realizarse con cumplimiento de las medidas

39. Bosch, Nikolaus. *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 166 y ss.

40. Gimbernat Ordeig, Enrique. Omisión impropia... cit. (nota 12), p. 5.

41. Roxin, Claus. *AT II* (nota 6), § 32/137, p. 757.

42. Kirchner, Heino. *Die Unterlassungshaftung bei rechtmäßigen Vorverhalten im Umweltstrafrecht*. Göttingen: V & R Unipress, 2003, p. 85 y ss., 155 y ss.

43. Schall, Hero. Grund und Grenzen... cit. (nota 32), p. 273.

de seguridad accesorias exigidas por el actuar con riesgo permitido. Mientras que el *fundamento de la equiparación* en el primer caso radicaría en que el injerente somete a la víctima a una *relación de dependencia*, este sería un aspecto que quedaría absolutamente fuera de lugar en el segundo porque precisamente "nadie puede tener confianza en que no se realicen acciones peligrosas permitidas". Por ello la posición de la víctima en los supuestos de riesgo permitido se caracterizaría por una situación de dependencia relativa a la *imposición social de soportar riesgos*.[44] Se trata de un problema arduo, sobre el que cabe afirmar en principio que la conformidad o disconformidad a derecho del actuar precedente peligroso no es determinante para la atribución de una posición de garantía, en el sentido de que la primera variante no excluye dicha posibilidad.[45] Parece claro que mientras que de las actuaciones precedentes disconformes con el derecho resulta siempre un deber de salvación, aquellas que se mueven en el marco del riesgo permitido requieren comprobar elementos ulteriores.[46]

4. Más discutible aparece –en mi opinión– el paralelismo relativo a los delitos imprudentes para explicar dicha posibilidad, debido a las diferencias que median entre el deber de garante y el deber de cuidado. Sin embargo, vemos que, trasladado al ámbito empresarial, se plantea la interesante cuestión de la *superposición entre el deber de garante y el deber de cuidado en la empresa, en función de la naturaleza del riesgo*. Hasta donde alcanzo esta cuestión fue desarrollada brillantemente entre nosotros por *Arroyo Zapatero*, que sitúa el problema, siguiendo a *Gallas*, en el ámbito de los delitos omisivos imprudentes.[47] La tesis fundamental expuesta por este autor es que el incumplimiento de los deberes relativos a la apertura de la empresa, en la medida en que afectan a un curso causal activo, son básicamente infracciones del deber objetivo de cuidado. Por el contrario, las infracciones a deberes relativos al ejercicio de la empresa vendrán dados por comportamientos omisivos, en los que se superpondría en la práctica la problemática de los deberes de cuidado y la de los deberes de garante, de suerte que ambos adquirirían un mismo contenido y

44. Arroyo Zapatero, Luis. *La protección penal*...cit. (nota 31), p. 216 y ss.

45. V.: Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. Fundamento y límites... cit. (nota 31), p. 212.

46. V.: Jakobs, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991, § 29, margs. 41 y ss.

47. Arroyo Zapatero, Luis. *La protección penal*... cit. (nota 31), p. 136 y ss.

fundamento.[48] En particular los riesgos derivados de actuaciones de los empleados, en tanto que fuentes de riesgo ajenas, no serían según este autor imputables a su actuar precedente, por lo que sólo podría hacerse responsable al empresario de los correspondientes resultados lesivos en tanto sean de aplicación otros criterios de determinación de posiciones de garante.[49]

5. No menos relevante es la cuestión relativa a la *delegación de competencias*, y la correspondiente traslación de la responsabilidad por omisión. Esta última sólo es posible en el marco de una delegación lícita de competencias, cosa que no siempre se puede afirmar.[50] La delegación de competencias es válida cuando se delega en una persona que reúne la capacitación y las condiciones requeridas para gestionar una concreta esfera de competencia, porque sólo cuando esto es así se podrá decir que los resultados lesivos para bienes jurídicos de terceras personas se producen como consecuencia de la deficiente gestión de los niveles de riesgo que surgen de la misma. En todo caso, no cabe la delegación de los niveles de riesgo generales representados por la empresa en si misma, máxime si se trata de actividades altamente peligrosas. Como dice *Peñaranda Ramos* "con la delegación no se extingue en todo caso el núcleo esencial del deber de garante primario, consistente en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible y exigible que del círculo de la organización de la empresa se deriven daños para terceros".[51]

La delegación de funciones es, sin duda, una necesidad en las organizaciones de las empresas complejas, que responde a la idea de la "división del trabajo", pero igualmente a una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos. Al mismo tiempo, de la delegación surge la obligación para el empresario de no incrementar a

48. Idem, p. 146.

49. Idem, p. 160.

50. Cfr., básico, HEINE, Günther. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden: Nomos, 1994, p. 121 y ss.

51. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones). *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006, p. 411-430, esp. p. 421.

través de la misma el riesgo de lesión para bienes jurídicos de terceros, actuando frente a los peligros conocidos en el momento en que se produce la delegación, o frente a los que resulten conocidos posteriormente.[52] Se dice, pues, que se produce una *mutación*, de modo que la delegación convierte al sujeto en quien recae en destinatario de la norma penal, mientras que la obligación original del delegante se transforma en un deber de controlar su cumplimiento por parte de otro.[53] En opinión de *Meini* cuando el objeto de la delegación consiste específicamente en *funciones de control o vigilancia*, la posición de garante se delega por completo, salvo que haya algún defecto de validez en la misma. Por el contrario, si lo que se delega es la ejecución de actos concretos, no hay exoneración alguna, siendo posible afirmar responsabilidad penal del delegante *in vigilando* o *in eligendo* en comisión por omisión.[54]

6. Por si fuera poco, aparte de estas cuestiones básicas, de por si suficientemente controvertidas, no se encuentran claros puntos de referencia en el derecho positivo. Cuando el legislador ha declarado expresamente una responsabilidad de este tipo, lo ha hecho de forma tan deficiente, que no cabe tomarlos como punto de referencia. Así el art. 318 del Código Penal[55] relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores, o el art. 7.3 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen jurídico de Control de Cambios,[56] son parciales y confusos en su redacción, por cuanto no está clara la relación con el art. 31 del

52. V.: MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 367.

53. Idem, p. 369.

54. Idem.

55. Art. 318 del Código Penal: "Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

56. Art. 7.3 del LCC: "Cuando los actos previstos en el artículo 6 se cometan en el seno de una sociedad o empresa u organización serán también responsables de los delitos las personas físicas que efectivamente ejerzan la dirección y gestión de la entidad y aquéllas por cuenta de quien obren, siempre que tuvieran conocimiento de los hechos".

Código Penal relativo al actuar en nombre de otro.[57] Ambos han sido objeto de críticas decisivas, como p.e la adopción de criterios formales e indiferenciados de imputación, rayanos a la responsabilidad objetiva. Por tanto no parece posible deducir de estos preceptos principios válidos para una regulación general.[58]

Lo mismo sucede en el ordenamiento alemán, pese a la existencia del § 130 de la Ley alemana de contravenciones administrativas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* –OwiG), que castiga con multa como contravención administrativa la omisión dolosa o imprudente por el titular de la empresa de las medidas de control necesarias que hubieran impedido una conducta constitutiva de delito o contravención administrativa cometida por un empleado.[59] La crítica tan contundente de que ha

57. Art. 31 del Código Penal: "1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. 2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

58. V.: Silva Sánchez, Jesús Maria. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. Sánchez, Silva (ed.). Schünemann; Figueiredo Días (coords.). *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: JM Bosch, 1995, p. 357-379, esp. p. 373-374; Meini, Iván, *Responsabilidad*... cit. (nota 49), p. 299; Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit. (nota 4), p. 491 y ss, esp. p. 512 y ss.

59. § 130 OwiG: "(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. 2Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen. (2) Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen. (3) Die Ordnungswidrigkeit kann, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe bedroht ist, mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden. 2Ist die

sido objeto este precepto, tanto por lo que se refiere a su insignificante efecto preventivo, como desde la perspectiva dogmática, hasta el punto de considerarlo difícilmente conciliable con los principios constitucionales del art. 103.2 de la Ley Fundamental, demuestra que no se trata de un modelo a seguir.[60] Sí son atendibles en cambio las propuestas *de lege ferenda* que se han generado a partir de aquí, entre las que cabe citar en primer lugar la sugerencia de *Schünemann* de crear un delito de peligro "en el que la imprudencia del obligado a la vigilancia haya de comprender la contravención por él posibilitada o (según la teoría de la elevación del riesgo) facilitada, y en el que quedara comprendido el efecto de la infracción del deber de vigilancia, que va más allá de la concreta contravención –la puesta en peligro de la seguridad en la empresa-, en forma de la 'aptitud para la posibilitar más contravenciones'"[61]. También, entre nosotros, la propuesta de *Paredes Castañón* de crear un delito de omisión propia agravado (u *omisión pura de garante*), en atención a la especial función de control asignada al directivo u órgano de control.[62] Esta última, habida cuenta de los problemas que se presentan en nuestro ordenamiento, y que derivan, entre otros puntos, de las restricciones operadas por el art. 11 del Código Penal al ámbito típico de la comisión por omisión, aparece como una propuesta altamente interesante.

Pero corresponde ahora llevar hasta el final la argumentación acerca del fundamento, y en todo caso, los límites que flanquearían una genuina responsabilidad en comisión por omisión del empresario por la no evita-

Pflichtverletzung mit Geldbuße bedroht, so bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße wegen der Aufsichtspflichtverletzung nach dem für die Pflichtverletzung angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. 3Satz 2 gilt auch im Falle einer Pflichtverletzung, die gleichzeitig mit Strafe und Geldbuße bedroht ist, wenn das für die Pflichtverletzung angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt".

60. V., por todos, ROGALL, Klaus. § 130 [Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen]. *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2006, p. 1672-1705.

61. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. D. Brückner y JA. Lascurain Sánchez. *ADPCP*, 1988, p. 529-558, esp. p. 550-551.

62. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones *de lege ferenda*. In: BIDASOLO, Corcoy (dir.). *Derecho penal de la empresa*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002, p. 403-432, esp. p. 423.

ción de hechos penales cometidos por sus empleados, aunque sea en los estrechos márgenes que quedarían para la misma desde la perspectiva del dominio sobre el origen del resultado que aquí se adopta.[63]

3. Discusión acerca del fundamento de la posición de garante

1. Una posibilidad manejada por la doctrina para fundamentar la posición de garante del empresario, ha sido la existencia de *específicas obligaciones jurídicas provenientes de la normativa extra-penal.* Sin embargo, la posición de garante no puede derivar sin más de la infracción de dicha normativa, sino que hace falta un "injusto de comportamiento", por lo que se hace necesario acudir a una argumentación material o valorativa. Este es a la vez el principal argumento en contra de la vieja teoría formal del deber jurídico.[64] La figura del *garante protector*, discutida en la bibliografía especializada en el marco de la responsabilidad de los funcionarios, no encaja bien en el ámbito de la empresa, ya que no se da el elemento del monopolio del dominio y de la decisión sobre los bienes

63. Se suman a este criterio en nuestra doctrina, entre otros, Terradillos Basoco, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid: Trotta, 1995, p. 40 ("El deber de vigilar el comportamiento del subordinado, y la consiguiente exigencia de responsabilidades en caso de no hacerlo, surge del dominio del garante sobre la causa del resultado, tanto del control fáctico sobre los elementos materiales peligrosos como del poder de mando, legalmente fundamentado, sobre los trabajadores"); Silva Sánchez, Jesús Maria. Responsabilidad penal... cit. (nota 55), p. 372 ("El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo traslada al sujeto la competencia que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad"); Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico*... cit. (nota 55), p. 499 y ss, esp. p. 503 *in fine*, aclarando que el hecho de acoger el concepto del dominio sobre la causa del resultado propuesto por *Schünemann* para resolver por la vía de la omisión impropia los problemas de determinación de la autoría del directivo en el ámbito empresarial no implica asumir también la idea defendida por este mismo autor según la cual dicho concepto proporciona una base lógico-objetiva para todas las formas de autoría. También *Arroyo Zapatero* se preguntaba en qué condiciones la omisión de quien no impide la producción de resultados típicos por otro es equivalente a la conducta activa de este último, llegando a la conclusión de que esto sucede cuando se puede afirmar cuando dicha persona actúa en el ámbito social del empresario y bajo la dependencia material y jurídica de este, es decir, bajo el señorío del empresario (Arroyo Zapatero, Luis. *La protección penal*... cit., nota 31, p. 160-161).

64. V., por todos, Roxin, Claus. *AT II* (nota 6), § 32/207, p. 781.

jurídicos.[65] Dicha figura tampoco comprende los casos que interesan en este trabajo cuando se refiere a bienes jurídicos propios, que todo lo más se encontrarían en relación con los intereses económicos de la empresa.

2. Sí cobra pleno sentido, sin embargo, la tesis de la *posición de garantía en virtud del deber de vigilancia sobre una fuente de peligro.* Ahora bien, a partir de aquí, se abren distintas vías de argumentar la fuente de la infracción al correspondiente deber de vigilancia. Una de ellas remite al *comportamiento anterior*, bien por razón del actuar precedente, del comportamiento previo permitido que incrementa el riesgo, o de la desestabilización de un foco de peligro preexistente. Otras teorías buscan el apoyo teórico directamente en la *responsabilidad sobre fuentes de peligro propias de la empresa,* en la *competencia organizativa*, o en el *dominio sobre la fuente de peligro.* En este trabajo se opta por esta última alternativa, lo que conlleva consecuencias restrictivas en orden a la esfera de imputación de responsabilidad penal individual en comisión por omisión en el ámbito de la empresa.

Sería demasiado largo exponer aquí con detalle las distintas teorías que merecerían una mención particular. Por eso debo limitarme a reseñar los principales problemas que se presentan con carácter general. Ya sólo el alcance de la posibilidad de construir una posición de garante sobre la base de *la injerencia* presenta multitud de problemas, como se ha puesto especialmente de relieve en los casos de *responsabilidad penal por el producto.* Como línea de principio, esa posición de garante no puede derivar en ningún caso de la mera causalidad, sino en todo caso de la imputación objetiva del actuar previo. Pero los límites a la injerencia como fuente de posición de garantía han sido desmontados en más de una ocasión, como sucedió en la famosa sentencia del *spray* para el cuero por parte del Tribunal Federal alemán.[66] Más restrictivo se mostró nuestro Tribunal Supremo en la sentencia del *caso colza* respecto

65. HEINE, Günther. *Die strafrechtliche...* cit. (nota 47), p. 115.

66. Críticos con la argumetación del Tribunal Federal alemán en este caso, entre otros, KUHLEN, Lothar. Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte. *NStZ* 12/566-570, 1990; HILGENDORF, Eric. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 134 y ss.; HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1996, p. 50 y ss.

al criterio limitativo de que el actuar precedente que fundamenta el deber de garante supere el nivel de riesgo permitido.[67]

Este pilar parece no intervenir directamente en el problema que nos ocupa, porque, como se dijo más arriba, la apertura de la empresa y la contratación de trabajadores en cuanto tales son hechos conformes al ordenamiento. Pero una mirada más profunda conduce a la pregunta acerca de si para fundamentar deberes de salvamento se precisa un acto expreso concluyente de asunción, como en el caso del contrato, o si por el contrario, como defiende *Jakobs*, el derecho puede suplirlo por una conducta precedente aun por determinar.[68]

Especial atención merece la teoría propuesta por *Gimbernat Ordeig*, según la cual sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien lo habrían mantenido dentro del riesgo permitido, o lo habrían reconducido al mismo.[69] Esta teoría tiene la ventaja de explicar convincentemente por qué no está fundamentada la posición de garantía en todos aquellos casos en los que el hecho punible no tiene que ver directamente con los auténticos focos de peligro de cuyo control se es responsable.

En un sentido parecido *Günther Heine* ha propuesto en su escrito de habilitación que la posición de garante del empresario por hechos cometidos en el seno de la empresa sólo puede derivarse del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro típicamente empresariales que resultan de procesos productivos particulares.[70]

Como *teorías de alcance general*, disponemos en mi opinión de dos alternativas: la que explica, en sentido normativo, la idea de la posición

67. Cfr., entre otras referencias, PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la responsabilidad... cit. (nota 48), p. 427.

68. JAKOBS, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Trad. E. Peñaranda Ramos, 1997, Madrid: Civitas, p. 347-363, p. 353; el mismo, Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: ROXIN; WIDMAIER (ed.). *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft (Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht)*. München: Beck, 2000, p. 29-49.

69. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia... cit. (nota 12), p. 1 y ss., p. 12.

70. HEINE, Günther. *Die strafrechtliche*... cit. (nota 47), p. 119 y ss.

de garantía desde la perspectiva de la competencia, y la que lo intenta desde la perspectiva del dominio.

La propuesta de *Günther Jakobs*, que diferencia entre deberes de competencia organizativa y deberes de competencia institucional, se basa en el sinalagma según el cual a cada uno compete, en virtud de su *status* general, garantizar que en el contacto con una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido.[71] Esta teoría adquiere cotas de plasticidad descriptiva enormes que ayudan al análisis del problema, pero en el plano normativo conduce –en mi opinión– a una genuina nivelación dogmática, en la que decae cualquier diferencia entre actuar y omitir, e incluso entre autoría y participación, porque lo decisivo es la atribución o no atribución del curso del daño al ámbito de la organización.

Siendo así, la única teoría de alcance general a la que cabría acogerse es la teoría del dominio, en el sentido propuesto por *Schünemann*, del dominio sobre el fundamento del resultado. La discusión se centraría desde esta perspectiva en el alcance de su lado fáctico y el de su lado normativo, así como en la necesidad o no de complementación con ulteriores criterios normativos. A diferencia de otras teorías no se pierde de vista en la argumentación la conexión con la parte subjetiva del hecho, en la medida en que la misma se quiere hacer derivar mediante la canalización del poder objetivo sobre el hecho por las esferas superiores de dirección. Se enfrenta, sin embargo, a un problema de gran alcance relativo al *concepto subyacente de autor*. Ya no se trata del clásico concepto de autor individual que actúa en el marco de constelaciones abarcables, sino de un concepto tipológico o sistémico, basado en los conocimientos de la moderna sociología organizativa.[72]

Otros criterios normativos, tales como *la ponderación de intereses*,[73]

71. JAKOBS, Günther. La competencia... cit. (nota 65), p. 347 y ss.

72. V., la crítica de ROTSCH, Thomas. *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 194.

73. FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG; LUZÓN PEÑA (coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 99-127, esp. p. 112-113.

la equidad social,[74] o *el ejercicio de facultades individuales de autoorganización*,[75] pueden contribuir tal vez a complementar ciertas deficiencias, o incrementar el poder explicativo o heurístico de la teoría formulada, aunque en mi opinión no son decisivos en el plano dogmático. En particular, la estrecha conexión entre el hecho delictivo cometido y el ejercicio de las facultades individuales de autoorganización *debería ser* un aspecto implícito de la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado, ya que en otro caso no se daría tal dominio, por lo que no parece necesario independizarlo de este último. Si además esta teoría se inserta de antemano en el marco de una teoría garantista –sostenible en términos del Estado de Derecho– de la responsabilidad por omisión del empresario como aquí se hace, hacer descansar el fundamento último de la posición de garante en una especie de "contrapartida" al modelo democrático de organización política resultaría en el mejor de los casos redundante cuando no contradictorio.[76]

4. Contenido y límites de la posición de garante

1. El contenido del deber de garantía del empresario respecto a los riesgos en el seno de la empresa se concreta en la adopción de medidas

74. Bottke, Wilfried. Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica. In: Mir Puig; Luzón Peña (coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 129-197, esp. p. 142 y ss.; el mismo, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, passim.

75. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. Fundamento y límites... cit. (nota 31), p. 210; el mismo, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid: Universidad Autónoma-Civitas, 1994, p. 234 y ss.; también Meini, Iván. *Responsabilidad*... cit. (nota 49), p. 313 y ss.

76. De otra opinión *Martínez-Buján* que acepta este segundo criterio para complementar y perfilar la idea del dominio sobre el fundamento del resultado –aclarando que ello no implica asumir también con carácter general el postulado funcionalista de reconducir la fundamentación sistemática del Derecho penal a la idea de las competencias que incumben al ciudadano– con el argumento que así se pondría el necesario énfasis en el dato de que los deberes de garantía tienen que fundamentarse en última instancia en el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, lo que permitiría ofrecer sólidas pautas democráticas de legitimación para la justificación de los deberes de garantía" (Cfr.: Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho penal económico*... cit., nota 55, p. 504-505).

de seguridad complementarias, y en la adopción de medidas de salvamento.[77] Las primeras tienen por objeto evitar que los focos de peligro eleven el nivel de riesgo inicial inherente a los mismos. Las segundas deben sustraer a las personas de la esfera de eficacia del riesgo cuando este ya se ha convertido en un peligro concreto e inminente para los bienes jurídicos. Una pauta para la determinación en cada caso del contenido concreto del deber de garantía del empresario puede venir dada por la *legislación extrapenal*, que sin embargo, no resulta de gran ayuda, por tratarse de algo enormemente discutido e inseguro.[78] En cualquier caso la propia estructura de nuestra "cláusula de equivalencia", que junto a la equivalencia según el sentido del texto de la ley remite asimismo a las fuentes formales de la posición de garante, haría necesario acudir a la normativa mercantil y societaria, así como a la reglamentación estatutaria propia de la empresa para delimitar adecuadamente el deber de garantía.[79] Un caso particular viene dado por las decisiones colegiadas adoptadas por los *administradores de empresa*.[80] Estos tienen configurada por ley a grandes rasgos el contenido de una eventual posición de garante, que a partir de lo establecido en los arts. 127 y 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas vendría a consistir en la impugnación de acuerdos lesivos y en tratar de evitar su ejecución.[81]

2. Contenido y límites de la posición de garante del empresario se relacionan entre sí, pero estos últimos merecen un tratamiento independiente y autónomo en todos los órdenes. La posición de garante

77. WELP, Jürgen. *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968, p. 212-214; ARROYO ZAPATERO, Luis. *La protección penal*... cit. (nota 31), p. 157 y ss.

78. SCHALL, Hero. Grund und Grenzen... cit. (nota 32), p. 280.

79. MEINI, Iván. *Responsabilidad*... cit. (nota 49), p. 325 y ss.

80. Sobre este círculo de problemas vid., entre otras referencias, NEUDECKER, Gabriele. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p. 133 y ss.; WEISSER, Bettina. *Kausalitäts– und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 65 y ss.; PÉREZ CEPEDA, Ana. *La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución*. Barcelona: Cedecs, 1997, p. 65 y ss.; KNAUER, Christoph. *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*. München: Beck, 2001, p. 201 y ss.

81. En este sentido, MEINI, Iván. *Responsabilidad*... cit. (nota 49), p. 331.

del empresario respecto a la evitación de hechos cometidos por sus empleados conoce en todo caso algunos *límites estructurales*, que no se pueden pasar por alto. En mi opinión los más importantes pueden agruparse desde el *punto de vista dogmático* y *fenomenológico*.

2.1 Los primeros son aquellos que derivan del *principio de responsabilidad por el hecho propio*, *la delegación lícita de competencias*, *la parte subjetiva del hecho* y el *título de imputación*.

a) El *principio de responsabilidad por el hecho propio*, como ya se vio, no constituye un obstáculo insalvable para afirmar la posición de garante del empresario, pero, a su vez, del mismo resulta una primera limitación a la misma. Ello se debe a que con carácter general se considera que si un elemento de la empresa objetivamente no peligroso conduce a un peligro para bienes jurídicos de terceras personas sólo después de su manipulación por parte de quien ejecuta el hecho, la constitución de una posición de garantía iría en contra del principio de responsabilidad por el hecho propio.[82]

b) Ya hemos visto más arriba que *la delegación lícita de competencias* produce una traslación del correspondiente deber de garantía, y con esto, la liberación de responsabilidad penal, salvo que con la trasmisión de la competencia surjan nuevos deberes jurídico-penales bajo la perspectiva de una posible *culpa in eligendo, instruendo et custodiendo*.

c) En tercer lugar la *parte subjetiva del hecho* es un límite estructural general de toda responsabilidad penal, también cuando se imputa a título de comisión por omisión y esta trata de fundamentar una posición de garante del empresario por hechos penales cometidos por sus empleados. Es obvio en toda esta problemática que debe tratarse de un *hecho doloso o imprudente* del empresario al que se imputa responsabilidad penal en comisión por omisión. En otros términos, no es posible objetivar la responsabilidad penal del superior jerárquico hasta tal punto, sea cual fuere el grado de normativización del discurso penal que se alcance, que se olvide la necesidad de constatar un *injusto de comportamiento*, que no viene dado por tanto por la mera infracción de un deber.

c) Aunque admite su estudio en dos fases diferenciadas, entiendo que el *título de imputación* en virtud del cual responde el empresario

82. SCHALL, Hero. Grund und Grenzen... cit. (nota 32), p. 274; JAKOBS, Günther. *AT*... cit. (nota 43), § 29, marg. 36 a; RUDOLPHI, Hans Joachim. *SK/StGB*. 7. ed. 2000, "§ 13", margs. 1-67, p. 35-44, § 13, marg. 28.

garante también es, o puede serlo, un límite, toda vez que la tesis aquí sostenida es que no por ser garante se convierte automáticamente en autor.[83] Más bien al contrario, a diferencia de lo que sucede con la teoría de la infracción del deber, desde la teoría del dominio –que hemos tomado como punto de partida también para los delitos omisivos– puede defenderse una *solución diferenciadora*, de modo que en los supuestos que contemplamos no será extraño que el empresario sea calificado de partícipe, porque la ejecución del hecho está en manos de un tercero que actúa de modo autorresponsable.[84] Esto no quiere decir que no pueda ser calificado también a título de autor, pero esto dependerá de la *importancia de su contribución al hecho* en orden a la evitación del resultado. Esta tesis es compatible con la doctrina expuesta por nuestro Tribunal Supremo en materia de participación omisiva.[85] Según esta línea jurisprudencial la *comisión por omisión en grado de autoría* existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Por el contrario existirá *comisión por omisión en grado de complicidad* cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede considerar apreciable.[86] Sin

83. Sobre este círculo de problemas v.: BOTTKE, Wilfried. Responsabilidad... cit. (nota 71), p. 137 y ss., p. 137.

84. También *Meini* entiende que en la medida en que el empresario detente únicamente un deber de vigilancia cabrá calificarlo como partícipe en comisión por omisión cuando con su omisión haya contribuido a que el riesgo creado o incrementado se realice en el resultado ejecutado por su subordinado (V.: MEINI, Iván, *Responsabilidad...* cit., nota 49, p. 362).

85. STS de 09.10.2000 (Ponente Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo).

86. En la mencionada sentencia (nota 82) se exigen por lo demás para la participación omisiva los siguientes requisitos: (a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley; (b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 del Código Penal exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación; (c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales; (d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado; (e) Que la omisión suponga la infracción

embargo, el debate en este punto dista mucho de estar cerrado, sino que permanece abierto tanto en el plano doctrinal[87] como por parte de la Jurisprudencia, en la que parecen convivir tendencias distintas.[88]

2.2 Entre los *límites* que hemos llamado *fenomenológicos* se encuentran en primer lugar aquellos que derivan de la necesidad de que los delitos de que se trate se hallen vinculados a la empresa. Se trata de la clasificación entre "delitos vinculados al establecimiento" frente a los "delitos cometidos con extralimitación". De aquí resultan según la sistematización llevada a cabo por *Schall* dos límites generales, que en general resultan aceptables, y otros más específicos, que en algún caso pueden resultar demasiado restrictivos.[89]

El *primer límite general* viene a exigir que se trate en todo caso de evitar hechos concernientes a la empresa entendida como "foco de peligro", cuya realización deriva por tanto de este último. El empresario se convierte en "garante-vigilante" pues en virtud de su dominio sobre las fuentes de peligro que residen en su empresa.[90] El *segundo límite general*, que resultaría de unir el primero con el criterio del dominio, es según *Schall* que debe tratarse de delitos que lesionan bienes jurídicos de terceras personas, de modo que los propietarios de la empresa o sus directivos están obligados a evitar ilimitadamente los delitos que sean llevados a cabo con objetos peligrosos de la empresa hacia el exterior, pero no necesariamente aquellos que se mueven en su interior.[91] Asimismo

de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riego para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

87. V., entre otras referencias, Portilla Contreras, Guillermo. La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad. In: Cerezo Mir; Suárez Montes; Beristain Ipiña (edts.). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999, p. 439-481; Robles Planas, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007, passim.

88. Vid., al respecto, Robles Planas, Ricardo. *Garantes*... cit. (nota 84), p. 46.

89. Vid.: Schall, Hero. Grund und Grenzen... cit. (nota 32), p. 278 y ss.

90. Idem, p. 279.

91. No parece evidente, sin embargo, por qué habrían de quedar fuera de consideración todos los casos de esta índole; en particular cuando un empleado comete –en interés real o presunto de la empresa– acciones

quedarían fuera de consideración los casos en los que un subordinado comete un hecho delictivo con abuso de su cargo en la empresa, pero en perjuicio de esta última.

En cuanto a los *límites específicos* tales como la vinculación con el ámbito de tareas propias, la vinculación interna con las tareas y fines de la empresa, la actuación en interés de la empresa, o la utilización de "recursos" fácticos o jurídicos de la empresa, siendo razonables con carácter general, aparecen en ocasiones como demasiado restrictivos.[92]

5. Conclusión

La dificultad de construir una teoría general de la responsabilidad penal del superior en la que encaje la forma omisiva por la no evitación de hechos penales cometidos por los subordinados no debe impedir que la Ciencia Penal aborde este reto con solvencia, desde el respeto a los principios y categorías del Derecho penal del Estado de Derecho.

En este sentido caminan propuestas como la del *art. 15 del Proyecto de los Eurodelitos*,[93] que con esa u otra fórmula de signo garantista,

constitutivas de delito frente a otros empleados, de las que el empresario tuvo conocimiento y pudo haber impedido.

92. Schall, Hero. Grund und Grenzen... cit. (nota 32), p. 281-283.

93. Art. 15. Responsabilidad por comportamientos ajenos (Schünemann/ Tiedemann): "1. Será también sancionado como autor, en los supuestos a los que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe ilícitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante una supervisión adecuada. La pena se atenuará en un cuarto de su extensión si el autor únicamente podría haber dificultado la realización del hecho. 2. De acuerdo con el apartado primero resultan responsables: a) Los miembros del gobierno, funcionarios y soldados por hechos cometidos por sus subordinados si los hechos forman parte de los negocios o actividades que deben ser supervisados; b) Los propietarios o directores de un establecimiento o empresa, así como las personas con poder de decisión o control por hechos realizados por subordinados pertenecientes al tráfico del establecimiento o de la empresa. 3. Los Estados miembros resultan competentes para establecer supuestos distintos a los enumerados en el apartado segundo, considerando autor (por omisión) a quien esté obligado jurídicamente a impedir la realización de un resultado procedente de un hecho antijurídico debido al dominio que ejerce sobre un tercero o sobre la protección de la víctima. En estos supuestos la pena podrá aminorarse hasta una cuarta parte. 4. La delegación de respon-

probablemente vendría a solventar parecidos problemas de delimitación a los que en su día resolvió nuestro art. 11 del Código Penal respecto a la comisión por omisión en general, pero aplicados ahora al derecho penal económico y empresarial.

Bibliografía

Arroyo Zapatero, Luis. *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*. Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981.

Bosch, Nikolaus. *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos, 2002.

Bottke, Wilfried. *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

_____.Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica. In: Mir Puig, Santiago; Peña, Luzón (coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 129-197.

Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho penal español II. Teoría jurídica del delito/1*. 6. ed. 4. reimp. Madrid: Tecnos, 2001.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Faraldo Cabana, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Feijoo Sánchez, Benardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.

_____. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *La ley penal* 40/5-25, 2007.

Frisch, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo. In: Puig, Mir; Peña, Luzón (coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 99-127.

García Cavero, Percy. La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía. In: Álamo, Alonso et al. (coord.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005. p. 381-400.

sabilidad sólo exime de responsabilidad penal si se refiere a un determinado segmento de la actividad y existe certeza de que el delegado puede realizar eficazmente la tareas y competencias que le han sido transferidas. Lo anterior no modifica ni la responsabilidad por la elección, vigilancia y control, ni la responsabilidad general derivada de la organización" (Cfr. Tiedemann; Nieto Martín (coords.). *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 142-143).

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. *ADPCP*, vol. LIV, 2001, p. 1-20 ["Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht", en Schünemann e.a (Ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2001, p. 651-663].

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Imputabilidad de las personas jurídicas? *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005. p. 425-446.

_____. ¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por sus subordinados? *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006. p. 191-210.

_____. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Zaragoza: Universidad. Secretariado de Publicaciones, 1985/1986. t. I y II.

HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1996.

HEINE, Günther. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

_____. Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften. *ZStrR* 119/22-38, 2001.

HILGENDORF, Eric. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. Trad. de P. S. Ziffer. *Derecho penal – Obras Completas*. Sante Fe: Rubinzal Culzoni, 2002. t. III, p. 109-138 [□ *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, 1993].

HUERTA TOCILDO, Susana. *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

JAKOBS, Günther. Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: ROXIN, Claus; WIDMAIER, Gunter (ed.). *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft (Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht)*. München: Beck, 2000. p. 29-49.

_____. La competencia por organización en el delito omisivo. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Trad. E. Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997. p. 347-363.

_____. Strafbarkeit juristischer Personen?, In: PRITTWITZ et al (ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen.*, Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 559-575.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991.

JESCHECK; WEIGEND. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte.* Göttingen: Verlag Otto Schwatz, 1959.

KIRCHNER, Heino. *Die Unterlassungshaftung bei rechtmäßigen Vorverhalten im Umweltstrafrecht.* Göttingen: V & R Unipress, 2003.

KNAUER, Christoph. *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft.* München: Beck, 2001.

KUHLEN, Lothar. Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte. *NStZ* 12/566-570, 1990. p. 566-570.

LAMPE, Erns-Joachim. Systemunrecht und Unrechtsysteme. *ZStW* 106/683-745, 1994.

LANDSCHEIDT, Christoph. *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten. Zugleich ein Beitrag zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte.* Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Fundamento y límites del deber de garantía del empresario. *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann.* Madrid: BOE, 1995.

_____. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo.* Madrid: Universidad Autónoma-Civitas, 1994.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? In: AA.VV. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología.* Madrid: Uned, 2001.

NEUDECKER, Gabriele. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen.* Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo.* Madrid: Iustel, 2008.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones *de lege ferenda.* In: BIDASOLO, Corcoy (dir.). *Derecho penal de la empresa.* Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002. p. 403-432.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones). *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García.* Madrid: Colex, 2006. p. 411-430.

PÉREZ CEPEDA, Ana. *La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución.* Barcelona: Cedecs, 1997.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad. In: MIR, Cerezo; MONTES, Suárez; IPIÑA, Beristain. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999. p. 439-481.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

RODRÍGUEZ MESA, Maria José. *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Navarra: Thomson/Aranzadi, 2005.

ROGALL, Klaus. § 130 [Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen], In: *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2006. p. 1672-1705.

_____. Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§130 OwiG). *ZStW* 98/573-623, 1986.

ROTSCH, Thomas. *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat)*. München: C. H. Beck, 2003.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. Aufl. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2006.

RUDOLPHI, Hans Joachim. *SK/StGB*. 7. ed. 2000. "§ 13", margs. 1-67, p. 35-44.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999 [*Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002].

SCHALL, Hero. Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, In: ROGALL; PUPPE; STEIN; WOLTER (ed.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied: Luchterland, 2004. p. 267-283.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. D. Brückner y JA. Lascurain Sánchez. *ADPCP*, 1988, p. 529-558.

_____. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. Trad. M. Sacher. *RDP* 2/29-62, 2005.

_____. Unternehmenskriminalität. In: ROXIN, Claus; WIDMAIER, Gunter (ed.). *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft (Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht)*. München: Beck, 2000. p.621-646.

_____. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La regulación de la comisión por omisión. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona, 1997. p. 51-78

_____. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria; SCHÜNEMANN, B.; DÍAS, Figueiredo (coords.). *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: JM Bosch, 1995. p. 357-379.

STRATENWERTH; KUHLEN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. 5. ed. Köln-Berlin-München: Carl Heymann, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995.

TIEDEMANN; NIETO MARTÍN (coords.). *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.

VOGEL, Joachim. Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Corcoy; MARTÍN, Gómez (coords.). *La Política Criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 129-140.

WEISSER, Bettina. *Kausalitäts-und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

WELP, Jürgen. *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

YAMANAKA, Keiichi. Parallele Bestrafung von jusristischen und natürlichen Personen. ZJAPANR 14/191-207, 2002.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*. 2. ed. Navarra: Aranzadi/Thomson, 2003.

3
Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO

Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca (Espanha). Ex-Investigador Científico no Max-Planck Institut, Alemanha. Professor do curso de Mestrado da Universidade de Itaúna e professor Adjunto da UFU. Promotor de Justiça de Uberlândia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Há 11 anos atrás a Lei 9.605/1998 inovou ao estabelecer a possibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica pela comissão de crimes contra o meio ambiente. 11 anos após sua entrada em vigor, este trabalho estuda a evolução do quadro legal e das circunstâncias que levaram a sua formulação e promulgação, bem como os argumentos a ela favoráveis e contrários, e jurisprudência resultante. Conclui que hoje, embora subsistam posições contrárias, doutrinas e jurisprudência dominantes aceitam a responsabilidade indireta da pessoa jurídica, vinculando-a a seu órgão ou representante legal.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade criminal – Pessoa jurídica – Crimes ambientais – Lei 9.605/1998.

ABSTRACT: Law 9.605/1998, which deals with environmental crimes, innovated when it established criminal liability for legal entities engaged in crimes against the environment. Ten years past its coming into force, this paper studies the legal framework and circumstances leading to its enactment, as well as pro and con arguments and jurisprudence on the subject. It concludes that today, despite the fact that contrary positions subsist, the dominant doctrine and jurisprudence accept indirect liability of the legal entity, linking it to its legal body or representative.

KEYWORDS: Criminal liability – Legal entity – Environmental crimes – Law 9.605/1998.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Evolução – 2. Críticas à responsabilidade penal da pessoa jurídica – 3. Suficiência da capacidade de ação para imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica – 4. Argumentações intermediárias – 5. Os argumentos favoráveis – 6. Os modelos de imputação à pessoa jurídica – 7. O fato referência – 8. O modelo de responsabilidade indireta: o sistema vicarial – 9. A responsabilidade direta – 10. O funcionalismo: 10.1 A concepção de Tiedemann:

10.1.1 Os modelos de responsabilização da pessoa jurídica; 10.2 A concepção de Heine – 11. A posição da jurisprudência brasileira – 12. Conclusão – Bibliografia.

Introdução

Decorridos 11 anos da promulgação da Lei 9.605/1998, especificadora da responsabilidade penal da pessoa jurídica para a prática de delitos contra o meio ambiente, é chegado o momento de reexaminarmos alguns de seus argumentos favoráveis e contrários, para em seguida consultarmos arestos brasileiros sobre o tema a fim de compreender a posição adotada.

1. Evolução

A Constituição Federal ao estabelecer em seu art. 225, § 3.º, que condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitaram os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, e permitiu desde logo a formação do primeiro debate, qual seja: a Constituição Federal criou ou não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.[1]

Naquele momento, o argumento contrário sustentava que a responsabilidade penal era sempre individual, já as sanções administrativas seriam destinadas às pessoas jurídicas. Já os favoráveis, argumentavam na direção de que a responsabilidade penal era destinada a ambos, tal como já se considerava quanto à responsabilidade civil e administrativa.[2]

Passados 10 anos da promulgação da Carta da República, o ordenamento jurídico foi inovado através da Lei 9.605/1998, formuladora de um microssistema de tutela penal, processual penal e administrativa do meio ambiente. Em seu art. 3.º, textualmente atribui responsabilidade

1. Cernicchiaro, Luiz Vicente; Costa Júnior, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*, p. 158-166. TACrimSP, MS 349.440/8, 3.ª Câm. Crim., j. 01.02.2000, v.u, rel. Juiz Fábio Gouveia.. Mais recentemente, Danielle Mastelari Levorato, sustenta a inconstitucionalidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica, e a ineficácia do Direito Penal para puni-la. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*, p. 57-85, e Guilherme José Ferreira da Silva, *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 85 e ss.

2. Cernicchiaro, Luiz Vicente; Costa Júnior, Paulo José da. Op. cit., p. 269.

penal à pessoa jurídica, porém vinculando-a, obrigatoriamente, ao seu representante legal ou quem lhe faça as vezes, quando a decisão deste se der no interesse ou benefício da pessoa formal, e por esta razão realizar um injusto penal descrito na mencionada lei.

Com a introdução desta lei no ordenamento positivo brasileiro, há de se entender consolidada a responsabilidade penal da pessoa jurídica a título formal.[3] Note-se, desde logo, que não se trata apenas da novação legal, mas sim da ruptura de um sistema jurídico e de longa tradição jurídica construídos sobre a base da responsabilidade penal pessoal, isto é, do princípio da *societas delinquere non potest*.

2. Críticas à responsabilidade penal da pessoa jurídica

Se na seara legislativa o assunto estava encerrado, é certo que nos âmbitos dogmático e jurisprudencial os questionamentos estavam apenas começando, e todos a partir da compreensão de que os modelos jurídico-penais existentes até então foram construídos e se desenvolveram a partir da pessoa humana,[4] levando-se em consideração a sua natureza, características e atributos.[5] E mais, discute-se se as sanções impostas à pessoa jurídica são penas, medidas de segurança ou sanções administrativas.

No plano político criminal, questiona-se a idoneidade de se impor penas ou outras sanções às pessoas jurídicas como forma de prevenir a ocorrência de lesão aos bens jurídicos compreendidos a partir de sua característica metaindividual. Some-se a isto a assertiva que reconhece a pessoa física como a única capaz de ser destinatária da norma, e por isto ela é autora da infração e se sujeita à sanção.[6]

3. Neste sentido: Édis Milaré, *Direito do ambiente*, p. 450-453, e Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, p. 660-666. Ainda, vale consultar o voto do Desembargador do TRF-4.ª Reg., José Luis Germano da Silva, lançado no julgamento do MS 2002.04.01.013843-0/PR, e que fundamentou o acórdão.

4. Destaca Renato de Mello Jorge Silveira que "a grande discussão dogmática empreendida contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica baseia-se em uma teoria do delito construída a partir de paradigmas comportamentais da pessoa física". *Direito penal supra-individual – interesses difusos*, p. 198.

5. Adotando idêntica posição: STJ, REsp 564.960/SC (2003/0107368-4), rel. Min. Gilson Dipp.

6. Gracia Martín, Luis. La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho español. *Hacia un derecho penal*

Sob o aspecto dogmático, os primeiros discursos contrários vieram à tona, e em manifesta adesão aos postulados ontológicos do finalismo, reconheceu-se à pessoa jurídica a incapacidade de ação, de consciência e vontade delitiva, de incapacidade de culpabilidade e de incapacidade de sofrer pena.[7]

Especificamente, as categorias do delito foram elaboradas a partir do indivíduo e de suas capacidades pessoais, reunindo uma série de elementos psicológicos (v.g. elementos volitivos).[8] Acerca do conceito tradicional de ação, este é psicológico quando afirma que só poderá ser seu sujeito quem possua capacidade psicológica, isto é, que tenha vontade para delinqüir. Destarte, como a pessoa jurídica não possui vontade, ela não tem condições de praticar ação.

Consciência e vontade são elementos antropológicos, inerentes ao ser, à pessoa humana, enfim, subjetivos, porque ele ao obter conhecimento das coisas da vida, conhecimento profano, e por ser inteligente e poder dirigir o seu comportamento, livre arbítrio, afasta-se do irracionalismo e do instinto. Por suposto, atributos desconhecidos pela pessoa jurídica.

Quanto à culpabilidade, *prima facie*, ela fundamenta o Direito Penal, e o objeto de reprovação é a vontade do autor (elemento biopsicológico

económico Europeo, p. 88-89; e La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas. *RPCP* 4, p. 496.

7. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim IBCCrim* 65 (ed. esp.), p. 6; PRADO, Luiz Regis. Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Boletim IBCCrim* 65 (ed. esp.), p. 2-3; BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição. *Boletim IBCCrim* 65 (ed. esp.), p. 7.

8. Afirmava Hans Welzel que só pode incorrer em culpabilidade o indivíduo por estar dotado de vontade, porém não uma corporação ou outro ente coletivo. *El nuevo sistema de derecho penal*, p. 80. Também: Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de direito penal – parte especial*, p. 12-16; Luiz Regis Prado, Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações, p. 127-135; Miguel Reale Júnior, A responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 137-139; Ivette Senise Ferreira, *Tutela penal do patrimônio cultural*, p. 102; e TACrimSP, MS 349.440/8, rel. Fábio Gouvêa (vencido em parte), apontam no sentido de declarar a inconstitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em sentido contrário, afirma Klaus Tiedemann que o finalismo atual não nega a possibilidade de imputar atos humanos à pessoa moral. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. *Jornadas sobre la reforma de la justicia*, p. 38.

que só a pessoa natural possui) que permitiu se conduzir em desacordo ao Direito. Frisa-se que o autor da infração tem liberdade, vista aqui como um ato de condução causal dos impulsos pela autodeterminação de acordo com um sentido.[9]

Sobre a pena, ela está orientada apenas ao homem, havendo em si, v.g., uma reprovação ético-social, com um conteúdo de tratamento, ou, se se preferir, de castigo do delinqüente, o que obviamente implicaria a impossibilidade de sua aplicação a pessoa jurídica.[10] Discute-se, então, se a sanção aplicável à pessoa jurídica pode ser conceituada como pena.

Também a determinação e individualização da pena (garantia constitucional do cidadão – art. 5.°, XLVI, CF/1988 c/c art. 59 do CP) levam em consideração a personalidade do agente, o que é impossível de se realizar com a pessoa jurídica.

Ao reformular sua posição, e alinhando-se aos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, Günther Jakobs aponta que a pessoa jurídica não pode descumprir ou desautorizar uma norma, eis que ela é meio organizacional da pessoa natural.[11] Amparado em Savigny e no aspecto central de sua teoria da titularidade do negócio jurídico, o representante se mostra como portador da vontade do representado, o que quer dizer que o representado pode servir-se de si mesmo para expressar pensamentos e convertê-los em comunicação, ou de um representante como meio organizacional.[12]

Logo, é a pessoa física que possui consciência e não há de se confundir a sua identidade com a da pessoa jurídica. Isto é, só o autor, pessoa física, toma uma posição frente a norma em razão de seu ato ter

9. Neste sentido: Aníbal Bruno, *Direito penal*, t. 2, p. 207; e Luiz Vicente Cernicchiaro, *Questões penais*, p. 192.

10. Silveira, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 196-197.

11. Dizia Günther Jakobs: A partir desta concepção, os atos dos órgãos da pessoa jurídica se convertem em ações próprias da pessoa jurídica, pois estas pertencem ao sistema pelo qual a sociedade tratou de se organizar, comprova-se então que esta ação deve ter uma relação funcional com a atividade da empresa, excluindo do círculo de imputação qualquer ação ocorrida dentro da empresa. Noutras palavras, as ações de um órgão da pessoa jurídica realizadas de acordo com o estatuto da mesma, são ações próprias da pessoa jurídica. *Derecho penal – parte general*, p. 183.

12. Jakobs, Günther. Punibilidad de las personas jurídicas? *El funcionalismo en derecho penal (libro homenaje al profesor Günther Jakobs)*. vol. 1, p. 332.

significado comunicativo. Aqui há uma consciência com uma exteriorização, e esta consciência representa no plano da comunicação a capacidade do sujeito de apreender o significado da norma, agindo conforme ela ou não.

Disto resulta que, apenas e unicamente uma pessoa a que se imputa uma consciência própria é competente no plano comunicativo para comportar-se de forma culpável.[13] Isto é, todos os fatos culpáveis são fatos próprios dos que nele participam. Neste aspecto, não há uma culpabilidade que possa ser transferida.

Ou seja, enquanto a pessoa natural se determina pela consciência, a pessoa jurídica se determina pela unidade de sua constituição. Não há transferência de culpabilidade por parte do órgão da pessoa jurídica para a própria empresa. É o órgão que infringiu deveres próprios, e em conseqüência não é livre para decidir negócios alheios. E mais, os comportamentos delitivos só podem ser atribuídos a quem atua para si, e a culpabilidade atribui-se aos fatos daqueles que participaram.

Diante disto, e sob a concepção de Jakobs, se a pessoa jurídica tem que reconhecer como culpa própria a culpa do órgão, então esta culpa é sua própria culpa, e não há de se falar em resto de culpa individual, o que acarretaria a dissolução da pessoa natural, eis que não poderia ser culpada por nada, e isto não é o que deseja a dogmática penal atual.[14]

Trata-se, então, de reconhecer que a culpabilidade da pessoa jurídica é a culpabilidade pelo fato ou decisão de outro, e se esta teoria é adotada no Direito Civil, já no Direito Penal careceria de legitimidade por ser contrária aos seus postulados básicos, em especial afrontaria os princípios da culpabilidade e da personalidade das penas.[15]

Tampouco se pode dizer que a culpabilidade do representante da pessoa jurídica é a culpabilidade da pessoa jurídica, porque o seu representante ou órgão é parte integrante da pessoa jurídica. Se assim for, o órgão tem isenção de pena quando delinqüir, porque ele faz parte de outra pessoa. Ou seja, a pessoa jurídica tem que reconhecer juridicamente como culpa própria a culpa do órgão, e não haverá remanescente de culpa individual.

13. Idem, p. 338.
14. Idem, ibidem.
15. Feijóo Sánchez, Bernardo. Culpabilidad y punición de las personas jurídicas? *El funcionalismo en derecho penal (libro homenaje al profesor Günther Jakobs)*. vol. 1, p. 354.

Portanto, é impossível atribuir culpabilidade à pessoa jurídica já que esta não pode desautorizar as normas por não ser autoconsciente, nem comunicativamente competente.

Assim se considerando, igualmente pode-se dizer que a pessoa jurídica é o instrumento nas mãos do "homem de trás".[16]

3. Suficiência da capacidade de ação para imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica

Quanto à capacidade de ação por parte da pessoa jurídica, assevera Sérgio Salomão Shecaira,[17] que seus argumentos remontam a Gierke, ao formular a teoria da realidade objetiva, ou orgânica ou da vontade real, conceituando que pessoa não é somente o homem, mas todos os entes dotados de existência real. A partir desta concepção, reconhece-se a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por ser a mesma capaz de vontade.

Aqui, as pessoas físicas atuam na qualidade de órgão ou de representante legal da pessoa jurídica, porém a imputação da ação se faz à pessoa jurídica. Serão ações aquelas havidas no benefício da própria pessoa jurídica e em atendimento ao seu estatuto social, que contaminem o meio ambiente, infrinjam a prevenção de riscos laborais ou exponham ou vendam produtos impróprios para o consumo humano.

Por derradeiro, as pessoas jurídicas também são destinatárias da norma porque podem produzir os efeitos exigidos pela norma, ao mesmo tempo em que poderão ser autoras da infração. Assim, as ações de um órgão da pessoa jurídica (fato de referência) realizadas de acordo com determinados critérios normativos de imputação, são ações da própria pessoa jurídica. Conseqüentemente, estende-se a culpabilidade deste órgão à pessoa jurídica.

Verifica-se neste contexto a despreocupação sobre a utilização de conceitos dogmáticos precisos, bastando para a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica uma subsunção formal do fato à lei penal,

16. Feijóo Sánchez, Bernardo. Cuestiones basicas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, de otras personas y de agrupaciones y asociaciones de personas. *RBCCrim* 27.

17. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 84-87.

senão a utilização no todo ou em parte de institutos da teoria do delito ou do processo penal concebidos para a pessoa física.[18]

4. Argumentações intermediárias

É pacífico o entendimento de que a construção da culpabilidade da pessoa jurídica encontrou mais dificuldades e proporcionou maiores debates. Curiosamente, alguns autores negam a capacidade de culpabilidade para a pessoa jurídica, conquanto que extraíam conclusões diversas.

Günther Stratenwerth reconhece a necessidade político-criminal de introduzir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, porém nega a capacidade de culpabilidade a elas, e propõe, em troca, a aplicação de medidas de segurança.[19]

Por sua vez, Bernd Schünemann também nega à pessoa jurídica capacidade de culpabilidade, porém admite a responsabilidade penal e a possibilidade de impor penas, quando a punição do órgão resulte insuficiente desde o ponto de vista político-criminal, e assim o faz baseado no estado de necessidade preventivo de bens jurídicos. Isto é, pugna a complementação do Direito Penal individual por um Direito Penal coletivo.[20]

Já Carlos Gómez-Jara Díez considera que a capacidade da empresa para a sua auto-organização, condução e determinação, conduz a um conceito construtivista de culpabilidade, fundamentado na cultura do

18. Neste sentido: Eládio Lecey, *Direito ambiental em evolução*, p. 47-50, formula a culpabilidade da pessoa jurídica como juízo de reprovação, sem o elemento consciência da ilicitude. No mesmo sentido: Freitas, Vladimir Passos de; Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, p. 70; Ney de Barros Bello Filho, *Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei n. 9.605/1998*, p. 60; Fernando Galvão, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 166, autoriza a partir de interpretação extensiva sobre os arts. 3.º e 311 do CPC c/c o art. 799 do CPC, a decretação de medidas cautelares, olvidando-se que dispositivo incriminador ou de persecução penal só poderá ser utilizado se previsto em lei, vedando o sistema qualquer hipótese de analogia *in malam parte*.

19. Strafrechtliche Unternehmrndhaftung? Em *Festschrift für Rudolf Schmidt*, Tübingen, 1992, p. 295, apud José Miguel Zulgadía Espinar, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y* asociaciones, p. 156.

20. La punibilidad de lãs personas jurídicas desde la perspectiva europea. *Hacia un derecho penal econômico europedo – Jornadas em honor del Profesor Klaus Tiedemann*, p. 565-600.

cidadão empresarial fiel ao Direito, e na igualdade entre as pessoas físicas e jurídicas de questionar a vigência das normas. Esta teoria retrata o *déficit de motivação* vinculado à legitimação da pena através da teoria da prevenção geral positiva.[21]

Hans Joachim Hirsch, tradicional defensor do finalismo e discípulo de Welzel, admite a capacidade de culpabilidade própria das pessoas jurídicas, porém o faz partindo da responsabilidade solidária desta com o órgão ou representante. Trata-se de uma construção orientada pelas categorias sociais e jurídicas.[22]

5. Os argumentos favoráveis

A partir da segunda metade do séc. XX, a sociedade global despertou para a necessidade de protegermos o ambiente ao constatar que o funcionamento lícito de indústrias e fábricas lesam bens jurídicos fundamentais do homem, como a vida, a saúde e o meio ambiente, notadamente a partir da tecnologia utilizada e exploração dos recursos naturais. Some-se, ainda, o modelo social e econômico. Potencializados os danos ambientais havidos pelo planeta e diminuída a qualidade de vida dos povos, mais recentemente acresce as alterações climáticas já percebidas, e agrupadas todas estas questões põe-se em xeque a possibilidade de futuro promissor às próximas gerações. Enfim, o discurso entorno do meio ambiente concentra as discussões políticas, jurídicas e detém preocupações dos povos e nações.

De outro lado, o Direito Penal clássico de proteção de bens jurídicos se concentra numa relação individualizável entre autor e vítima. Seus critérios de atribuição proporcionaram segurança jurídica e assim se desenvolveram. Porém, tal como afirma Günther Heine, o Direito Penal não exclui que se integrem novas necessidades sociais de proteção.[23]

A partir disso, e em obediência aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, atribui-se ao Direito Penal a necessidade de reacionar

21. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial (Hacia uma verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Eletrócnica de Ciência Penal* 8, 2006. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08.html]. Acesso em: 01.05.2008.
22. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. *ZStW*, 107, 1995, p. 286, apud José Miguel Zulgadía Espinar, op. cit., p. 158.
23. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuário de derecho penal y ciências penales*, t. 46, p. 291.

frente a lesão ao bem jurídico meio ambiente, tipificando na lei penal condutas lesivas a ele. Ora, se se imputa ao degradador ou poluidor (pessoa física) infração penal, com maior razão se fará à pessoa jurídica, eis que ela possui capacidade ofensiva de lesar o ambiente muito superior àquela da pessoa física. Trata-se aqui, também, de lógica jurídica e adoção de regras de proporcionalidade.

Some-se a isto a utilização das normas penais como instrumento hábil a criar a conscientização coletiva sobre determinado problema em obediência às novas exigências sociais, reconhecendo-se o efeito simbólico da norma penal para toda a coletividade.

Não obstante sejam várias as razões políticas e sociais que legitimam a intervenção do Direito Penal para tutelar o bem jurídico meio ambiente, e conseqüentemente atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, o impasse agora estabelecido reside na escolha ou composição de um modelo dogmático que fundamente a realização de uma imputação penal plena e legítima.

Dentre as possibilidades destacam-se: (a) expansão dos conceitos tradicionais do Direito Penal para abrigar a responsabilização da pessoa jurídica; (b) criação de um novo ramo do Direito denominado de Intervenção; (c) reformulação do sistema penal, tornando-o único às pessoas físicas e jurídicas; (d) criação de um sistema penal à margem do sistema tradicional exclusivamente para pessoas jurídicas.

Expandir os conceitos penais tradicionais para possibilitar a responsabilização da pessoa jurídica, ou reformular o sistema penal, tornando-o único às pessoas físicas e jurídicas; significa estender características antropológicas a quem não as tem, porém o sistema penal as adota, o que geraria absoluta incongruência metodológica e contradições insolúveis.[24] Questões decorrentes do concurso de pessoas, nexo causal e outros não teriam coerência. Isto porque a dogmática foi construída a partir da concepção de que o delito se constitui na lesão de um bem jurídico, a partir da realização de uma conduta de um sujeito individual que o vulnera e causa dano a uma vítima.

Acerca da criação de um novo ramo do Direito, sustenta Winfried Hassemer, o Direito de Intervenção como sendo o mais adequado a responder aos problemas específicos das sociedades modernas, formando-

24. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal – prescrição funcionalista*, p. 59.

o com elementos do Direito Penal, tipicidade, e ausência do juízo de culpabilidade, Direito Administrativo, quanto à sanções, Direito Civil, na parte de obrigações e contratos e aspecto dos mercados de capitais, proporcionando, em troca, flexibilização das garantias constitucionais, por exemplo permissão de obtenção de provas ilícitas etc. Objetivo deste ramo é a prevenção e impedimento de resultados danosos aos bens difusos.[25]

Em sentido contrário à criação, disponibiliza-se o próprio texto constitucional, eis que o mesmo não autoriza o relaxamento das garantias fundamentais do cidadão.

Reconstruir os conceitos dogmáticos do Direito Penal, em consideração das particularidades da sociedade contemporânea, surge como necessidade imperiosa, possibilitando-se assim a responsabilização da pessoa jurídica, e lhe garante legitimidade e eficácia no combate ao delito.[26] A propósito, a tendência da moderna dogmática penal é a de funcionalizar conceitos servindo-se de critérios político-criminais,[27] ou normativos puros.[28]

Enfim, para a estruturação de um sistema de delito capaz de justificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é necessário obter a legitimação da intervenção penal a partir dos fundamentos materiais da

25. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 72.

26. De acordo com esta posição: Claus Roxin, Tem futuro o direito penal? *RT* 790/474.

27. Propõe o funcionalismo a flexibilização dos conceitos de ação e omissão, a reformulação da função da culpabilidade de limite e fundamentação da pena para considerá-la como limite da intervenção estatal, cabendo às necessidades preventivas a fundamentação da pena, posicionando-as lado a lado sob o conceito reitor de responsabilidade e modificando-se o objetivo da pena de retribuição e compensação da injustiça para a prevenção do dano, isto entre outras providências a seguir apontadas.

28. "O Direito gera por si mesmo o contexto normativo; especialmente este não fica pré-configurado pela natureza. Esta é a idéia da normativização. Contudo, se se pretende que o Direito mantenha sua capacidade de conexão na vida cotidiana, não pode contradizer de maneira radical as constatações cotidianas consolidadas. Por exemplo: só pode ser pessoa jurídico-penal ativa, isto é, o autor ou partícipe de um delito, quem disponha de competência de agir de modo vinculado à estrutura social, precisamente o Direito. JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 22 e 44.

imputação penal, da teoria dos fins da norma penal, da prevenção geral de condutas para a proteção de determinados bens jurídicos considerados importantes para a sociedade.[29] E mais, um modelo adequado a apresentar a estrutura da conduta e da culpabilidade. Caso contrário teremos a incidência da responsabilidade penal objetiva, o que seria inadmissível, daí muitos autores e legislações aderirem à imputação da pessoa jurídica a título de Direito Administrativo Sancionador,[30] e outros preferirem a ampliação da autoria.[31]

6. Os modelos de imputação à pessoa jurídica

Com amparo em José Miguel Zulgadía Espinar, "os dogmas da dogmática são decisões e eleições primeiras de cadeias argumentativas não suscetíveis de uma fundamentação última (e por conseguinte, não excludentes de outras decisões racionalmente fundadas).[32] Significa dizer que considerar a existência de um único conceito válido e verdadeiro de ação ou de culpabilidade, metodologicamente não é correto. Em face do exposto, alguns modelos são possíveis de construção.

7. O fato referência

Tal como acentua Zugaldía Espinar, uma construção coerente com os princípios constitucionais e dogmáticos tradicionais, nos conduz a

29. Zuñiga Rodríguez, Laura. Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa. *RPCP* 7-8/990.

30. Na Alemanha admite-se a imposição de sanções à pessoa jurídica (Lei sobre contravenções – *Ordnungswidrigkeiten*), e prevê a imposição de multa administrativa (*Geldbusse*) não só por contravenções, mas também por delitos cometidos por seus representantes em benefício da empresa. Por sua vez, a Espanha adotou modelo intermediário estabelecendo conseqüências jurídicas preventivas e reafirmativas (acessória e atuação por outro, conforme arts. 31 e 129 do Código Penal de 1995), estabelecendo penalidades semelhantes àquelas previstas na Lei brasileira 9.605/1998, tais como dissolução, suspensão de atividades etc. Machado, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal – prescrição funcionalista*, p. 59.

31. Nos termos do Código Penal espanhol, o 'atuar por outro', alarga a possibilidade da pessoa física ser considerada responsável criminalmente, compreendendo a atuação em nome de uma pessoa jurídica e a realizada a favor de outra pessoa natural, alcançando tanto o representante legal como o voluntário ou fático.

32. Op. cit., p. 138.

compreender que o fato de referência é aquele que se estabeleça entre a pessoa física que lesione ou ponha em perigo um bem jurídico (ação, resultado e imputação objetiva) e que sirva de base para a responsabilidade penal da pessoa jurídica.[33] E mais, o fato de referência se realizou no exercício de atividades sociais e em respeito às competências da pessoa física e jurídica. Equivale a dizer que a pessoa física atuou pela pessoa jurídica e dentro do seu marco estatutário.

A determinação do tipo subjetivo da pessoa jurídica obedece a regra de que deverá responder dolosamente ou imprudentemente, segundo os conhecimentos (dolo) ou desconhecimentos evitáveis (imprudência), do órgão ou de quem não deveria realizar o fato.[34]

8. O MODELO DE RESPONSABILIDADE INDIRETA: O SISTEMA VICARIAL

Conclui-se deste modelo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se deduz de modo indireto, isto é, advém da pessoa natural que praticou o delito. Trata-se de uma responsabilidade que é construída pela figura do representante, também chamada de teoria da identificação ou do *alter ego*. Noutras palavras, a pessoa jurídica é criminalizada em razão da ampliação feita sobre a pessoa física, o que acarreta afirmar que aqui a pessoa jurídica é objeto da pessoa física, conquanto seja aquela a punida.

A crítica insuperável a este modelo recai sobre por qual motivo empresas devem ser consideradas responsáveis penalmente por atos praticados por seus empregados, ainda que em seu benefício, pois aqui teríamos uma extensão objetiva da responsabilidade penal à pessoa jurídica.[35]

9. A RESPONSABILIDADE DIRETA

Sustenta esta posição a afirmativa de que a pessoa jurídica deve responder por sua própria ação ou culpabilidade, sem que seja necessário pronunciar-se sobre o comportamento da pessoa física. Para tanto,

33. Idem, p. 216.

34. Idem, p. 223.

35. Entre nós é verificar-se o emprego da responsabilidade civil como referência obrigatória na fundamentação da dogmática penal, vide Fernando Galvão, op. cit., p. 67; Também MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*, p. 170-171.

é necessário construir uma teoria do delito para a pessoa jurídica, e que normalmente redefina as categorias da imputação penal individual.[36]

Considera que pessoa física e jurídica são sistemas que atuam conjuntamente, ainda que possam ser responsabilizadas separadamente.[37] Em seguida, sendo o tipo objetivo praticado pela pessoa física, estabelece-se critérios normativos de imputação que permitem considerar a pessoa jurídica autora do fato e suscetível de impor-lhe a pena prevista na lei. Sucede que o comportamento da pessoa jurídica é o das pessoas físicas (com poder de decisão) que a integram. Porém, diz Zulgadía Espinar, não é a responsabilidade destas que torna responsável a pessoa jurídica, mas sim os "critérios normativos de imputação" do fato referência (o da pessoa física) à pessoa jurídica.[38] Ou seja, se trata de determinar sob quais condições normativas se pode atribuir diretamente o fato à pessoa jurídica como próprio, ainda que entre ambas haja uma acessoriedade ou concorrência.

Portanto, não se trata de transferir o fato da pessoa para a empresa, tampouco afirmar que o cometido pela pessoa natural equivale ao da pessoa jurídica.

10. O FUNCIONALISMO

10.1 A concepção de Tiedemann

Noutro sentido, e considerado por muitos o maior precursor do Direito Penal Econômico, leciona Klaus Tiedemann que também no âmbito empresarial possibilita-se o cometimento de delitos ligados à sua existência. Identifica o autor que o Direito Penal tradicional é incapaz de atuar com eficiência na prevenção e retribuição destas condutas dado o funcionamento da pessoa jurídica, sendo necessário desenvolver uma dogmática penal adequada para responsabilizar a pessoa jurídica.[39] Para proceder a esta imputação, parte de critérios dados pelo Direito Civil e Direito Administrativo, onde as suas estruturas e importância decidem as suas obrigações. Em suma, preconiza que havendo falta de organi-

36. BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 181.

37. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. cit., p. 143.

38. Idem, ibidem.

39. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *RBCCrim* 11/28 e 32.

zação atribui-se a infração à pessoa coletiva, isto porque elas também são destinatárias das normas jurídicas e estão revestidas por um caráter ético. Deste modo, a organização correta da pessoa jurídica é o seu próprio dever, e não apenas das pessoas físicas.

10.1.1 Os modelos de responsabilização da pessoa jurídica

Antes de apresentar a sua compreensão teórica, Tiedemann sintetiza os modelos concebidos entorno da responsabilização da pessoa jurídica pelos danos:[40]

1. responsabilidade civil, que será subsidiária ou cumulativa da pessoa jurídica pelos delitos cometidos por seus empregados;

2. medidas de segurança, integradas no sistema moderno do Direito Penal, porém sem negar que procedem do Direito Administrativo;

3. sanções administrativas (financeiras e outras) impostas por autoridades administrativas, que chegam a se constituir num regime "quase penal";

4. uma verdadeira responsabilidade criminal, introduzida em muitos países, com a necessidade de que o Direito Penal não desatenda as diferenças de fato que existem entre o autor físico e a pessoa jurídica;

5. medidas mistas de caráter penal, administrativa ou civil, tais como a dissolução da pessoa jurídica ou a sua colocação em "curatela", ou "administração forçada – *public interest director*, ou colocação à prova – *corporation's probation*, e, por fim, a prestação de serviço pela pessoa jurídica. Nestes sentidos, destacam-se os códigos penais francês e peruano e as legislações americanas e australianas.

O modelo propugnado pela responsabilidade civil das pessoas jurídicas apresenta-se através das multas pronunciadas contra seus dirigentes, e poderá ser cumulativa ou subsidiária. Afirma-se que este modelo é clássico em países que recusam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante outros países a mantêm junto à responsabilidade penal.

Sobre as medidas de segurança atribuídas às pessoa jurídicas em face de sua perigosidade, tais como o confisco, o fechamento do estabelecimento, ou suspensão das atividades, ao dizer de Tiedemann, estas

40. TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 91-94.

não se revestem de caráter preventivo considerável, ao argumento de que privar o autor (pessoa física ou jurídica) apenas do enriquecimento obtido com o ilícito não constitui uma sanção idônea. Melhor se se aplicasse uma pena em dinheiro de duas ou três vezes mais que o valor do prejuízo, o que fatalmente levaria as empresas à dissolução.

Acerca do modelo propugnado pela aplicação de medidas de caráter penal, administrativa ou civil, de nítido conteúdo pragmático e curativo, portanto, de natureza não-penal, é certo que as dificuldades práticas são enormes e vão desde a não localização de pessoas aptas a administrar ou vigiar até os riscos de ter de pagar pelos prejuízos, danos etc.

De comum entre estes modelos é a dúvida acerca da efetividade da prevenção criminal no âmbito empresarial.

Já quanto ao sistema propugnado pela aplicação de sanções administrativo-penais, *Geldbusse* (multa) ou quase penais, permite punir as agrupações com sanções intimidatórias e possuem finalidade preventiva e retributiva, não obstante não possua caráter ético ou moral.[41]

Assevera Tiedemann, que este sistema quase-penal ou de sanções administrativo-penais pode ser considerado suficiente, porém, desde que sofra algumas reformas, como por exemplo através da "introdução de um adequado direito da prova, possibilidade de apelar para um juiz penal ou administrativo, publicidade das sanções" etc.[42]

Da extensa lista de países adeptos da responsabilidade penal da pessoa jurídica,[43] há de se destacar a posição de vanguarda adotada na Suíça, que vinculou a responsabilidade penal das empresas (não unicamente das pessoas jurídicas) à reprovação por não ter tomado as medidas necessárias de organização para prevenir a realização do delito.

No direito anglo-saxão, diz Tiedemann, primeiramente a responsabilidade penal da pessoa jurídica recaiu sobre os delitos imprudentes e de omissão, depois para os *public welfare offences*, e finalmente para todos os casos, ainda que na prática se aplique à delinqüência empresarial.[44]

Nesta concepção, o agente superior (órgão ou diretor) é considerado como o cérebro e o *alter ego* da associação, de maneira que sua atuação é a da pessoa jurídica (doutrina da identificação). Por sua vez,

41. Idem, p. 98.

42. Idem, ibidem.

43. Inglaterra, Escócia, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Noruega, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Japão, Bélgica, França, cf. idem, p. 99.

44. Idem, p. 100.

um agente subordinado, de nível inferior, seria apenas o braço da entidade jurídica, o que quer dizer que aqui também a responsabilidade não seria pessoal, mas sim está baseada na idéia da delegação ou imputação (*vicarius liability*). Nota-se a formulação de uma responsabilidade penal sem culpabilidade ou desvinculada de uma prova de culpabilidade (*strict liability*), seja para a pessoa jurídica, seja para a pessoa física.

Reafirma Tiedemann que as dificuldades dogmáticas tradicionais para apontar à pessoa jurídica a responsabilidade penal residem na ação, culpabilidade e capacidade penal. A ação porque está sempre ligada ao comportamento humano. A culpabilidade porque significa uma reprovação ética ou moral, e estaria excluída no caso das pessoas jurídicas. E, por fim, quanto à capacidade penal, pelo fato de as pessoas jurídicas não serem destinatárias de penas criminais com finalidades preventivas e retributivas.[45]

Acerca da ação, há uma tendência que busca estabelecer a responsabilidade do chefe da empresa pelos fatos constitutivos do delito cometido por seu empregado, sob a condição de que poderia ter impedido a comissão. Aqui a pessoa jurídica seria um autor indireto ou funcional, como dizem os holandeses; ou autor moral como dizem os portugueses,[46] e é por isto que no direito anglo-saxão surgiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os delitos de omissão e imprudentes, porque aqui a ação física é a violação de medidas e expectativas normativas para imputar um resultado nocivo a uma pessoa natural.

Em conclusão, portanto, parte da consideração de que a ação da pessoa física é ação da pessoa jurídica, responsabilidade cumulativa, porque surge dos atos ou omissões de parte dos órgãos ou representantes legais, juridicamente qualificados para atuar em nome da empresa. Significa dizer, noutras palavras, que a pessoa moral atua através de seus órgãos, e por isto reconhece-se a sua capacidade de ação.

Também sobre a culpabilidade da pessoa jurídica surgem alguns fundamentos bem interessantes. Os Estados Unidos, Japão, Itália, Países Baixos, Noruega e Suíça, falam em falta de organização, o que tornaria possível a realização da infração pela agrupação e determinaria a responsabilidade penal.[47]

45. Idem, p. 102.
46. Idem, p. 103.
47. Idem, p. 105

Há também o pensamento que estrutura a idéia do risco da atividade empresarial para legitimar *de lege ferenda* sua responsabilidade penal ou para justificar a imputação dos delitos de seus representantes às empresas. Nesta linha, discorre sobre o critério da "vantagem econômica" que a empresa obtenha de sua atividade delituosa como base da imputação.

Outra tendência fala em culpabilidade fundada não só na imputação, senão em critérios que tradicionalmente são conhecidos do Direito Civil. Aqui a imputação limita-se a questões psicológicas de intenção, motivo etc. Já a pessoa jurídica, refere-se a imprudência e delitos omissivos. A intenção delituosa se daria através da *corporate culture*, que será também um critério legitimador da punibilidade da agrupação, senão constitui a própria culpabilidade.

Na posição de Tiedemann, a culpabilidade a ser atribuída deve ser a da própria pessoa que se vai condenar. A Corte de Justiça da Comunidade Européia fala em culpabilidade determinada segundo critérios do Direito Civil e Administrativo, onde a estrutura e a importância da empresa decidem as suas obrigações, por exemplo, de informar as regras jurídicas existentes.

Também Tiedemann fala em "falta de organização" como legitimação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que permitiria a imputação da culpabilidade individual dos dirigentes à empresa.[48] Nesta estrutura, há uma transferência da culpabilidade dos órgãos da empresa para esta, desde que provada a ação ou omissão da pessoa natural e a sua culpabilidade.

Por sua vez, se em sociedade falamos de culpabilidade da pessoa por uma infração penal-ambiental, e ela não está isenta de vestígio ético ou moral, tem-se que ela não está baseada apenas na imputação da culpabilidade de outro. Reconhecer no Direito Penal a culpabilidade (social) da empresa significa expor as conseqüências da sua realidade social e por outro lado as obrigações correspondentes aos direitos da empresa. Tampouco é impossível introduzir por via legislativa o conceito de culpabilidade coletiva junto à culpabilidade individual, se se seguir um ponto de vista ideológico que reservará aos indivíduos a responsabilidade na sociedade.[49]

48. Idem, p. 105.

49. Idem, p. 107. No mesmo sentido: TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado, p. 28 e ss.

Em suma, concebe Tiedemann a culpabilidade da pessoa jurídica por defeito de organização, não extensiva à pessoa natural, sem se olvidar que a norma jurídica violada também se dirige à empresa, e sua violação merece uma reprovação social.

Quanto aos fins da pena, assevera Tiedemann que ela tem natureza retributiva e preventiva. Pelo primeiro fim, as pessoas jurídicas por possuírem patrimônio podem sofrer sanções patrimoniais. Acerca dos efeitos preventivos, quanto aos órgãos da empresa estes serão intimidados pela condenação criminal e reforçarão sua mentalidade de obediência às normas jurídicas. Também a pessoa jurídica será intimidada para que não reincida no delito.[50]

Enfim, no sistema proposto por Tiedemann impõem-se sanções às pessoas física e jurídica, o que se denomina de punição paralela.

10.2 A concepção de Heine

Sob o pensamento funcionalista, constata Heine que qualquer tentativa de solução que tome como ponto de partida a idéia de uma comparação entre a pessoa física e a jurídica está destinada ao fracasso, porque elas, em sua opinião, não são suscetíveis de comparação. A pessoa jurídica constitui um sistema que funciona, tal como a pessoa física. Aqui, o fato referência não deve ser tomado em consideração, ao contrário, ele é prescindível.

Para estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica, Günther Heine discorre sobre três modelos. Pelo primeiro, o ato do órgão como ação incorreta da empresa (teoria da identificação), isto porque uma corporação deve ser identificada com as pessoas que de maneira ativa são responsáveis por ela. No segundo, organização deficiente da corporação, implica na assertiva de se estabelecer a responsabilidade pelo dever de vigilância tendo em vista os riscos empresariais e a esperada organização. Por isto diz Heine, não é necessário que se verifique se o ato é obra de um representante da empresa, porém devem estar presentes deficiências em sua organização. No terceiro modelo (princípio de causalidade), o Estado deixa de verificar os erros cometidos no contexto das empresas porque ele não reúne condições de fazê-lo em razão da complexidade da sociedade industrial, por conseguinte renuncia completamente a prova

50. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas cit., p. 108.

de tais erros. É suficiente comprovar a organização complexa de uma empresa para poder imputar-lhe, como causadora, determinadas desordens sociais, por exemplo, a violação de determinados valores fixados pelo Estado.

Posto isto, decorre da leitura de Heine que ele não está disposto a redefinir as categorias do delito, tampouco introduzir variante para facilitar a sua aplicação à pessoa jurídica, e por isto elabora um sistema diferente.

O sistema de imputação proposto por Heine tem como características estabelecer os critérios de imputação em função da teoria da elevação do risco específico do âmbito da empresa e de maneira culpável. Para tanto, leva em consideração a situação individual da empresa, particularmente, o seu ramo de atividade e os riscos que dele advêm baseados em dados tecnológicos (teoria da produção de novos riscos tecnológicos). Nota-se que a empresa assume a condição de garante de controle (*Überwachungsgarant*),[51] e para ser configurada e provada a sua imputação mister que estejam presentes os requisitos da administração incorreta do risco ou atividade de risco defeituosa (*fehlerhaftes Risikomanagement*), e que este origine a materialização do perigo típico da empresa (*betriebstypisches Gefahreverwircklichungs*) ou o próprio dano.[52]

Em suma, esta teoria determina os critérios de imputação que permitem afirmar que a pessoa jurídica aumentou o risco da empresa de maneira culpável.[53] Outrossim, e em razão das particularidades da pessoa jurídica nenhum dos conceitos formulados à pessoa natural deve ser utilizado.

Ou seja, o objeto de imputação à pessoa jurídica é o aumento do risco próprio da atividade da empresa, da que é garante, e que incorreu em atividade de risco defeituosa ou administração incorreta do risco, e esse risco tenha se realizado em lesões ou colocações em perigo do bem jurídico protegido. Neste sentido, é irrelevante o comportamento individual errôneo.[54]

Quanto à autoria da pessoa jurídica, sustenta que a capacidade de um indivíduo para atuar como autor desaparece nas modernas formas

51. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, p. 69.

52. Idem, ididem.

53. Zugaldía Espinar, op. cit., p. 147.

54. Bacigalupo, Silvina, op. cit., p. 180.

de agrupação em razão da descentralização e diferenciação das competências. Na era do *lean management* ou do *top quality management*, a capacidade para atuar como autor pode decompor-se, penalmente, em funções estratégicas e operativas: uma grande empresa moderna adquire, finalmente, capacidade de atuar mediante a coordenação de diversas tarefas mais ou menos autônomas relacionadas às seções empresariais e às divisões administrativas.[55]

Assim, cria Heine a teoria do domínio de organização funcional-sistemática (*funktional-systematische Organizationsherrschaft*) em contraposição à teoria do domínio do fato (*Tatherrschaft*) do Direito Penal individual. A organização defeituosa se dá quando a empresa não aproveita a possibilidade de tomar medidas a tempo para evitar riscos ou quando desatende os programas de inversão.

Logo, a realização de um risco típico da atividade empresarial (perigo e resultados típicos da empresa) deve se entender como condição objetiva de sanção (*objektive Ahndungsbedingungen*), isto porque o resultado no Direito Penal das empresas não é produto de um comportamento dominado pela vontade de um autor, senão que é percebido como conseqüência de processos acumulativos de uma administração deficiente ocorrida durante largo tempo. A relação entre esta condição objetiva de punibilidade e a administração defeituosa do risco é regida pela teoria do aumento do risco próprio das organizações, ao invés da causalidade estrita.[56]

Neste contexto, a pessoa jurídica torna-se autora quando não toma a iniciativa de eliminar os riscos previsíveis, embora esteja no seu alcance, originando o domínio de organização defeituosa (teoria do domínio de organização funcional-sistemático), típicos da atividade empresarial. Tem-se então presentes a imputação e a condição objetiva de punibilidade.[57]

Acerca do dolo, da culpa e da consciência da ilicitude da empresa, estes também devem ser determinados de modo funcional-coletivo, isto é, de acordo com a natureza da pessoa jurídica. Para Heine, os elementos subjetivos são fixados de acordo com critérios sociais, não mais através do conhecimento real do autor.

55. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*... cit., p. 51-52.
56. Idem, p. 70.
57. Idem, p. 70-71.

A imputação da culpabilidade se denomina "culpabilidade pela condução da atividade empresarial" (responsabilidade integral da empresa no tempo por desenvolvimentos sistêmicos defeituosos de investigação, planejamento, produção e organização). Resulta que a culpabilidade será pró-ativa quando as práticas e os comportamentos corporativos são inadequados para prevenir a realização do delito; e reativa, que é a reação ou resposta corporativa frente ao fato delitivo.[58]

Quanto à categoria pela condução da empresa, forma de responsabilidade específica da empresa, obriga o juiz a justificar a diferença do que ocorre em matéria civil ou administrativa, que considerou na individualidade da empresa concreta.[59]

Enfim, extrai-se do pensamento de Heine que a imputação penal da pessoa jurídica é normativa e se materializa a partir de uma incorreta gestão de riscos e sua elevação, posição de garante, realização do risco e má gestão no evitar do risco.

11. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Compulsando alguns arestos, o que se percebe é que os Tribunais de um modo geral superaram o princípio do *societas delinquere non potest*, e reconhecem a previsão constitucional da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, art. 225, § 3.º, regulamentada, posteriormente, pela Lei federal 9.605/1998, em seu art. 3.º e ss., para admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Outrossim, exigem que haja imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício (mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social), uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (*nullum crimen sine actio humana*).[60]

Em suma, manifesta-se a adesão ao sistema da dupla imputação, que reconhece a co-existência de um fato protagonizado pelo ente cole-

58. ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., p. 148.

59. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*... cit., p. 71.

60. STJ, Resp 564960/SC, 5.ª T., *DJ* 13.06.2005; STJ, RMS 16696/PR, 6.ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* 13.03.2006; STJ, REsp 610114/RN, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* 19.12.2005; TJSC, RCR 03.003801-9, j. 01.04.2003, rel. Des. Maurílio Moreira Leite.

tivo, sendo este imputado à pessoa jurídica como unidade independente, e de outra parte, a atribuição tradicional às pessoas físicas que integram a pessoa jurídica.[61]

Porém, é certo também que os julgados em geral não se aprofundam quanto às questões entorno da ação ou omissão, dolo ou culpa, nexo de causalidade, culpabilidade e finalidade da pena.[62]

Ou ainda, "a autoria da pessoa jurídica deriva da capacidade jurídica de ter causado um resultado voluntariamente e com desacato ao papel social imposto pelo sistema normativo vigente. Esta é a *ação* penalmente relevante. O sócio administrador foi apenas o protagonista do desenvolvimento das atividades empresariais que visava ao lucro. Submetendo-se a esse papel representa a responsabilidade social penal, e também a individual penal, ou seja, a pessoa jurídica e o sócio serão réus na ação penal."[63]

Quanto ao elemento subjetivo propriamente dito, "o colegiado mantém o poder decisório, direciona a ação final da pessoa jurídica, os rumos do investimento. A decisão sobre a conduta adequada, dentro da margem de risco permitida, parte da gerência.

Quando são vários os indivíduos encarregados da administração, basta que um dirija a vontade da empresa para certa atividade, sem a previsão exigível, para que se considere consumado o crime culposo da pessoa jurídica. Tal não acontecerá, certamente, se o administrador tiver traído os objetivos contratuais, regulamentares ou regras costumeiras do empreendimento."[64]

Acerca da culpabilidade da pessoa jurídica, há o entendimento de que se trata de responsabilidade social, e neste contexto limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.[65] Logo, o objeto de censura resultante da norma só pode ser a ação praticada pela

61. Gomes, Luiz Flávio. *Direito Penal – parte geral – teoria constitucionalista do delito*, p. 97. Também: STJ, REsp 564960/SC, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 13.06.2005; STJ, REsp 889.528/SC, rel. Min. Félix Fischer.

62. Merece particular menção o acórdão do TRF-4.ª Reg., MS 2002.04.01.013843-0/PR, 7.ª T., rel. Des. Fábio Bitencourt da Rosa, *DJU* 26.02.2003, p. 914 e ss., pelo enfrentamento da matéria.

63. TRF-4.ª Reg., MS 2002.04.01.013843-0/PR.

64. Idem.

65. STJ, REsp 610114/RN, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* 19.12.2005.

empresa, que se traduz no comportamento do administrador em nome e em proveito da pessoa jurídica.[66]

Quanto à pena, sua natureza e fins, habitualmente sustenta-se a idéia da retribuição, porém merece destaque: "a pena visa prevenir o crime, não castigar ou remendar o defeito psicológico ou moral. E, nessa dimensão, pode ser aplicada tanto a pessoas naturais como a pessoas jurídicas. Estas, ao sofrer a sanção, corrigirão seu defeito de organização".[67]

12. Conclusão

Superados os primeiros embates sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, ainda que mantenha-se presente posição contrária, porém minoritária em face da dogmática internacional e jurisprudência brasileira, entre nós sustenta-se a responsabilidade indireta para a pessoa coletiva, precisamente vinculando-a ao seu órgão ou representante legal. Sob este entendimento ela é condenada, não obstante o pensamento jurídico-brasileiro não tenha se filiado à dogmática funcionalista, notadamente de Heine, que indiscutivelmente estabelece um sistema dogmático harmônico e hábil o bastante para legitimar a imputação jurídico-penal à pessoa jurídica.

Bibliografia

Bacigalupo, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

Bello Filho, Ney de Barros. *Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei n. 9.605/1998*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

Bitencourt, Cezar Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição. *Boletim IBCCrim* 65 (ed. esp.). São Paulo: IBCCrim, abril 1998.

_____. *Manual de direito penal – parte especial*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

Bruno, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 2.

Cernicchiaro, Luiz Vicente. *Questões penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____; Costa Júnior, Paulo José da. *Direito Penal na constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

Feijóo Sánchez, Bernardo. Cuestiones basicas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, de otras personas y de agrupaciones y asociaciones de personas. *RBCCrim* 27/20-48. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999.

66. TRF-4.ª Reg., MS 2002.04.01.013843-0/PR.

67. Idem.

_____. Culpabilidad y punición de las personas jurídicas? *El funcionalismo en derecho penal (libro homenaje al profesor Günther Jakobs)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. vol. 1.

_____. Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoria de la pena de Günther Jakobs. *Teoria funcional de la pena y de la culpabilidade*. Madrid: Civitas, 2008.

FERREIRA, Ivette Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – parte geral – teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 3.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial (Hacia uma verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Eletrócnica de Ciência Penal* 8, 2006. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08.html]. Acesso em: 01.05.2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas. *Revista Peruana de Ciencias Penales* 4. Lima: Jurídica Grijley, 1994.

_____. La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho español. *Hacia un derecho penal económico Europeo*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal)*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. Trad. Paz M. de la Cuesta Águado. *Anuário de derecho penal y ciências penales*. Fasc/Mes 1, 1993. t. 46.

_____. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. Punibilidad de las personas jurídicas? *El funcionalismo en derecho penal (libro homenaje al profesor Günther Jakobs)*. Trad. Carlos J. Suárez González. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. vol. 1.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

LECEY, Eládio. *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. 4. tir. Org. Vladimir Passos de Freitas. Curitiba: Juruá, 2006.

LEVORATO, Danielle Mastelari. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal – prescrição funcionalista*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim IBCCrim* 65 (ed. esp.). São Paulo: IBCCrim, abr. 1998.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Boletim IBCCrim* 65 (ed. esp.). São Paulo: IBCCrim, abr. 1998.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: _____ (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? Trad. de Luís Greco. *RT* 790/459-474. São Paulo: Ed. RT, ago. 2001.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. *Hacia un derecho penal econômico europedo – Jornadas em honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual – interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *RIBCCrim* 11/21-35. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1995.

_____. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. *Jornadas sobre la reforma de la justicia*. Trad. Diego Iniesta. Castelló: Publicaciones de la Universistat Jaume I, 1997.

_____. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. 2. ed. Trad. Manuel Abanto Vasquez. Lima: Grijley, 2007.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal – una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa. *Revista Peruana de Ciencias Penales* 7-8. Lima: Jurídica Grijley, 1998.

4
Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS

Doctor en Derecho Penal (Universidad de Salamanca). Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Iberoamericana de Ciencias y Tecnología). Profesor de Derecho Penal (Universidades de Chile y de los Andes). Abogado.

IGNACIO ARAYA PAREDES

Estudiante de Derecho (Universidad de Chile). Ayudante de Derecho Penal (Universidad de Chile).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: Según los sistemas latinos el engaño en el delito de estafa requiere cierta entidad para ser típico. Esta calidad puede determinarse según un criterio objetivo-subjetivo, conforme a los filtros de la Teoría de la imputación objetiva, y de acuerdo con la Teoría de la estafa como infracción de un deber de veracidad. Cualquiera de estos modelos es aplicable en Chile, y este trabajo quiere demostrar que el sistema más adecuado es el de la imputación objetiva del resultado.

PALABRAS-CLAVE: Engaño – Estafa – Puesta en escena – Imputación objetiva.

ABSTRACT: According to Latin systems, deceit in false pretenses requires a given organization to be typical. This quality can be determined through an objective-subjective criterion, in accordance with filters of the theory of the objective imputation, and according to the theory of the false pretense as a violation of the duty of veracity. Any of these models is applicable to Chile, and this paper intends to show that the system of objective imputation of results is the most suitable.

KEYWORDS: Deceit – False pretense – Mise en scène – Objective imputation.

SUMARIO: Introducción – 1. Algunas notas sobre el engaño – 2. Determinación del engaño jurídico-penalmente relevante: 2.1 Teoría objetivo-subjetiva; 2.2 Estafa e imputación objetiva; 2.3 Estafa como lesión de un derecho a la verdad – 3. Conclusiones – Bibliografía.

Introducción

En un sistema no alemán de la estafa nadie puede negar que el engaño necesita cierta entidad para ser típico. Tradicionalmente, en este tema los sistemas latinos han optado por el antiguo sistema francés consistente en que el engaño jurídico-penal a efectos de la estafa tiene que determinarse con un muy exigente filtro normativo: la Teoría de la mise en scène. ¿Hoy en día convendrá seguir ciñéndonos a este sistema? A la búsqueda de una posible solución se dirige el presente trabajo.

1. Algunas notas sobre el engaño

Ya en la época de la gestación dogmática del delito de estafa eran evidentes las diferencias existentes en la doctrina en relación con este punto, disputa que en esencia, existe hasta el día de hoy.[1] En efecto, el debate consiste básicamente entre interpretar a la estafa como un delito que exige una calificación del engaño y cierta diligencia de la víctima,[2] o como un hecho punible que deba proteger a toda clase de víctimas, problema que en la época contemporánea se trata en el marco de la victimodogmática[3] y en el seno de la Teoría de la imputación

1. Por ello siguen vigentes las palabras de Quintano Ripollés, 1977, p. 590, al decir: "La entidad del engaño, su cantidad, ha de ser medida no exactamente con cómputos objetivamente cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa. Asunto que de siempre ha dividido la opinión de los tratadistas y que, como tantos otros, está aún lejos de haberse resuelto de modo plenamente satisfactorio".
2. Así, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia chilena. Por todos, Etcheberry, 1998, p. 391 ss., y 406 ss. Asimismo, véase Sentencia del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca 23.04.2008; Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena 17.12.2002; Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel 03.12.2007; Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago 06.12.2007; 31.01.2008; 14.11.2008; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso 08.04.2008; Sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco 30.06.2008; 07.07.2008; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción 07.07.2008; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica 23.07.2008; Sentencias de la Corte Suprema 21.11.2007; 17.06.2008; jurisprudencia citada en Mera/Castro, 2007, p. 252 ss., y 424 ss.
3. Sin embargo, hoy por hoy, se afirma que contemplar al delito solamente desde una perspectiva unidireccional ha fracasado, pues se estima que la victimodogmática se limita a dotar de un nuevo enfoque a la dogmática, a saber, el de que la víctima puede haber contribuido responsablemente a la configuración del delito. Dicho con otras palabras, se afirma que

objetiva[4] –esta última seguimos en este trabajo, como veremos–.

De esta manera, –según algunos– la aplicación de la victimodogmática a la estafa podría estimarse como un paso adelante, pues introduciría la responsabilidad de la víctima en el estudio de la tipicidad, y con ello se favorecería el rechazo del sistema causalista que estimaba al delito como un proceso unilateral de generación de un resultado lesivo.[5]

No obstante, la utilización del principio de subsidiariedad por parte de la victimodogmática no parece correcta desde un punto de vista metodológico.[6] Entonces, podemos decir que el único aporte que efectuaría dice relación con llamar la atención en que las posibilidades de autoprotección de la víctima podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, con ello, podría ser útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima, en relación con los cuales debería ponerse atención en un marco más adecuado, es decir, en el juicio de tipicidad del comportamiento (o según otra terminología: en la imputación objetiva de la conducta).[7]

Como consideración general, tenemos que subrayar que el engaño constituye la esencia del delito de estafa,[8] pues ofrece una ilimitada

únicamente de ella queda una perspectiva que cabe incorporar a un marco más adecuado, el de la teoría de la imputación objetiva (así, Cancio Meliá, 2001, p. 242 ss., y 254 ss.; similar, Fernández Díaz, 2005, p. 191 ss.).

4. De esta opinión, pero conforme con una "imputación objetiva de la conducta", Pastor Muñoz, 2004, p. 99, 101, y 102 ss., donde plantea que, desde un principio, los modos de formular el planteamiento básico a estos efectos son diferentes, pero responden a una misma concepción: que la otra cara de la moneda de la calificación del engaño consiste en exigir a la víctima cierta diligencia destinada a desenmascarar la inveracidad, característica que la autora resalta, pues afirma que la adopción de un modelo de víctima es un punto de vital importancia en la normativización del engaño.
5. Véase Choclán Montalvo, 2000, p. 108 ss.
6. En sentido similar, señalando que no puede ser un criterio decisivo, Arzt, 1984, p. 105 ss., donde expone –con acierto– que, por regla general, la victimodogmática no puede tener como consecuencia la impunidad, sino una mera "atenuación" de la pena.
7. Así, Pastor Muñoz, 2004, p. 117-118.
8. Para el estudio de los rasgos criminológicos del engaño en la estafa, confróntese Hentig, 1980, p. 59 ss., y 123 ss. En este sentido, la jurisprudencia chilena (Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia 28.10.1986; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas

variedad de ejemplos, que son fruto del ingenio y de la picaresca que se da en la vida real y, que se incardina en el seno de un pacto o relación contractual preparada con fin defraudatorio (no se olvide que el popularmente conocido "cuento del tío", a fin de cuentas, es un contrato).[9] Inclusive, se ha manifestado que "Elemento característico del tipo objetivo de estafa –y que permite diferenciarlo de los demás delitos contra el patrimonio, puesto que le da fisonomía propia– es el engaño. Sin su concurrencia no se concibe la estafa, a tal punto que vulgarmente hasta se llega a identificar este requisito con el delito mismo".[10]

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo español ha expresado las siguientes ideas:

(a) La estafa es una maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado, haciéndolo creer y aceptar lo que no es verdadero;[11]

(b) El delito de estafa reclama la existencia de un artificio, creado por alguien con objeto de hacer pasar por cierta una situación que no lo es, como forma de inducir a error a otro que, en virtud de la aceptación de tal apariencia como real, dispone de algún bien a favor del primero, que se enriquece ilícitamente, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el segundo;[12]

(c) Es una relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o que puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación;[13]

27.10.1989; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago 20.03.2007; Sentencias de la Corte Suprema 05.06.2006; 26.06.2008).

9. En esta dirección, la jurisprudencia española y chilena, así, Sentencia del Tribunal Supremo español 16.07.1999; Sentencias de la Corte Suprema 05.09.2006; 06.08.2007.
10. Romero, 2007, p. 109. Similar, Arroyo De Las Heras, 2005, p. 22.
11. Confróntese Sentencias del Tribunal Supremo español 17.11.1997; 28.03.2000.
12. Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 28.01.2005.
13. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 23.03.2005.

(d) En la estafa el engaño es utilizado para producir el error en la otra persona con que se relaciona, que es inducida así a realizar un determinado desprendimiento patrimonial del que, en relación de causa a efecto, se beneficia el instigador de la operación;[14]

(e) Supone, en su modalidad genérica, la puesta en marcha de una maquinación insidiosa por parte del sujeto agente que a merced de su ingenio crea una trama a espaldas del afectado, persiguiendo como resultado final un desplazamiento patrimonial a su favor, en perjuicio de aquél, o de un tercero;[15]

(f) En el delito de estafa se ha de quebrar la barrera defensiva constituida por la inicial desconfianza que, en mayor o menor grado, inspira el extraño en cuyas manos se pone lo que nos pertenece;[16]

(g) Que el alma de la estafa es el engaño, es decir, cualquier ardid, argucia o trato que se utilice para inducir a error y provocar un conocimiento inexacto y deformado de la realidad, que determina a otro a realizar la entrega de un bien o la realización de una prestación, que de otra manera no se hubiera realizado;[17]

(h) Que posee una gran variedad de manifestaciones concretas, es decir: el engaño se concibe con un criterio de gran laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, como se hacía en anteriores Códigos penales, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece[18] y,

(j) Afirma también el Tribunal Supremo español que las modalidades de su aparición se extienden a un amplio espectro de manifestaciones que abarcan cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación insidiosa, falacia o mendacidad con que se crea una apariencia de verdad que se despliega sobre la voluntad del sujeto pasivo para provocar el desplazamiento patrimonial.[19]

14. Véase Sentencias del Tribunal Supremo español 20.07.1998; 28.03.2000; 06.07.2004.
15. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 14.01.2003. En el mismo sentido, la jurisprudencia chilena (Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel 22.03.1990).
16. Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 03.04.2000.
17. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 08.04.2002.
18. Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 06.03.2000.
19. Confróntese Sentencias del Tribunal Supremo español 21.01.2002; 23.10.2002; 28.01.2004. Sin embargo, la jurisprudencia chilena ha

Así, y en sentido amplio, la jurisprudencia española[20] afirma que para entenderse el concepto de engaño debe comprenderse, usualmente, como la acción y el efecto de hacer creer a alguien algo que no es verdad; y asimismo, de forma análoga el Diccionario de la Real Academia estima por tal la "falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre", y, por engañar, "dar a la mentira apariencia de verdad". De esta forma, desde una perspectiva jurisprudencial, el engaño sería toda afirmación verdadera de un hecho en realidad falso, o bien, el ocultamiento o deformación de hechos verdaderos.[21]

En esta dirección amplia del concepto de engaño, la jurisprudencia española[22] también ha manifestado que el mismo consiste en cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio de otro, y que es extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", "cualquiera que sea su modalidad", apariencia de verdad que determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no se hubiese realizado.

señalado, para el caso del art. 473 do CP (que, a nuestro juicio, constituye la llamada *estafa residual*) no se requiere, a diferencia de lo que ocurre con la estafa tipificada en el art. 468 do CP, de un ardid (Confróntense Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago 03.01.1986; Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel 22.07.1986; Sentencia de la Corte Suprema 12.12.2007; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción 25.01.2008. En contra, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca 06.08.2007; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso 03.06.2008).

20. En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español 04.02.2002; 05.02.2004. Similar, la jurisprudencia chilena (véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas 27.11.1989; Sentencia de la Corte Suprema 26.03.2007; jurisprudencia citada por Garrido Iracheta, 1999, p. 14).

21. De forma semejante, señalando que los artificios e insidias del art. 640 do CP italiano deben configurarse de manera bastante "extensa", se pronuncian la doctrina y jurisprudencia italianas (véase, por todos, Fiandaca/Musco, 2005, p. 173-174; Pecorella, 2006, NM 7; y las sentencias allí citadas).

22. Así, Sentencia del Tribunal Supremo español 15.02.2005. Diferente, la jurisprudencia chilena, que insiste –a nuestro juicio equivocadamente, como veremos– en restringir el concepto de engaño (Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago 12.07.2004; Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel 26.11.2007; jurisprudencia citada por Garrido Iracheta, 1999, p. 14 ss.).

Finalmente, el criterio del Tribunal Supremo español[23] para determinar el concepto de engaño, junto a la concepción en sentido amplio a que hemos hecho referencia, en un sentido más restringido, ha sido la de comprenderlo dentro de las siguientes modalidades: (a) Como ausencia de verdad, es decir, como la falta de verdad suficiente y bastante para producir el error como conocimiento viciado de la realidad; (b) Como ocultación de la verdad, señalando que existe tal situación cuando el autor afirma como verdadero algo que no lo es, o cuando oculta o deforma algo verdadero para impedir que el otro lo conozca; y, en relación con el problema, asimismo dice que el engaño es una maniobra torticera y falaz mediante la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado, haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero; (c) Como apariencia de verdad, sosteniendo que el engaño consiste en la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, en la apariencia de verdad o, en la maquinación insidiosa desplegada en la voluntad del sujeto pasivo para provocar el desplazamiento patrimonial; o, expresando también, que el engaño consiste en una asechanza, trampa o añagaza con la que se trata de crear en el sujeto pasivo una sensación de realidad que no se corresponde con las circunstancias del caso ni con las cualidades o condiciones personales del sujeto activo; y,

(d) Por último, como simulación de lo que no existe o disimulación de lo que existe, apuntando que el engaño consiste en cualquier conducta contraria a la verdad, ya sea por disimular lo que existe o por simular lo que no existe, con tal que la conducta sea adecuada para generar el error de quien realiza el perjudicial acto de disposición.

En esta misma dirección, esto es, en un sentido jurídico-penal más preciso, puede decirse que el engaño consiste en la "simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas",[24] la que –en opinión de la jurisprudencia española[25]– debe versar respecto a "hechos"

23. Confróntese, por todas, Sentencias del Tribunal Supremo español 05.11.1998; 27.01.1999; 06.05.1999; 13.05.1997; 05.05.1998; 21.10.1998; 01.03.1999; 24.03.1999; 04.05.1999; 02.12.2003; 28.01.2004; 20.07.1998; 05.11.1998; 27.01.1999; 28.04.1999; 06.05.1999; 02.03.1998; 01.12.1999; 09.06.1999; 01.03.1999; 07.05.2004; 06.07.2004; 05.11.2004; 28.01.2005.

24. Antón Oneca, 1958, p. 61.

25. Sobre este punto, el Tribunal Supremo español ha afirmado que en el concepto de engaño no se comprenden los hechos futuros ni los juicios

y no sobre "valoraciones".[26] Nosotros sostenemos, como veremos en este mismo apartado, que puede recaer sobre ambos, siempre y cuando se cumplan los elementos típicos y demás requisitos de imputación objetiva.

En este orden de cosas, el engaño en la estafa debe ser la causa[27] –en el sentido de la Teoría de la condición– de la disposición patrimonial

de valor, porque sostiene que en la medida en que sólo los hechos pueden ser verdaderos o falsos, el objeto del engaño debe ser en todo caso un hecho. Y así, ha entendido que un hecho es algo que ha ocurrido o que existe, que ha llegado a ocurrir y llegado a ser realidad. En consecuencia, expresa que si el engaño se reduce a la afirmación de un hecho falso o al ocultamiento de un hecho verdadero relevante para la decisión del sujeto pasivo, quedan descartados como objeto de engaño los "hechos futuros" y los juicios de valor, en la medida en la que no son hechos, sin perjuicio de ciertas excepciones admitidas en la doctrina respecto de juicios de valor que comportan afirmaciones tácticas (Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 05.02.2004).

26. Así también, Romero, 2007, p. 115 ss.; Bacigalupo, 2007, p. 2000; Bacigalupo, 2007-b, p. 166, Suárez González, 1997, p. 709. Sin embargo, la mayoría de la doctrina española, en contra, aboga por su aceptación dentro del concepto de engaño, véase, por todos, Antón Oneca, 1958, p. 64; González Rus, 1986, p. 281; González Rus, 2005, p. 511; Rodríguez Devesa/ Serrano Gómez, 1995, p. 502; García Rivas, 2005, p. 27. En Alemania, por su parte, la opinión absolutamente dominante afirma que no se pueden admitir los juicios de valor en el engaño a efectos del delito de estafa. Así, Tiedemann, 1999, NMs 7 ss., donde expresa que los hechos versan sobre algo pasado o presente que se manifiesta en la vida real y que, por eso, pueden probarse. Por ello, apunta que deben excluirse las declaraciones sobre hechos "futuros" y las meras "valoraciones". En el mismo sentido, véase Cramer/Perron, 2006, NMs 8 ss., donde manifiestan que un comportamiento engañoso únicamente puede tener como punto de referencia unos "hechos", los que definen como todos los sucesos concretos, pasados o presentes, o las situaciones del mundo exterior y del fuero interno con cierta certeza objetiva. Finalmente, estos últimos autores rechazan como hechos los acontecimientos futuros, pero afirman que los conocimientos científicos que admiten conclusiones sobre hechos futuros hay que comprenderlos como hechos del presente.

27. En este sentido, la jurisprudencia española manifiesta que se exige un "engaño antecedente", es decir, que el delito de estafa requiere un engaño precedente o concurrente, señalando que es la espina dorsal de la estafa (Véase Sentencias del Tribunal Supremo español 30.10.1997; 07.11.1997; 04.02.1998; 17.07.1998; 01.03.1999; 20.01.2004).

perjudicial,[28] pero, como apuntamos más atrás, el mismo tiene necesariamente que complementarse conforme con los requerimientos de la Teoría de la imputación objetiva. La forma sobre cómo la doctrina ha elaborado los diferentes criterios para esta solución, la estudiaremos inmediatamente.

2. Determinación del engaño jurídico-penalmente relevante

2.1 Teoría objetivo-subjetiva

Debemos manifestar, previamente, en relación con este problema, que en la búsqueda del engaño penalmente relevante tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han seguido un arduo camino.[29] Así, existen diversas posturas, como la objetivo-subjetiva,[30] otra que recurre a

28. No se olvide que la teoría de la condición tiene por base el hecho de que es causa del resultado "toda condición" que ha intervenido en su realización con indiferencia del cálculo de su proximidad temporal. Por ello, esta doctrina se conoce también con el nombre de "teoría de la equivalencia", ya que todas las condiciones del resultado se estiman como equivalentes. Buscar un comportamiento que ha condicionado causalmente un resultado se resuelve por medio del uso de la siguiente hipótesis: "es causal toda condición del resultado que, suprimida mentalmente, haría desaparecer el resultado". Para los seguidores de esta concepción establecer la causalidad como condición resulta suficiente para "afirmar la presencia del tipo objetivo" (Véase Berdugo, 2004, p. 219 ss.).

29. Esta discusión debe circunscribirse a aquéllos países que no siguen el sistema alemán en materia de estafa. En efecto, en dicho país, el filtro normativo no se sitúa en el ámbito del engaño, sino en el perjuicio (con un amplio análisis, véase Hernández Basualto, 2003, p. 160 ss.).

30. En esta dirección, la jurisprudencia española ha señalado que se trata de un doble juicio, es decir, abstracto y concreto, explicando que, ante todo, considerada en abstracto, la maniobra engañosa ha de tener entidad para crear una apariencia de realidad y seriedad en el mundo entre personas de mediana perspicacia e inteligencia; y además, considerada en concreto, ha de valorarse la persona a la que se dirige el engaño, examinando si, en esas concretas circunstancias, el engaño es suficiente para mover su voluntad (Véase Sentencias del Tribunal Supremo español 04.05.1999; 09.06.1999; 20.03.2000; 24.09.2002; 05.05.2003; 27.06.2003; 26.06.2003; 24.07.2003; 20.01.2004; 02.04.2004; 17.05.2004; 15.05.2005). Asimismo, el Tribunal Supremo español ha concluido que, en relación con la preponderancia de un criterio mixto sobre el particular, consciente la doctrina y la jurisprudencia de la dificultad de esta cuestión, lo que se propone es un parámetro mixto,

la Teoría de la imputación objetiva[31] –a la que adherimos– y, por último, existe una renovada modalidad de la lesión de la veracidad[32] –que, con similares o diferentes criterios, también acude a la Teoría de la imputación objetiva–.

de forma que sobre una base objetiva de idoneidad general del artificio se tomen en consideración posteriormente las aptitudes y circunstancias del sujeto pasivo y las atinentes al medio social donde se producen los hechos. También, expresa que ni pueden ser desprotegidas penalmente las personas con una aptitud de diligencia inferior al término medio, ni puede entenderse incondicionalmente que el engaño es bastante porque en el caso concreto ha producido el error en el sujeto pasivo, pues, de ser así, todo engaño lo sería (Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 06.05.2002). Finalmente, en este sentido, la jurisprudencia española se inclina por afirmar que existe entonces una "exigencia de proporcionalidad", que ha de ser suficiente y proporcionada para la consecución del fin propuesto, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial. Asimismo, el Tribunal Supremo español ha manifestado que esa idoneidad se valora no sólo atendiendo a módulos objetivos, centrados en la apariencia de seriedad suficiente para convencer a personas de mediana perspicacia y diligencia, sino también a las condiciones personales de la víctima (Confróntese Sentencias del Tribunal Supremo español 30.10.1997; 07.11.1997; 04.02.1998; 24.03.1999; 20.07.1998; 28.01.1999; 04.05.1999; 16.07.1999; 06.03.2000; 01.03.2000; 29.01.2002; 09.06.2003; 16.07.2003; 22.10.2003; 01.03.2004). A su vez, la jurisprudencia chilena ha señalado que el engaño debe ser idóneo para inducir a error, lo que debe ser considerado objetivamente y, paralelamente, desde la perspectiva subjetiva, momento en el cual deben tomarse en cuenta las condiciones particulares del sujeto pasivo (Confróntese Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua 01.08.2008).

31. Por todos, véase Bajo Fernández, 2004, p. 56 ss.; Bajo Fernández, 2004-b, p. 268-269; Bajo Fernández / Pérez Manzano, 1993, p. 270 ss.; Gutiérrez Francés, 1991, p. 371 ss.; Torío López, 1982, p. 883 ss.; Gómez Benítez, 1985, p. 338 ss.; Pérez Manzano, 1995, p. 285 ss.; Valle Muñiz, 1987, p. 52, 138, y, especialmente, 141 ss.; Quintero Olivares, 2000, p. 54; Choclán Montalvo, 2000, p. 79 ss.; Pastor Muñoz, 2004, p. 119 ss., 145 ss., y 167 ss.; Magaldi Paternostro, 2004, p. 746-747; Álvarez Álvarez, 2007, p. 559; Arroyo de Las Heras, 2005, p. 36 ss.; Namer, 2002, p. 51 ss.; Fernández Díaz, 2005, p. 186 ss.; Rebollo Vargas, 2008, p. 442 ss.

32. Debe admitirse, como punto de partida de este tema, que la "falta de verdad" o "inveracidad", no significa la falta de correspondencia entre lo que se piensa y lo que se dice o expresa (o sea, la "mentira"), sino que la falta de correspondencia entre la verdad y lo expresado (Confróntese Pastor Muñoz, 2004, p. 55, y 263 ss.).

Así las cosas, hace ya décadas que la doctrina española viene denunciando una amplitud enorme del engaño como elemento típico del delito de estafa, toda vez que se contenía una referencia analógica en el Código que hablaba de "todo engaño".[33] Sin embargo, esta situación cambió en 1983, cuando se introdujo la exigencia en la estafa de que el engaño sea "bastante".[34]

Sobre la exigencia de "bastante"[35] que conlleva el engaño, la jurisprudencia española ha manifestado que este concepto no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima. Y, asimismo, afirma el Tribunal Supremo español que solamente el engaño burdo, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es "bastante". Dicho de otra manera, el criterio jurisprudencial consiste en que el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima, porque en caso contrario quedarían fuera del Derecho

33. Véase Antón Oneca, 1958, p. 61 ss.; Quintano Ripollés, 1977, p. 589 ss. Al día de hoy, este sistema se mantiene en Chile (crítico, Hernández Basualto, 2003, p. 160 ss.).

34. Art. 528 do CP español, introducido por la LO. 8/1983, de 25 de Junio: "Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero. El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el art. siguiente o una muy cualificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias primera o séptima con la octava, la pena será de prisión mayor. Si concurriere sólo alguna de las circunstancias del art. siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo".

35. De modo similar, el art. 159 ACP exige que el engaño sea suficiente, al decir: "El que con ánimo de lucro y mediante un engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero, será castigado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio. La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención a la cuantía del perjuicio ocasionado o a los efectos especialmente perjudiciales que tenga para la víctima. Tratándose de perjuicios de ínfima cuantía, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales".

penal aquellos comportamientos que aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas –los timos más populares–, o el traspaso de aquellos resortes que se fundamentan en el principio de confianza en el tráfico mercantil –generalmente, los llamados "negocios criminalizados"–.[36] A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo español, para explicar el concepto de "engaño bastante", expresa, en primer lugar, que no todo engaño es típico, y que sólo lo es el que es bastante, es decir, el que sea capaz de traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y además que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de una persona.[37] E, igualmente, la jurisprudencia española manifiesta, con razón, que es difícil determinar para esto una norma de validez general, señalando que puede admitirse como idóneo y de normal eficacia cualquier engaño que consista en la falsa expresión de hechos o condiciones que se presenten a la generalidad de las personas como plausibles, razonables y creíbles, debiendo observarse para ello las circunstancias concretas de cada caso,[38] afirmando que para estos términos, deben tenerse presente los siguientes criterios básicos: (a) El engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa;[39] y, (b) El engaño bastante, en principio, es aquél que es suficiente para provocar el error de otra persona al que va destinada, declarando que para la determinación de lo que deba entenderse por bastante es preciso tener en cuenta las condiciones del sujeto pasivo que recibe el engaño para el desapoderamiento de su patrimonio.[40]

De forma semejante –aunque menos exigente–, el sistema italiano exige en la estructura de la conducta típica de la estafa la existencia de unos "artificios" o "insidias".[41] Por artificio, se entiende la simulación o

36. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 01.03.2004.

37. Véase Sentencias del Tribunal Supremo español 21.01.2002; 23.10.2002; 28.11.2002; 08.04.2003; 20.01.2004; 28.01.2004; 25.032004; 15.02.2005; 17.02.2005; García Rivas, 2005, p. 23; Rebollo Vargas, 2008, p. 440 ss.

38. Confróntese Sentencias del Tribunal Supremo español 21.01.2002; 12.02.2004.

39. Véase Sentencias del Tribunal Supremo español 24.04.2002; 12.02.2004.

40. Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 28.11.2002.

41. Confróntese Fanelli, 1998, p. 29 ss.; Lucarelli, 2002, p. 11 ss.; Maggini, 1988, p. 7 ss.; Pedrazzi, 1955, p. 177 ss.; Zannotti, 1993, p. 17 ss.; Antolisei,

disimulación de la realidad apta para inducir en error a una persona a causa de la percepción de una falsa apariencia; en otras palabras, cada comportamiento efectuado aparentando lo que no existe, y que actúe sobre la realidad externa. Por insidia, por su parte, se entiende cada envolvimiento solapado de la psique ajena, apto para causar un error a través de una falsa apariencia, realizada por medio de un programa ingenioso de palabras destinado a persuadir y a orientar de modo desviante las representaciones y las decisiones ajenas. Finalmente, se dice que la diferencia entre los artificios y las insidias debería ser vista en el diferente grado de intensidad engañadora: la insidia, consistiendo en una maquinación solapada, causaría más fácilmente la inducción en error que con respecto del artificio, que solicitaría actos y palabras idóneas a transformar la realidad exterior.

Pues bien, es en este espinoso ámbito donde surge la concepción objetivo-subjetiva para determinar qué es un engaño penalmente relevante, que exige algo parecido a una "puesta en escena"[42] (mise en scène del Derecho francés)[43] equivalente a lo que el modelo alemán denomina

2002, p. 353 ss.; Fiandaca / Musco, 2005, p. 172 ss.; Mantovani, 2002, p. 191 ss.; Pecorella, 2006, NM 4 ss.

42. Esta es la doctrina absolutamente mayoritaria en Chile. Por todos, véase Etcheberry, 1998, p. 394-395, y 407; Bullemore/Mackinnon, 2007, p. 73-74; Garrido Montt, 2002, p. 323 ss. Así también, la jurisprudencia chilena, confróntese Sentencias de la Corte Suprema 17.07.2001; 21.03.1995; 17.07.2001; Sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago 30.03.2007; y, las sentencias citadas por Mera/Castro, 2007, p. 256; y por Silva Silva, 2005, p. 353. En contra, por todos, Mera Figueroa, 2001, p. 58 ss., y 256 ss. (aunque aceptándola para el art. 468 do CP); Politoff/Matus/Ramírez, 2005, p. 431; Hernández Basualto, 2003, p. 160 ss.; Yubero, 1993, p. 99 ss.; Fernández Díaz, 2005, p. 184 ss.

43. Clásico partidario de esta doctrina es Carrara, 1987, § 2344, al exponer que para haber estafa se requiere algo "material", una especie de "aparato escénico". Señala también que hay que distinguir entre mentira y artificio. La mentira, en su opinión, no es delito, porque estima que nadie debe creer fácilmente en las palabras ajenas. En cambio el artificio sí lo sería, "cuando no tiende a una burla inocente sino a un injusto despojo". En la misma línea, Antón Oneca, 1958, p. 61, afirma que la mentira no es delito porque no se debe creer fácilmente en las palabras de otros. Manifiesta que lo que la ley proscribe es una "maquinación", es decir, una mise en scène cuyo objetivo sea dar crédito a la mentira. Por último, partidario también de esta propuesta, Bustos Ramírez, 1991, p. 190, agrega que el engaño supone un ardid, una determinada maquinación o simulación por parte del sujeto

"acción concluyente".[44] Sobre esta doctrina[45] podemos decir que la misma existe cuando el autor no manifiesta expresamente el engaño, pero lo declara con su comportamiento, siendo decisivo que el valor declarativo del mismo lo tiene la acción completa del autor según el punto de vista del tráfico jurídico, que debería determinarse mediante criterios objetivos respecto al tipo de negocios en el caso concreto.[46]

Así las cosas, para la concepción objetivo-subjetiva, debemos manifestar que el engaño se mide, en primer término, –como no podía ser de otra manera– de forma objetiva,[47] exigiendo que la maniobra fraudulenta tenga un aspecto de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia (esta entidad del engaño es la que permite excluir del delito de estafa las hipótesis del pago a un

que implica que se requiera más que una simple mentira (Similar, Mestre Delgado, 2005, p. 281) En contra, por todos, Muñoz Conde, 2007, p. 423; Quintano Ripollés, 1977, p. 596-597; Vives Antón/González Cussac, 1996, p. 1224; Vives Antón/González Cussac, 2004, p. 481; Romero, 2007, p. 121; Valle Muñiz, 1987, p. 144-145.

44. Véase Bajo Fernández, 2004, p. 33; Bajo Fernández, 2004-b, p. 25-251; Bajo Fernández/Pérez Manzano, 1993, p. 275.

45. Así, Cramer/Perron, 2006, NMs 14 ss.; Tiedemann, 1999, NMs 28 ss., donde también dice que una acción concluyente se deduce a partir de una acción o del conjunto de las mismas que integran el comportamiento del autor; Bacigalupo, 1994, p. 187-189; Bajo Fernández, 2004-b, p. 2003; Bacigalupo, 2007-b, p. 170.

46. Finalmente, sobre este problema es muy ilustrativo tener presente a Valle Muñiz, 1986, p. 866-867, cuando señala que el silencio bajo determinados condicionamientos puede estimarse como una verdadera manifestación de voluntad, dando como ejemplo el de quien en un restaurante come y no paga, engaña, no por haber omitido su falta de dinero, sino porque el entrar en el lugar y pedir un cubierto daba a entender su capacidad y disposición al pago (siempre poniendo atención en los usos y sectores del tráfico).

47. Sobre esto, el Tribunal Supremo español ha afirmado que "objetivamente" debe ser valorado como bastante para producir error aquella maquinación engañosa que adopte apariencias de veracidad y de realidad creíble por la media de las personas (Confróntese Sentencias del Tribunal Supremo español 24.04.2002; 14.05.2002; 27.05.2002; 28.11.2002; 12.03.2003; 07.04.2003; 21.04.2003; 22.05.2003; 27.11.2003; 05.12.2003; 22.09.2004.

curandero o brujo para obtener determinados fines).[48-49] No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, la concepción en examen apunta que hay que completar este proceso con un módulo subjetivo que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo.[50] Es decir, lo que se trata de buscar en la idoneidad del engaño es si el error se ha debido al engaño o, por el contrario, a algún comportamiento negligente de la víctima, pues en estos últimos casos, estiman debe negarse la relación de causalidad y, por lo tanto, el carácter idóneo del engaño.[51]

48. La Sentencia del Tribunal Supremo español 02.02.2007 marca un hito fundamental. En efecto, señala que en el mundo intercomunicado del siglo XXI, únicamente en un supuesto realmente excepcional puede ser reprensible penalmente el supuesto engaño que comporta confiar en la quiromancia. Tras esta sentencia, las argucias basadas en apuestas irresponsables a los "supuestos poderes especiales" de los curanderos, asentadas en la superstición popular, pasan del plano de la represión penal a la civil. La sentencia llama más la atención si atendemos las circunstancias lastimosas en las que quedaron los engañados (abocados a la ruina y víctimas de enfermedades). En consecuencia, lo que en la resolución se considera de mayor protagonismo, más que las consecuencias del timo, es la entidad del engaño, contrastado con las circunstancias subjetivas del que sufrió el ardid y las objetivas de la sociedad en la que se produjo (con mayor detalle, véase Gudín Rodríguez-Magariños, 2007, passim).

49. Así, González Rus, 1986, p. 265). En contra, Vila Mayo, 1984, p. 965 ss.; Vila Mayo, 1988, p. 15 ss.; Vila Mayo, 1991, p. 5790 ss., para quien, pese a aceptar un modelo objetivo-individual en la determinación del engaño, a éste lo considera como preeminentemente subjetivo, situándolo en el ámbito de la conducta comunicativa y, por ello, estima necesaria su proyección en las normas de la comunicación del lenguaje; también, Quintano Ripollés, 1977, p. 590.

50. Así, el Tribunal Supremo español ha expresado que "subjetivamente" entran en juego el principio de la buena fe y las condiciones personales del sujeto engañado, que por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, es más sugestionable, lo que significa que la condición de bastante se debe valorar intuito personae (Confróntese Sentencias del Tribunal Supremo español 24.04.2002; 14.05.2002; 27.05.2002; 28.11.2002; 12.03.2003; 07.04.2003; 21.04.2003; 22.05.2003; 27.11.2003; 05.12.2003; 22.09.2004).

51. Para el estudio de esta postura, véase, Bajo Fernández, 2004, p. 35 ss.; Bajo Fernández, 2004-b, p. 251 ss.; Bajo Fernández/Pérez Manzano, 1993, p. 275 ss.; Pérez Manzano, 1998, p. 443 ss.; González Rus, 1986, p. 272-273; González Rus, 2005, p. 509; Quintano Ripollés, 1977, p. 590.

En relación con estos problemas, –que interesan al trasnochado debate de la diferenciación entre el fraude civil y penal[52]–, creemos que al engaño se le ha dado un protagonismo exagerado, ya que, a fin de cuentas, el debate de la distinción de ilicitudes será, en definitiva, un problema de tipicidad[53] que tendría que solucionarse conforme a los elementos hermenéuticos tradicionales y, como se sabe, los tipos penales tienen que cumplir un objetivo político-criminal determinado, que tendría que delimitarse conforme a una interpretación "teleológica". Dicho con otras palabras, al engaño se le ha otorgado un protagonismo desmedido, ya que no existe un engaño civil y otro penal, sino que "conductas engañosas que, por cumplir las exigencias típicas, devienen penalmente relevantes".[54]

Por estos motivos, pensamos que el problema debe resolverse conforme a los criterios de la Teoría de la imputación objetiva, cuyos rasgos esenciales analizaremos a continuación.

2.2 Estafa e imputación objetiva

En este trabajo, como ya se ha manifestado, se defiende una delimitación necesaria del engaño típico en sede de imputación objetiva, manifestándonos, en este sentido, contrarios a afirmar el rechazo a priori de un engaño típico a efectos del delito de estafa que no implique una puesta en escena.[55]

Asimismo, –previamente– creemos que sobre este tema resulta sumamente relevante tener presente que el punto de vista desde el que se observe a la víctima cambia totalmente según se trate del juicio de

52. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, ponía de manifiesto que este problema es arduo, y manifestaba que resultaba imposible una delimitación segura entre ambos ilícitos, Groizard Gómez De La Serna, 1897, p. 7 ss.

53. En el mismo sentido, Valle Muñiz, 1987, p. 18, 40 y 75; González Rus, 1986, p. 288 ss.; Quintero Olivares, 2000, p. 50 ss.; Bajo Fernández, 2004, p. 70 ss.; Bajo Fernández, 2004-b, p. 276; Bajo Fernández/Pérez Manzano, 1993, p. 293-294; Hernández Basualto, 2003, p. 158; Garrido Montt, 2002, p. 317-318.

54. Así, Gutiérrez Francés, 1991, p. 342.

55. Así, por todos, Muñoz Conde, 2007, p. 423; Quintano Ripollés, 1977, p. 596-597; Vives Antón / González Cussac, 1996, p. 1224; Vives Antón / González Cussac, 2004, p. 481; Romero, 2007, p. 121; Valle Muñiz, 1987, p. 144-145; Fernández Díaz, 2005, p. 186 ss.

imputación objetiva de la conducta o del resultado. En efecto, si se parte del primer juicio, debe tenerse como base un modelo de víctima para poder de esa manera construir la tipicidad desde un ámbito objetivo y, por esta razón, se tiene que dejar de lado las características de la víctima y del progreso causal. En cambio, en el juicio de imputación objetiva del resultado –que defendemos en este trabajo– son importantes las peculiaridades de la víctima: de hecho, debe ponerse atención en la víctima del caso concreto y en el proceso causal que realmente se originó.[56]

De esta manera, no existe entonces unanimidad en torno a lo que se entiende por "imputación objetiva", e inclusive todavía existen detractores de este juicio de imputación (sobre todo, desde la Teoría final de la acción). Sin embargo, la doctrina española dominante entiende que el punto central de atención es el del juicio de imputación objetiva del resultado, tanto desde un punto de vista general como en relación al delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto:[57] asegurada la relación de causalidad conforme con la Teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la ejecución de un peligro por parte del autor y, que el mismo, no se encuentre cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

Hemos dicho varias veces que la estafa, en cuanto delito de resultado, debe ser analizada conforme propugna la tesis de la imputación objetiva, y esto se debe, por ejemplo, a que las mismas deficiencias imputadas a las teorías causales en el ámbito del homicidio, pueden ser objetadas en el ámbito de la estafa.[58] En este sentido, como delito de resultado, la estafa presenta características especiales que han de tenerse en cuenta al efectuar su examen de imputación objetiva.[59] De una parte, el proceso

56. Véase Pastor Muñoz, 2004, p. 147.

57. Confróntese Martínez Escamilla, 1992, p. 41 ss., 125 ss., 172 ss., 265 ss.; Pastor Muñoz, 2004, p. 152, e ibídem, nota 30; Roxin, 1997, p. 342 ss.; Mir Puig, 2006, p. 357 ss.; Mir Puig, 2005, p. 240 ss.

58. Véase Pérez Manzano, 1995, p. 285-286.

59. Así, el Tribunal Supremo español ha dicho, sobre la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el delito de estafa, en general, que en el mismo no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la

causal que fundará la producción del perjuicio económico aparece típicamente dispuesto en sus hitos cardinales;[60] y, de otro lado, es un delito que demanda la participación de la víctima en el transcurso ejecutivo.[61]

En relación con este problema, podemos decir que de estas ideas pueden desprenderse las siguientes consecuencias: (a) Los hitos fundamentales del proceso causal del delito de estafa son: de un lado, la preparación del proceso causal que convergerá en el perjuicio económico que únicamente puede originarse por engaño. De otra parte, algunas legislaciones representan explícitamente no sólo la acción y el resultado, sino que insinúan otro eslabón intermedio de la cadena: el acto de disposición patrimonial.[62] Ello significa que éste pueda ser examinado como resul-

norma, requiriéndose a tal efecto en el art. 248 do CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, sostiene que el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado (Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 15.02.2005). A su vez, la jurisprudencia chilena, en un fallo reciente, ha manifestado que el engaño típico requiere haber generado un riesgo idóneo o típicamente relevante (analizado *ex ante* y conforme al hombre medio), al bien jurídico propiedad, imputable objetivamente al actuar doloso del sujeto activo (Confróntese Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago 16.05.2008).

60. Confróntese López Barja de Quiroga, 1990, p. 219 ss.

61. En efecto, en relación con esto, la jurisprudencia española señala que si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, aquellos engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. También, manifiesta que cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello, ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo, que en opinión del Tribunal Supremo español, en realidad, es preponderantemente subjetivo (Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 15.02.2005).

62. Expresamente se menciona este elemento en los arts. 248.1 CP español y 159 ACP. No sucede lo mismo en los arts. 640 CP italiano, 468 y 473 CP chileno, ni en el § 263 StGB. No obstante, en estos últimos países se estima como elemento esencial, como "elemento no escrito" (Así, véase, en Alemania, Wessels/Hillemkamp, 2007, § 13, NMs 514 ss.; Cramer/Perron,

tado del engaño y como condición del perjuicio;[63] y, (b) La existencia del acto de disposición muda a la estafa en lo que la doctrina designa como "delito de relación",[64] de forma que para el estudio de la imputación objetiva del resultado no sólo tendrán que examinarse las características del comportamiento del autor –el engaño–, sino también las que posea la participación de la víctima –el acto de disposición realizado por error–. Esto concebirá como substancialmente relevante el estudio del fin de protección de la norma en el delito de estafa.[65]

En este sentido, el Tribunal Supremo español ha manifestado que, como último estadio de la imputación objetiva, adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que afirma constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.[66] Asimismo, ha manifestado que de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que, con una mínima diligencia, hubiera evitado el menoscabo, pues como el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y, un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien,[67] por último, el Tribunal Supremo español afirma que no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección

2006, NM 54; en Italia, Fiandaca/Musco, 2005, p. 170, y 178 ss.; en Chile, Politoff/Matus/Ramírez, 2005, p. 418 y 433-434).

63. Así, Pérez Manzano, 1995, p. 290 ss.

64. Véase Pérez Manzano, 1995, p. 292; Magaldi Paternostro, 2004, p. 742 y 748; Coderch/Silva Sánchez, 1999, p. 99; Pastor Muñoz, 2004, p. 265.

65. Así, desde antiguo se viene comprendiendo al delito de estafa, para diferenciarlo del resto de delitos contra el patrimonio, como un delito que se caracteriza por constatarse una cooperación de la víctima del engaño (como hacen, por ejemplo, Quintano Ripollés, 1977, p. 640 ss.; González Rus, 1986, p. 296-297; González Rus, 2005, p. 513).

66. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 15.02.2005.

67. Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 15.02.2005.

de la norma, requiriéndose que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante".[68]

"En este contexto, en conclusión, al engaño lo concebimos como aquella conducta -cualquiera- que crea un riesgo típicamente relevante, para cuya idoneidad objetiva bastaría con que el mismo genere un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial."[69]

Así, conforme con lo que hemos apuntado, la determinación de la tipicidad del engaño requiere una valoración de su capacidad para provocar un error y estimular el acto de disposición patrimonial, acorde con la tesis de la adecuación, de donde se concluye que se maniobra en este lugar con una doble medida, objetiva y subjetiva, de forma similar a como se concibe el deber de cuidado en los delitos imprudentes. Esta forma de proceder debe renunciarse, y ser suplantada por el juicio de pronóstico posterior objetivo, conforme al cual se enjuicia, según la doctrina española mayoritaria,[70] la idoneidad objetiva de una conducta para originar un determinado resultado.

Asimismo, conforme a un importante sector de la doctrina española,[71] habrá que efectuar un juicio en relación con la probabilidad de que el engaño -la falta de verdad en lo que se dice o se hace con o sin puesta en escena-, estimado ex ante, origine un acto de disposición por error, basándose en las circunstancias conocidas o identificables

68. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 02.11.2004.

69. Véase Pérez Manzano, 1995, p. 299.

70. En esta dirección, véase Valle Muñiz, 1987, p. 164 ss., lugar en que explica al juicio de adecuación del engaño como primer elemento de la imputación objetiva del delito de estafa, sosteniendo la exigencia de no perder de vista las circunstancias verdaderas y específicas del engañado y, afirmando también, la idoneidad del engaño cuando el autor logra obtener el resultado en virtud de conocimientos individuales que le posibilitan un dominio especial del hecho. No obstante, tenemos que apuntar que el autor no es del todo claro, pues parece que las peculiaridades de la víctima tienen autonomía en el juicio de adecuación, separadamente del conocimiento que de ellas tenga o pudiera poseer el autor. Asimismo, ubica equivocadamente al principio de autorresponsabilidad, pues el mismo no incide en el juicio de adecuación, sino en la relación de riesgo y en lo que él denomina "esfera de protección de la norma en el tipo de estafa" (Véase Pérez Manzano, 1995, p. 297, nota 46).

71. Así, Pérez Manzano, 1995, p. 293 ss., y 302 ss.

por el hombre prudente en la órbita social del autor más los accidentes conocidos o reconocibles por el autor con base en sus conocimientos específicos, lo que no nos parece correcto, como veremos.

De esta forma, si una mentira es objetivamente idónea, ex ante considerada, para inducir a error estribará, de un lado, de que una alta cifra de contingencias provocaría un error a un hombre medianamente prudente.[72] Sin embargo, la doctrina mantiene que hay que perfeccionar el modelo objetivo con uno subjetivo que establezca la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del engañado.[73]

En relación con este problema, –quienes sigan la línea de Pérez Manzano[74]– estimarían que esto no es completamente correcto, por tanto las circunstancias de la víctima únicamente podrían ser asumidas en el juicio de adecuación si son conocidas o identificables por el autor del engaño (y así, en los supuestos combatidos habitualmente del niño o el débil mental, se aseverará la idoneidad del engaño si son accidentes indagados y revisables por el autor, lo que sucederá en la mayor parte de los casos).[75]

A continuación, se constata también la circunstancia de que en el delito de estafa es vital el papel de la víctima titular de ciertos "deberes de autoprotección". Incluso, se ha llegado a afirmar que el delito de estafa es un delito de "autolesión o de autoría mediata", utilizando como base el principio de "autorresponsabilidad" de la víctima.[76] Es decir, se trata de averiguar si la participación de la víctima –de vital importancia en el

72. Así, aunque sin utilizar la terminología de la imputación objetiva, analizan el engaño conforme a parámetros semejantes, Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1995, p. 507, señalando: "En esta relación de adecuación han de tenerse en cuenta las circunstancias todas del caso concreto, entre ellas muy especialmente las que aprovecha o artificialmente crea el estafador para que el engaño encuentre un terreno abonado por la credulidad, v. gr., en relaciones anteriores sostenidas con el estafado".

73. Por todos, véase Vives Antón/González Cussac, 1996, p. 1220 ss.; Vives Antón/González Cussac, 2004, p. 480 ss.; López Barja De Quiroga, 1990, p. 223; Bajo Fernández, 2004, p. 33 ss.; Bajo Fernández, 2004-b, p. 250 ss.

74. Pérez Manzano, 1995, p. 293, nota 29, y p. 297.

75. En la misma dirección, Torío López, 1982, p. 884.

76. En este sentido, Kindhäuser, 2002, p. 83 ss.

delito de estafa– distorsiona o no los criterios de imputación del error, o finalmente del perjuicio, a la conducta de engaño.[77]

Según lo que hemos afirmado poco más atrás, no creemos –como lo hace un sector de la doctrina española[78]– que el engaño, desde este punto de vista, será bastante –idóneo– para producir el error, cuando, examinado ex ante desde la perspectiva de un tercero imparcial, el comportamiento y sus circunstancias –especialmente los deberes de autoprotección que incumben a la víctima– supongan el riesgo que después se concreta en el resultado. Si bien es cierto que, de esta forma, se termina con el problema de la postura tradicional que, partiendo de un examen ex post de la relación engaño-error, casi siempre termina afirmando dicha relación de causalidad, pensamos que debería exigirse un requerimiento adicional: el fin de protección de la norma.[79] Por ello, el error no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría el absurdo de desvalorar en el tipo el comportamiento "sólo" en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad, o educación. Entonces, la aptitud para generar el error determinará, no la existencia del engaño, sino, en su caso, su "relevancia" jurídico penal.[80] En este sentido, el camino que nos parece más convincente será determinar el ámbito de protección del tipo de estafa, es decir, tendremos que orientar la función protectora de la estafa desde el bien jurídico tutelado,[81] donde se plantea el conflicto del significado de la conducta de la víctima para la delimitación del alcance del tipo delictivo (así, en este lugar nos parece que no debería exigirse a la víctima la conducta de un héroe o santo, sino que una exigencia mínima dirigida a la autodefensa, cuando sea fácil de evitar el engaño por medio de una cómoda conducta dirigida a evitar la lesión del bien jurídico).[82]

77. Así, González Rus, 2005, p. 510-511.
78. Véase Pérez Manzano, 1995, p. 293 ss., y 302 ss.
79. En esta dirección, Torío López, 1982, p. 883 ss.; Valle Muñiz, 1987, p. 163 y 168-169; Choclán Montalvo, 2000, p. 85 y 94.
80. Así, Gutiérrez Francés, 1991, p. 343-344.
81. Confróntese Valle Muñiz, 1987, p. 171.
82. De esta manera, corresponde al intérprete determinar en qué casos el engañado merece el amparo de acuerdo con el sentido del tipo penal y cuándo deben desterrarse del ámbito de lo punible los comportamientos frente a los cuales el sujeto pasivo puede fácilmente protegerse a sí mismo y en forma razonable (Véase Choclán Montalvo, 2000, p. 108, 111 y 116).

Dicho con otras palabras, –para concluir y reafirmando lo que ya hemos manifestado– estimamos que para buscar si un riesgo cae o no dentro del ámbito del fin de protección de la norma,[83] debería ponerse atención en los deberes de autoprotección de la víctima, los que dependen de las pautas sociales en el caso concreto, y de las relaciones que existen entre el sujeto activo y el perjudicado (como la capacidad y acceso a las posibilidades de autoprotección, la existencia o no de una relación de confianza, su debilidad o fortaleza etc.),[84] es decir, en relación al relevante problema del engaño y su relación con el riesgo permitido, ya se ha expresado que para afirmar la tipicidad del engaño se requeriría que el riesgo creado o incrementado de producir error e inducir al acto de disposición debería constituir un riesgo no permitido.

Por otra parte, respecto al problema de si son viables o no como forma de engaño los juicios de valor, un sector estima que, al contrario de lo que sucede en el Derecho alemán, no lo impediría el Derecho español vigente.[85] Según otros, habrá que someter también los juicios de valor al juicio de adecuación, y, por tanto, tienen que analizarse las circunstancias del caso y el conocimiento que de ellas tenga o debiera tener el autor;[86] y, para otro importante sector de la doctrina española, en principio no pueden constituir una modalidad de engaño, salvo cuando se sitúen fuera de la órbita de una mera "opinión", pues en esos casos se estaría presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos, circunstancia que implicaría un incremento del riesgo permitido[87] –nuestro parecer lo desarrollaremos un poco más abajo–.

De otro lado, problemática resulta la relación existente entre el engaño y la estafa por omisión.[88] Tradicionalmente discute la doctrina

83. Así, Choclán Montalvo, 2000, p. 120 ss.

84. Confróntese Choclán Montalvo, 2000, p. 259 ss.

85. A favor, por todos, Antón Oneca, 1958, p. 61; Gómez Benítez, 1985, p. 343. En Chile, Fernández Díaz, 2005, p. 190, señalando que no existe ningún dato en la legislación chilena (equiparándola a la italiana y española) que lleve a excluir del ámbito del engaño típico a efectos de la estafa, a los engaños consistentes en valoraciones.

86. En esta dirección, Gómez Benítez, 1985, p. 343; Pérez Manzano, 1995, p. 298.

87. Así, Bajo Fernández, 2004, p. 43; Bajo Fernández, 2004-b, p. 257.

88. A favor, por todos, véase Tiedemann, 1999, NMs 51 ss.; Gómez Benítez, 1985, p. 343 ss.; González Rus, 2005, p. 511; Romero, 2007, p. 124-125;

comparada si se puede engañar mediante una conducta omisiva, de manera que pueda considerarse típica a efectos del delito de estafa.

La jurisprudencia española se inclina por aceptar estas hipótesis, cuando expone que el engaño no sólo existe cuando se desarrolla una puesta en escena destinada a crear una apariencia de solvencia que en realidad no existe, sino también cuando se omiten o escamotean elementos de la realidad cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para disuadir a la otra parte de llevar a cabo un determinado contrato.[89] En el mismo sentido, el Tribunal Supremo español ha dicho que la trama engañosa no sólo puede construirse sobre actuaciones positivas, encaminadas a formar una apariencia de realidad, que se ofrezca como cebo a los que se intenta defraudar, sino que también se presenta como elemento determinante de la estafa en los supuestos en los que, sin haber una actividad idónea para montar un escenario aparente, nos encontramos con una actitud omisiva o de ocultación de situaciones reales que, si hubieran sido conocidas por las personas a las que va dirigido el ardid, hubieran impedido que éstas hicieran el acto de disposición de su patrimonio propio o cuya administración y disponibilidad ejercía.[90] Asimismo, la jurisprudencia en España manifiesta que hay engaño por omisión cuando la ocultación de datos significativos constituye el motor

Pérez Del Valle, 2005, p. 207 ss.; Antón Oneca, 1958, p. 64-65; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1995, p. 502; Muñoz Conde, 2007, p. 424; Suárez González, 1997, p. 709; Calderón/Choclán, 2005, p. 230; Queralt Jiménez, 2008, p. 456; Etcheberry, 1998, p. 392 y 397; Garrido Montt, 2002, p. 322; Politoff/Matus/Ramírez, 2005, p. 425; Hernández Basualto, 2003, p. 166, quien acepta únicamente como fuentes de la posición de garante a la ley y el contrato, señalando que debe excluirse como tal a la buena fe, aunque tenga reconocimiento legal. En contra, por todos, confróntese Quintano Ripollés, 1977, p. 600; Valle Muñiz, 1987, p. 172 ss.; Valle Muñiz, 1986, p. 863 ss.; Magaldi Paternostro, 2004, p. 449 ss.; Salvador Salvador Coderch/Silva Sánchez, 1999, p. 106 ss.; Yubero, 1993, p. 120 ss.; declarando que es muy difícil constatarla, reduciéndola al ámbito civil, véase Bajo Fernández, 2004, p. 42-43; Bajo Fernández, 2004-b, p. 256; Bajo Fernández/Pérez Manzano, 1993, p. 280 ss.

89. Véase Sentencias del Tribunal Supremo español 26.02.1999; 18.01.2001; 29.07.2002; García Rivas, 2005, p. 22 ss. La jurisprudencia chilena ha aceptado que se puede engañar mediante una conducta omisiva para el caso del art. 473 CP (*estafa residual*) (Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique 27.17.2007).

90. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 13.05.2003.

decisivo para que la parte desinformada acceda a realizar o autorizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial.[91] Por último, también ha dicho el Tribunal Supremo español que se da un engaño omisivo cuando al autor del hecho le afecta la obligación, consecuencia de la buena fe contractual, de poner de manifiesto a la otra parte contratante una información, deber de información que, por ejemplo, es trasgredido al ocultar datos significativos y decisivos en la compraventa de una vivienda que hicieron que la parte desinformada accediera a realizar el negocio jurídico con el consiguiente desplazamiento patrimonial y, que de otro modo, no hubiera celebrado.[92]

Sobre estos temas (omisión y juicios de valor), a nuestro entender, *creemos que cualquier comportamiento podría constituir un engaño típico, siempre y cuando satisfaga las necesidades de imputación objetiva*, es decir, que sea idóneo para producir error –no que produzca un estado de error "efectivo"[93]–, o sea, dependerá de la admisión o no del estado de error como exigencia típica, y si cabe o no dentro de la esfera de protección de la norma. En este sentido, el engaño puede producirse a través del habla o por medios escritos, por medio de conductas positivas, e incluso a través de gestos.[94]

Pero, más allá de estas dificultades, –en el supuesto que se superen–, lo realmente problemático en la práctica del delito de estafa será el establecimiento de la posición de garante, de la que debe surgir el deber de información frente a la víctima.[95]

91. Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 02.12.2003; 28.01.2004.
92. Confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 23.02.2004.
93. Así, Gómez Benítez, 1985, p. 333 ss.
94. Sobre el particular, nos parece que no cabe formular juicios generales a priori, ya que a fin de cuentas, el desarrollo de la teoría del delito determinará, finalmente, lo que es o no penalmente relevante (de manera similar, pero en relación con los juicios de valor, Gutiérrez Francés, 1991, p. 345-346).
95. Nos parece que de forma general, se imponen en la doctrina las fuentes tradicionales de la ley –o reglamentaciones en general– y el contrato. Más problemático parece efectuar una hipótesis de injerencia, por ejemplo, basada en la participación en el mercado, lo que redundaría en equiparar sin más la calidad de comerciante con la de garante. Asimismo, alguna vez se ha propuesto el principio de la buena fe como fuente de posición de garante, pero se lo ha estimado demasiado genérico y vago (sobre este problema, véase Tiedemann, 1999, NMs 66 ss.; Pérez del Valle, 2005, p. 211 ss., y 217 ss.).

Debe hacerse presente que si se estima a la estafa como "maquinación" (mise en Scène), habría que rechazar su posibilidad omisiva y en forma de juicio de valor. Asimismo, y como regla general, en España se observa la tendencia a admitir el engaño en el caso de los comportamientos concluyentes –como hemos visto, aquellos casos en que de forma tácita se lleva consigo la afirmación falsa de un hecho[96]–, y quienes rechazan los demás casos de omisión sostienen que son relegados al ámbito civil.[97] Por último, se reconocería la comisión por omisión cuando el sujeto tuviese el deber jurídico de informar y no lo hace.[98]

A esta altura del debate, "pensamos que debería afirmarse que el engaño aisladamente considerado no aporta criterio alguno para juzgar lo típico y lo atípico. En este sentido, lo relevante no será el engaño, ni tampoco el engaño 'bastante', sino el 'engaño bastante para producir error en otro', el que deberá examinarse, como se ha defendido, de acuerdo a los filtros de la Teoría de la imputación objetiva."[99]

En conclusión, y siguiendo a Gómez BeníteZ,[100] a los efectos de la tipicidad de la estafa, el engaño es "toda aquella conducta tendente a generar error en otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo". Como se puede deducir de lo que hemos manifestado, nos encontramos frente a un tipo legal susceptible de recibir múltiples lecturas y, por ello, lo que signifique la creación de un

96. Sobre el particular, el Tribunal Supremo español afirma que el engaño puede ser manifiesto o concluyente, y que existe engaño cuando el autor realiza una acción que por su significación social (acción concluyente) implica la afirmación de circunstancias que son relevantes para la decisión de la disposición patrimonial de la otra parte (confróntese Sentencia del Tribunal Supremo español 21.10.1998). Asimismo, ha señalado que el engaño puede tener lugar no sólo a través de una acción manifiesta, sino también por medio de una acción concluyente, es decir, cuando el autor se comporta según determinados usos sociales y comerciales que implican una afirmación de ciertas circunstancias (Véase Sentencia del Tribunal Supremo español 03.06.2003).

97. Así, por todos, Bajo Fernández, 2004, p. 73 ss.; Bajo Fernández, 2004-b, p. 279 ss.; bajo fernández/Pérez Manzano, 1993, p. 280 ss.

98. Véase Vives Antón/González Cussac, 1996, p. 1218 ss.; Vives Antón/González Cussac, 2004, p. 478-479.

99. Así, Gutiérrez Francés, 1991, p. 350-352. Similar, García Rivas, 2005, p. 31 ss.

100. Gómez Benítez, 1985, p. 338.

riesgo desaprobado, o el incremento del riesgo permitido, y lo que diga relación con el ámbito de protección de la norma, será un problema que, al final, se encontrará en manos del intérprete. Así, se excluyen de la tipicidad los engaños que generen un peligro jurídicamente irrelevante y aquellos que no incrementan el riesgo inexistente, por ejemplo, cuando nos encontramos frente a exageraciones comunes, inexactitudes socialmente toleradas, o cuando se empleen tópicos habituales en la publicidad. Y para terminar, en relación con la esfera de protección de la norma, algunos autores sostienen que parece dudoso que pueda aportar algo en la estafa,[101] opinión que, como se afirmó más atrás, no compartimos, pues pensamos que es precisamente el filtro normativo que requiere la estafa para lo que consideramos su correcto tratamiento político-criminal.

2.3 Estafa como lesión de un derecho a la verdad

Desde un punto de vista más moderno –que no seguimos, como veremos–, se pone atención al hecho de que el engaño constituye la lesión de un derecho a la verdad, o la infracción de un "deber de veracidad", es decir, desde esta posición, se cree que la estafa trata de garantizar un mínimo de verdad en la estructura normativa mercantil.[102]

Se afirma, a partir de esta concepción, que el engaño para ser penalmente relevante requiere que se haya incumplido el deber de veracidad, que se fija de acuerdo con dos criterios:[103] un estándar que proviene de la posición de ambos sujetos, y el otro que emana de las conductas de los sujetos que reconceptualicen los deberes de fidelidad iniciales. De esta manera, sin acudir al nexo causal –que lo estima trasnochado–, se dan respuestas efectivas a las hipótesis en que el engañado infringe sus deberes de autoprotección, o cuando es estructuralmente más débil.

101. En este sentido, Gutiérrez Francés, 1991, p. 389.

102. En esta dirección, por todos, Kindhäuser, 2002, p. 83 ss.; Pastor Muñoz, 2004, p. 167 ss.; Pastor Muñoz, 2006, p. 213 ss.; Pastor Muñoz, 2003, p. 453 ss.; Salvador Coderch/Silva Sánchez, 1999, p. 75 ss.; Magaldi Paternostro, 2004, p. 741-742, y 749; Bacigalupo, 2007, p. 2000; Bacigalupo, 2007-b, p. 166; Piña Rochefort, 2006, p. 47 ss.

103. Confróntese, por todos, Pastor Muñoz, 2004, p. 168, y 217 ss.; Pastor Muñoz, 2006, p. 213-214; Pastor Muñoz, 2003, p. 461 ss.; Salvador Coderch/Silva Sánchez, 1999, p. 98 ss., 112 ss., y passim; Piña Rochefort, 2006, p. 70 ss.

Finalmente, podemos decir que esta postura repite con insistencia que el derecho a la verdad no es el bien jurídico protegido en el delito de estafa, y no se libra de la necesidad de una "doble medida", como sucede con la Teoría tradicional dominante en España.[104]

3. Conclusiones

1) Al engaño se le ha dado un protagonismo extremo, ya que el debate de la distinción de ilicitudes –penal y civil– al parecer será, en definitiva, un problema de tipicidad que tendría que remediarse de acuerdo a los elementos hermenéuticos tradicionales.

2) El Derecho chileno no contiene una "definición general" del delito de estafa clásico. Esto es fundamental para asumir una postura sobre el problema.

3) Nos parece lógico que conforme a nuestra idiosincrasia en la determinación de lo que es un "engaño típico" el filtro normativo de este hecho punible se sitúe en el engaño y no en el perjuicio. No obstante, ¿Por qué la mayoría de la doctrina insiste en utilizar la doctrina de la mise en scène? Creemos que la Ley no exige utilizar este sistema. En efecto, en nuestro concepto el Derecho chileno exige una delimitación, pero este procedimiento tiene que adecuarse a los tiempos, y por ello tiene que tratarse de un "sistema normativo", y el sistema más coherente a estos efectos es el de la Teoría de la imputación objetiva del resultado.

4) La mayoría de la doctrina chilena sostiene que el engaño en la estafa implicaría una "relación directa" entre dos personas. Frente a este planteamiento, ¿no debería revisarse el concepto de engaño?, toda vez que gracias al sistema chileno sobre el delito de estafa (que no contiene una definición general del delito), y ante el actual sistema de relaciones jurídico-penal-económicas, ¿no sería el engaño un elemento sumamente cambiante que dependa del ingenio humano?

5) En este sentido, sabemos que el engaño se configura a través de una interpretación, y esto es obligado en un sistema de la estafa, como es el chileno. Entonces, ¿acaso no será relevante tener a la vista la "realidad social" de la época en que corresponda la aplicación del engaño?

6) Esto es esencial, ya que el propio fundamento que contiene el sistema de la mise en scène consiste en atender a la realidad social del país, para poderse limitar al engaño típico. Dicho de otra manera, mien-

104. Véase Bajo Fernández, 2004, p. 42; Bajo Fernández, 2004-b, p. 256.

tras más exigente sea el filtro normativo al nivel del engaño, es porque la realidad social no permite otra solución. No obstante, tratándose de un sistema de control social, ¿no debería tratarse de un sistema que otorgue soluciones efectivas a la realidad jurídico-social contemporánea?

7) Por estos motivos defendemos una delimitación necesaria del engaño típico en sede de imputación objetiva, declarándonos, en este sentido, contrarios a afirmar el rechazo a priori de un engaño típico a efectos del delito de estafa que no implique una puesta en escena. En este contexto, al engaño lo forjamos como aquel comportamiento –cualquiera– que genere un riesgo típicamente relevante, para cuya idoneidad objetiva bastaría con que conciba un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial.

8) El error no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría el absurdo de desvalorar en el tipo el comportamiento "sólo" en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad, o educación. Entonces, la idoneidad para generar el error determinaría, no la existencia del engaño, sino, en su caso, su "relevancia" jurídico-penal. En este sentido, lo importante no sería el engaño, ni tampoco el engaño "bastante", sino el "engaño bastante para producir error en otro". Así, a efectos de la tipicidad de la estafa, el engaño sería "toda aquella conducta tendente a generar error en otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo".

Bibliografía[105]

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio. Capítulo VI. De las defraudaciones. *Comentarios al Código Penal*. AAVV, Luis Arroyo Zapatero et al (dirs.). Nieto Martín – Pérez Cepeda (coords.). Madrid: Iustel, 2007.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte speciale I, a cura di Luigi Conti*, Milano: Multa Pavcis, 2002.

ANTÓN ONECA, José. Voz "Estafa". *NEJ*, Calos-E. Mascareñas (dir.). Barcelona: Francisco Seix, 1958, t. IX.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch, 2005.

ARZT, Gunther. Viktimologie und Strafrecht. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, n. 67, 1984.

105. Al lado de cada obra, entre paréntesis, se presenta la forma como aparece citada en el texto.

BACIGALUPO, Enrique. *Estudios sobre la parte especial del derecho penal.* Madrid: Akal, 1994.

_____. Art. 248. *Comentarios al Código Penal.* AAVV, Cándido Conde-Pumpido Tourón (dir.) Jacobo López Barja de Quiroga (coord.). Barcelona: Bosch, 2007, t. III.

_____. *Falsedad documental, estafa y administración desleal.* Madrid: Marcial Pons, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes. Cap. VII. Estafa. *Delitos patrimoniales y económicos.* Miguel Bajo Fernández; Mercedes Pérez Manzano; Carlos Suárez González. *Manual de derecho penal. Parte especial.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

_____. Art. 248. *Comentarios al Código Penal.* AAVV, Manuel Cobo del Rosal (dir.). Madrid: Edersa, 2004, t. VIII.

BERDUGO, Ignacio et al. *Curso de derecho penal. Parte general.* Barcelona: ediciones experiencia, 2004.

BULLEMORE, VIVIAN; MACKINNON, JOHN. *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL.* SANTIAGO: LEXISNEXIS, 2007, T. IV.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte especial.* Barcelona: Ariel, 1991.

CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de derecho penal. Parte especial.* Madrid: Deusto, 2005, t. II.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas.* Barcelona: Bosch, 2001.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal. Parte especial.* Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1987. vol. 6.

CODERCH, Pablo; SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *Simulación y deberes de veracidad.* Madrid: Civitas, 1999.

CRAMER, Peter; PERRON, Walter. § 263. *Strafgesetzbuch Kommentar*, AAVV, Adolf Schönke/Horst Schröder/Peter Cramer (eds.). München: C.H. Beck, 2006.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa.* Barcelona: Bosch, 2000.

ETCHEBERRY, ALFREDO. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL.* SANTIAGO: EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 1998, T. III.

FANELLI, Andrea. *La truffa.* Milano: Giuffrè, 1998.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte speciale, delitti contro il patrimonio.* Bologna: Zanichelli editore, 2005. vol. 2, t. I e II.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. Estructura jurisprudencial del delito de estafa. *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial).* AAVV, Javier Boix Reig (dir.). Madrid: Iustel, 2005.

GARRIDO IRACHETA, Maricarmen. *Evolución y jurisprudencia del delito de estafa en Chile.* Universidad de Talca: Memoria de prueba, 1999.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte especial.* Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. IV.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Función y contenido del error en el tipo de estafa. *ADPCP*, 1985.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1986.

_____. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (V). Las defraudaciones. La estafa. *Derecho penal español, Parte especial*, AAVV, Manuel Cobo del Rosal (coord.). Madrid: Dykinson, 2005.

GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código penal de 1870*. Salamanca: Esteban-Hermanos-Impresores, 1897, t. VII.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOZ, Faustino. Absolución de un delito de estafa a una curandera que cobró por comprometerse a curar a un enfermo terminal de cáncer (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2007). *RLP* 38, 2007.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª Luz. *Fraude informático y estafa*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

HENTIG, Hans Von. *Estudios de psicología criminal, III. La estafa*. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1980.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. *Problemas actuales de derecho penal*, AAVV. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. La estafa como autoría mediata tipificada. Trad. Jorge Perdomo Torres. *Estudios de derecho patrimonial*. Lima: Grijley, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo et al. *Manual de derecho penal. Parte especial, II*. Madrid: Akal, 1990.

LUCARELLI, Umberto. *La truffa*. Padova: Cedam, 2002.

MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª José. Cap. VI. De las defraudaciones. *Comentarios al Código penal*. AAVV, CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.). Madrid: Marcial Pons, 2004, t. I.

MAGGINI, Attilio. *La Truffa*. Padova: Cedam, 1988.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte Speciale II*. Padova: Cedam, 2002.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.

MERA FIGUEROA, JORGE. *FRAUDE CIVIL Y PENAL. EL DELITO DE ENTREGA FRAUDULENTA*. SANTIAGO: LEXISNEXIS, 2001.

_____; CASTRO M., Álvaro. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Santiago: LexisNexis, 2007.

MESTRE DELGADO, Esteban. Tema 13. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. *Derecho penal. Parte especial*. AAVV, Carmen Lamarca Pérez (coord.). Madrid: Colex, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2005.

_____. *Estado, pena y delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. NAMER, Sabrina. *Estafa e imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *El Funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II. AAVV, Eduardo Montealegre Lynett (coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. AAVV, Jésus-María Silva Sánchez (dir.) Ramón Ragués i Vallès (coord.). Barcelona: Atelier, 2006.

PECORELLA, Claudia. Art. 640. *Codice penale commentato*, a cura di Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci. Vicenza: Ipsoa, 2006.

PEDRAZZI, Cesare. *Ingano ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1955.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. El engaño omisivo en la estafa. *Curso de derecho penal económico*. AAVV, Enrique Bacigalupo (dir.). Madrid: Marcial Pons, 2005.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva de la estafa. *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*. AAVV. Madrid: BOE, 1995.

_____. Las defraudaciones (I). Las Estafas. *Compendio de derecho penal. Parte especial*. AAVV, Miguel Bajo Fernández (dir.). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.vol. 2.

PIÑA ROCHEFORT, Ignacio. *Fraude de seguros*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, M.ª CECILIA. *LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. PARTE ESPECIAL*. SANTIAGO: EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2005.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona: Atelier, 2008.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del derecho penal, II*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Mitos y racionalidad en el delito de estafa (Apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad). *RDPP* 3, 2000.

REBOLLO VARGAS, Rafael. Engaño en el delito de estafa. *Diccionario de derecho penal económico*. AAVV, Javier Boix Reig (dir.). Paz Lloira García (coord.). Madrid: Iustel, 2008.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 1995.

ROMERO, Gladys. *Delito de estafa*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y de Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 1997, t. I.

SILVA SILVA, Hernán. *Las estafas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. De las estafas. *Comentarios al Código penal*. AAVV, Gonzalo Rodríguez Mourullo (dir.) Agustín Jorge Barreiro (coord.). Madrid: Civitas, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. § 263. *LK*. Berlin: De Gruyter Recht, 1999, t. VI.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Acción y resultado en la estafa procesal. *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oncea*. AAVV, ediciones. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa. *ADPCP*, 1986.

_____. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 1987.

VILA MAYO, Juan Emilio. Consideraciones acerca del engaño en la estafa. *DLL*, 1984. vol. 3.

_____. Ensayo sobre la estructura del delito de estafa. *RGD*, enero-febrero, 1988.

_____. Consideraciones acerca del contrato criminalizado. *RGD*, jul.-ago. 1991.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Sección 1.°. De las estafas. *Comentarios al Código Penal de 1995*. AAVV, Tomás Salvador Vives Antón (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. vol. 2.

_____;_____. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas. *Derecho penal. Parte especial*. AAVV, Tomás Salvador Vives Antón et al. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

YUBERO CANEPA, Julio. *El engaño en el delito de estafa*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1993.

ZANNOTTI, Roberto. *La Truffa*. Milano: Giufrè, 1993.

5
Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Professor Catedrático da Universidade Pompeu Fabra (Barcelona).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A partir do atual estado do debate sobre a teoria das normas, questiona o autor o papel correspondente à norma de conduta e à sanção na construção da teoria do delito, postulando, no âmbito de um Direito Penal racional, a conciliação, de um lado, das concepções de norma como diretiva de conduta e como expectativa institucionalizada e, de outro, da análise da teoria do delito como teoria de uma infração e como teoria da imputação.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria das normas – Teoria do delito – Interpretação deôntica – Racionalidade do Direito Penal – Institucionalização de expectativas – Teoria da imputação – Infração.

ABSTRACT: Building upon the current debate about the theory of rules, the author challenges the role played by rules of conduct and sanctions in building the theory of offense, by postulating, in the realm of a rational Criminal Law, the reconciliation of concepts that regard rules as conduct directives and as institutionalized expectations, on one hand, and of the analysis of the theory of offense as a theory of an infraction and as a theory of imputation, on the other hand.

KEYWORDS: Theory of rules – Theory of offense – Deontological interpretation – Rationality of criminal law – Institutionalization of expectations – Theory of imputation – Infraction.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A questão da natureza deôntica das normas – 2. A questão da idéia de norma como diretiva de condutas – 3. Uma tentativa de conciliar as concepções de norma como diretiva de conduta e como expectativa institucionalizada – 4. A teoria do delito como teoria de uma infração ou como teoria da imputação – 5. Observação final.

INTRODUÇÃO[1-2-3]

Depois que Armin Kaufmann escreveu, em 1954, sua contribuição ao estudo da teoria das normas, abriu-se um largo período de controvertida calma nas discussões jurídico-penais a respeito deste tema. Ao mesmo tempo, uma série de questões deixou de ser discutida. Por exemplo, a efetiva existência de "normas"; o conteúdo valorativo destas;[4] ou sua função (diretiva) de condução de condutas. Na realidade, a discussão centrou-se, de modo constante, sobre o alcance da "dimensão de determinação" (ou imperativa) das normas e em suas repercussões sistemáticas.

Particularmente, debatia-se se o conceito de norma (completa) implicava, junto à dimensão de valoração, uma dimensão de determinação. Para um setor, a dimensão de determinação não era consubstancial à norma, a qual se limitava a fixar uma ordem objetiva de condutas (o Direito), cuja violação constituía a antijuridicidade do fato.[5] Por isso, tal dimensão

1. Trad. Renato de Mello Jorge Silveira e Alamiro Velludo Salvador Netto. Versão Original: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabbi, 2003, p. 15-39.
2. Resumo e palavras-chave elaborados pela coordenação da *RBCCrim*.
3. Artigo convidado.
4. Essa construção já era encontrada em outros momentos, sendo mencionada, de modo incontestável, em Kaufmann, que cita textualmente Binding, quando este afirma que o pressuposto conceitual da norma e seu único motivo é um "Urteil über rechtliche Unerträglichkeit bestimmter Handlungen oder Unterlassungen", ou seja, um juízo de valor. KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und totes bindings normentheorie*. Göttingen, 1959, p. 67. Cf., também, Binding, onde frisa que toda a ação (*Ereignis*) que lesione um bem jurídico está sujeita a uma valoração negativa, sendo indiferente "wie sie erfolgt, ob durch Handlungsfähige oder Handlungsunfähige, ob durch Menschen oder blinde Naturwesen". BINDING, Karl. *Die normen und ihre übertretung*, t. II, *Schuld, Vorsatz, Irrtum*. Leipzig, 1877, p. 231, nota 8. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que no Direito Penal não existia, nem existiu um "imperialismo", entendendo por tal a concepção de normas que afasta do discurso jurídico a discussão racional sobre fins e valores. Cf., sobre o tema, VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996, p. 341, 385 e ss.
5. Cf. A caracterização de MEZGER, Edmound. *Die subjektiven unrechtselemente*, "GS", 89, 1924, p. 207 e ss; 240 e 245. Do mesmo modo, por exemplo, RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1950, p. 136 e 137.

surgiria somente na relação da norma já completa com um determinado círculo de sujeitos (os culpáveis); apenas em face destes poderia se afirmar que, além de lesionar o Direito, teriam infringido um dever.

Para outro setor, ao contrário, a dimensão de determinação era consubstancial à norma, pois carecia de sentido uma norma sem destinatários; de modo que, na realidade, somente aqueles que se encontrassem em condições de entrar em contato pessoal com a norma poderiam infringi-la.[6] Esta tese, que em seu início havia conduzido à unificação da antijuridicidade com a culpabilidade, a partir da noção acerca da impossibilidade de que fosse aceita uma realização antijurídica por parte do sujeito não culpável, havia sido matizada pelo finalismo, precisamente sobre a base da concepção de Armin Kaufmann.

De fato, para Armin Kaufmann, correto seria que a *norma* aparece como completa e se aperfeiçoa, neste caso, como *dever* somente para quem, em situação concreta, é capaz de realizar o seu conteúdo;[7] porém,

6. Cf. BINDING, Karl. *Die normen und ihre übertretung*, t. I, *Normen und strafgesetze*, p. 99, nota 9: "Die Norm kann also nur solche Menschen binden, welche ebenso fähig sind ihre Anforderung zu erfüllen als zu verletzen", distinguindo, contudo, entre um *Rechtspflich* e um *Gehorsamspflicht*. Especificamente: "Gewiss giebt es pflichten handlungsunfähiger, aber der pflicht höchstpersönlichen gehorsams sind sie unzugänglich". Portanto, "die Rechtssätze, die sich in dieser art auch an handlungsunfähige wenden, darf man nicht in vollem umfange als normen ansehen". De último modo, "das Tötungsverbot auch an den Wahnsinnigen zu richten ist undenkbar". Assim, nas p. 243, "Ein rechtliches verbot oder gebot als forderung des vernünftigen Gemeinwillens an den vernünftigen Einzelwillen kann sich nur an solche richten, die jeweilen die Fähigkeit haben ihm zu entsprechem". E, ainda, à p. 244: "Was man das objektive Unrecht nennt ist reiner Zufall". Especificamente, a *Normwidrigkeit* requer capacidade de ação, a qual contém um *Schuldmoment*, que não ocorre no caso dos inimputáveis e dos sujeitos que agem em erro. Em última instância, conclui-se que "alles Unrecht Delikt und alles Delikt schuldhafte Normwidrigkeit ist". Recentemente sustenta esse ponto de vista, como se verá, FREUND, Georg. *Strafrecht allgemeiner teil*. Berlin, 1998, p. 116, para quem nos casos de exclusão plena de culpabilidade não há infração de norma de conduta, a qual se daria em casos de esculpação e nos casos de menores por critério de idade (sem atenção a sua capacidade psicológica).

7. Cf., na conclusão, KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 281. Seriam verificados três níveis: em primeiro lugar, o da ordem social, criação valorativa de bens jurídicos; em segundo lugar, a valoração de sucessos que afetam a dita ordem; e, em terceiro lugar, a seleção de atos do homem como objeto

em seu juízo, tal capacidade de realização deveria ser entendida como capacidade de realização de uma ação (final) concreta, sem que fosse preciso a imputabilidade.[8] Isto, desde logo, pressuporia um relativo ponto intermediário entre a teoria das normas de Binding e as construções do neokantismo.

Pois bem, se algo pode ser afirmado do atual estado do debate a respeito da teoria das normas, é que este, sem abandonar a polêmica mencionada,[9] ampliou substancialmente o seu âmbito de controvérsias, até alcançar os extremos que já pareciam pacificados. Assim, a discussão atual do Direito Penal voltou a postular a existência propriamente dita de normas como enunciados de dever-ser; da mesma forma, sua vocação de direção de condutas. Em relação com o afirmado, coloca-se a questão do papel correspondente à norma de conduta e à norma de sanção (ou, simplesmente, a sanção) na construção da teoria do delito. Ao assinalar um valor substancial à primeira, um setor doutrinário tende a aprofundar as conseqüências de seu entendimento de que a norma completa é uma norma de determinação (teoria do delito como teoria de uma infração). Este aprofundamento segue vias distintas conforme os autores e acaba manifestando uma curiosa diversidade. Outro setor, ao contrário, parte

de valoração jurídica, o que dá lugar à norma abstrata (*Abstrakte denkform der verbindlichkeit des rechts*). A norma não é impessoal, mas se refere a uma pessoa (ainda que indeterminada): o destinatário só se concretiza na medida em que se verifica a capacidade de realização da ação concreta e, com ela, a norma se concretiza como dever. Colocado de outro modo, a norma não é um *Es soll sein/nicht sein!*, mas um *Du sollst es tun/nicht tun!* (Cf. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 75 e 76). O objeto da norma é dado por ações finais. Assim, só está obrigado a cumprir a norma (só possui um dever derivado da norma) o sujeito que tem a capacidade de realização de ação concreta que é objeto da norma. Cf. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 102 e ss., 138 e ss.

8. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 139 e 140: "Die konkretisierte Norm, die einem bestimmten einzelen ein ganz konkretes Verhalten vorschreibt, wird in dieser Untersuchung künftig als 'Pflicht' bezeichnet. Dieser Begriff der Pflicht ist weiter als der der 'höchstpersönlichen Rechtspflicht' Bindings. Er setzt weniger zu seiner Erfüllung voraus als letzterer, weil und wie die 'Handlungsfähigkeit', die Voraussetzung beider Pflichtbegriffe, nach Binding mehr erfordet als die schlichte Fähigkeit zum Akt, nämlich noch die Erkennbarkeit der Norm".

9. Cf., sobre o mesmo, SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992, p. 311 e ss. e 362 e ss.

de modo mais ou menos expresso da proeminência da segunda, o que se manifestaria em uma teoria do delito, acima de tudo, como uma teoria da imputação de responsabilidade.

1. A QUESTÃO DA NATUREZA DEÔNTICA DAS NORMAS

Conforme demarcado anteriormente, os dois pontos fundamentais de consenso doutrinário, que se baseiam na obra de Armin Kaufmann, dizem respeito a consideração de que as normas possuem um conteúdo valorativo e que também expressam, em algum momento, um imperativo (possuem uma função de condução de comportamentos). Este consenso se rompe por parte daqueles que negam o primeiro, por aqueles que negam o segundo e, por fim, por aqueles que acabam negando tanto um quanto outro.

Seguindo uma linha que possui suporte na teoria do Direito,[10] mas que não havia sido acolhida de modo relevante até o momento no Direito penal, Hoyer parte de que a teoria do Direito vem certamente determinada por sua função de influir sobre as condutas para proteger, desse modo, bens jurídicos.[11] Porém, em seu juízo, a influência sobre o comportamento não tem lugar mediante o estabelecimento de um dever (uma norma de conduta),[12]

10. Cf., na Espanha, a colocação de Hernández Marín, para quem não existem normas primárias ou de condutas, sendo suficientes, em termos pragmáticos, as secundárias (HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael Luis. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid-Barcelona, 1998, p. 214 e 215). Mas inclusive as chamadas normas secundárias ou normas de sanção, têm, a seu juízo, um conteúdo assertivo e não prescritivo (Idem, p. 206-209).

11. HOYER, Andreas. Op. cit., 1997, p. 14.

12. A inexistência de normas de conduta como *prius* lógico da norma de sanção é uma idéia que aparece na obra de KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher zurechnung*. Berlin, 1994, p. 29 e ss., 92 e ss., 184 e ss., e 231 e ss. No esteio de Kelsen, Koriath parte da idéia de que o único que existe como tal é o imperativo hipotético, condicionado e expresso na norma de sanção. Segundo essa noção, afirmar que um comportamento é objeto de um dever jurídico não significa que este trate de um comportamento "devido" normativamente, mas, simplesmente, que uma norma jurídica associa ao comportamento contrário um ato de coação como sanção. Cf. HOYER, Heinz. *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, p. 19 e 80, mencionando, também, Kelsen.

mas mediante o estabelecimento da relação imediata do comportamento questionado com a sanção.[13]

Na realidade, não se trata de que o modelo Hoyer prescinda da idéia do normativo, porém da forma de pensar em termos de "dever jurídico". Assim, os enunciados legal-normativos, a seu juízo, não devem ser concebidos como enunciados deônticos, mas como enunciados descritivos ordinários.[14] A norma-lei penal, então, não implica em nenhum comando de dever à liberdade do destinatário: limita-se a determinar um preço à ação que a faça pouco atrativa.[15] Em outras palavras, informa ao destinatário o que, presumidamente, sucederá se realizar a descrição fática anunciada na lei.

Porém, a renúncia a uma interpretação deôntica do Direito Penal conduz, igualmente, a uma renúncia da análise de racionalidade valorativa dos enunciados jurídico-penais concretos: o Direito Penal – o

13. Hoyer, Andreas. *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, p. 40 e ss. O tema, na verdade, mostra-se como, e por que razão, se decide questionar um certo comportamento, ao que Hoyer, em princípio, não responde, já que partindo do conceito de bem jurídico, tampouco expõe como um determinado interesse ou estado de coisas se perfaz como "bem jurídico" (salvo que seja em virtude de ato de poder que se estabeleça a sanção para o ato de sua lesão).

14. Idem, p. 48: não devem ser vistos como "Sollensätze, sondern als reguläre Aussagesätze". Neste marco, resta claro que não existe "keine qualitativ andere Verbundenheit dazu, der Gewaltandrohung eines Nötigers ('Geld her, oder ich schiebe!') zu gehorchen als den Normen des recht" (p. 46). Nessa mesma linha, Hernández Marín, Rafael Luis. Op. cit., p. 285 e ss., apoiando-se na argumentação de Oliverona, conclui que a força obrigatória do Direito somente se mostra como realidade na mente humana, nada havendo no mundo exterior que corresponda a essa idéia. Concretamente: "desde o ponto de vista da força obrigatória, não existe nenhuma diferença entre um pedido feito de uma pessoa a outra e uma norma jurídica qualquer".

15. Hoyer, Andreas. Op. cit., p. 47: "Die gesetzte Norm fixierte – drastisch ausgedrückt – lediglich die allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter denen die geregelten Verhaltensweisen allein vorgenommen werden könnten". E na p. 267: "Die drohende Strafbarkeit versteht sich im Rahmen eines solchen Konzepts als Preis zwecks Regulierung der Nachfrage". Cf. Hernández Marín, Rafael Luis. Op. cit., p. 214, que, coerentemente, afirma que quem comete um delito "não viola nenhuma norma jurídica, não realiza, de fato, um comportamento contrário ao Direito, um comportamento antijurídico". Aí, a errônea colocação da doutrina jurídico-penal que, de forma unânime, qualifica o delito como um comportamento antijurídico.

Direito em seu conjunto – converte-se em um puro fenômeno de poder.[16] Não existindo uma ordem objetiva de condutas a ser valorada, também é impossível definir os espaços de autor e vítima como esferas de liberdade. A ingerência nos interesses da vítima (em um sistema assim não se pode falar de direitos subjetivos) se converte em uma pura questão de preço.[17]

2. A QUESTÃO DA IDÉIA DE NORMA COMO DIRETIVA DE CONDUTAS

Distinta em sua estrutura, porém ao meu entender não tão distante da interior, é uma tendência em que, desde logo, não se questiona literalmente a concepção das normas como enunciados de dever, ainda que se proceda a um progressivo esvaziamento das mesmas dos conteúdos valorativos em sentido estrito. Isto porque, nelas, a idéia de dever aparece como uma mera metáfora expressiva das necessidades de funcionamento do sistema.[18]

16. Parece adimití-lo HOYER, Andreas. Op. cit., p. 49 e 50, nota 30, citando Kelsen. A esse respeito menciona, e, creio, com razão, HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael Luis. Op. cit., p. 264, que o único ponto de partida que parece permitir a discussão acerca da obrigatoriedade do Direito consiste em atender ao enunciado que diz que as normas jurídicas são obrigatórias como uma afirmação com o seguinte teor: "Existe um preceito, jurídico ou moral, não positivo, segundo o qual é obrigatório cumprir (obedecer) a norma jurídica (positiva)". E, então, evidentemente, como assinala o próprio autor, a discussão desenvolve-se em um marco muito estreito: só podem discutir aqueles que crêem na existência de normas, jurídicas ou morais, não positivas. De minha parte, situo-me neste grupo, do qual Hernández Marín se exclui.

17. Cf., outras críticas em apresentação de NEUMANN, Ulfried. "GA", 1999, p. 443-446. Do mesmo modo, SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: Roxin-Jakobs-Schünemann-Frisch-Köhler. *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminário en la Universidad Pompeu Fabra*, p. 103: "(...) Koriath e Hoyer pretendem, para além da culpabilidade, descartar também a norma e, com ela, o conceito de injusto, recomendando como principal via dogmática o beco sem saída da teoria kelseniana da 'norma como fato', isto é, sugerindo a transformação da proibição contida na cominação penal em uma relação descritiva que corresponda à estrutura 'se (...) então'".

18. Cf. JAKOBS, Günther. *Norm, person, Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*. Berlin, 1997, p. 112, onde estabelece que "das Bedürfnis der Gruppe als Sollen auf den einzelnen übertragen (wird)" e, desse modo, define o indivíduo como pessoa integrante do grupo. Com uma perspectiva crítica, VIVES ANTÓN. Tomás S. Op. cit., p. 444 e 455.

Destas postulações, entretanto, interessa, sobretudo, sua tese fundamental que nega que as normas jurídico-penais tenham uma função de influir sobre o comportamento dos cidadãos. Isso não quer dizer tampouco que se prescinda absolutamente da dimensão da norma como norma de determinação. Ocorre que isso se contempla, acima de tudo, segundo se indica, como uma função latente, como um efeito (psicológico) secundário, bem recebido, porém alheio em princípio à lógica do Direito Penal.[19]

Esta corrente doutrinária, cujo máximo representante no Direito Penal é Jakobs, entende que a norma é a expressão de uma expectativa de conduta institucionalizada:[20] "A sociedade surge quando a norma proporciona a pauta reitora da comunicação, isto é, determina a quais comportamentos e como se deve aderir".[21]

Esta perspectiva trata de se opor à concepção de norma como norma de determinação, que "é a base dogmática das doutrinas do injusto pessoal, hoje predominantes" e cujo "ponto de partida é uma visão preventivo-policial do sistema do Direito Penal".[22]

A teoria das normas, em sua concepção convencional, parte, de fato, "de que a prevenção tem lugar mediante a condução de comportamentos" (*Prävention durch Verhaltenssteuerung*). Assim, "o modo de operar das estratégias de prevenção se dirige, portanto, necessariamente em direção ao futuro, concretamente mediante ordens de comportamento (*Verhaltensbefehle*)".[23]

19. Cf, JAKOBS, Günther. *Norm, person, Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, p. 54: "Normen leiten nicht Verhalten, sondern deuten es als zu einer Ordnung gehörend oder nicht (...)".
20. Cf, idem, p. 32: "Die regeln der dabei neu entstehenden ordnung, in der die individuellen interessen – nicht beiseitigt, aber – transzendiert werden, heien hier normen". E à p. 39: "Deshalb ist das sollen (und die Pflicht), anders als die lust, ein Ordnungsschema einer gemeinsamen Welt".
21. Cf, idem, p. 52.
22. Não se mostra tão claro se as normas do Direito Administrativo sancionador são, para Jakobs ou Lesch, imperativos, ou como se articula essa divergência em uma estrutura como a das leis penais em branco.
23. Cf. A caracterização de LESCH, Harro. *Das problem des sukzenssiven Beihilfe*. Frankfurt a.M., 1992, p, 200-202. Do mesmo modo LESCH, Harro. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Berlin, 1999, p. 180 e ss.

Frente a isso, Jakobs e Lesch pretendem abordar o delito não como fenômeno circunscrito à relação entre norma e infrator, mas como um fenômeno social em que a vítima e coletividade se vêem afetadas.

Além disso, dado que o Direito Penal intervém quando o fato desviado se produziu, o papel central é assumido pela norma de sanção, de modo que os pressupostos da responsabilidade não são tão extraídos pelas condições psicológicas da comunicação – desvinculada do contexto social – entre imperativo e destinatário (infrator efetivo ou potencial), isto é, dos processos de motivação, quanto pelo teor das normas de sanção (que não é pré-condicionado pela referida estrutura, mas sim, sobretudo, pelas exigências da comunicação social em relação à solução do conflito produzido).[24]

Estes autores, seguindo Luhmann, entendem que as normas jurídicas são expectativas de conduta institucionalizadas (estabilizadas contrafaticamente), que não prometem um comportamento adequado à norma, mas sim protegem a quem espera um comportamento adequado à norma.[25] Como é sabido, na origem desta forma de entender a norma se coloca a idéia de que o sistema normativo (não especificamente o jurídico, mas todo o sistema normativo), como subsistema social, tem a finalidade de orientar os indivíduos em sua interação e, com isso, reduzir a complexidade em que esta se moveria se orientada com critérios puramente fáticos.[26] Desse modo uma orientação baseada em critérios

24. Neste marco, a norma de conduta não se mostra como um imperativo que, mediante a motivação, pretenda manipular o processo interno de formação de vontade de seus destinatários, concebidos estes como sujeitos preexistentes: "Das Sollen der strafrechtchtichen garantierten Norm wird also nicht ontologisch oder psychologisch vorgegebenen Qualitäten fixiert, sondern mu funktional gedeutet werden bleibt damit stets auf das Geltungsphänomen bezogen; es bezeichnet deshalb lediglich eine äu ere, von der inneren Einstellung seiner Adressaten unabhängige Verpflichtung auf der projektiven Ebene des Erwartens von Erwartungen". Concretamente, Lesch (*Das problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 260-261) afirma que o conceito de antijuridicidade (antinormatividade) é funcional e não existe, a respeito, um conceito unitário: "Materielles Strafunrecht ist eine enttäuschende Kommunikation über die Verbindlichkeit einer strafrechtlich (i.e. qua Sanktionenorm) garantierten normativen Erwatung".

25. Lesch, Harro. *Der Verbrechensbegriff* ...cit., p. 188-189.

26. Isso remete parcialmente à teoria das normas de cultura. Cf. M. E. Mayer. *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*. Heidelberg, 1915, p. 38 e ss., para quem as normas dirigidas aos destinatários são normas de cultura

estritamente cognitivos produz, de início, uma grande insegurança antes de cada interação concreta[27] e logo que, em cada caso de violação de expectativa, deva se optar pelo abandono da expectativa ou pela adoção de meios (cognitivos) para que no futuro não se frustre.

Daí a necessidade de uma "institucionalização" das expectativas. A institucionalização tem sua origem na habitualidade e é uma tipificação recíproca de ações habituais por tipos de autores, que resulta de um processo histórico. Como assinalam Berger e Luckmann, em seu clássico livro, as instituições, pelo fato de existir, "controlam o comportamento humano estabelecendo pautas definidas de antemão que o canalizam em uma direção determinada, em oposição a muitas outras que poderiam teoricamente ocorrer. Importa destacar que o caráter controlador é inerente à institucionalização enquanto tal, prévio ou separado de qualquer mecanismo de sanção estabelecido especificamente para a sustentação de uma instituição. Estes mecanismos (cuja soma constitui o que em geral se denomina sistema de controle social) existem, obviamente, em muitas instituições e em todos os conglomerados de instituições que chamamos sociedade. Sua eficácia controladora, entretanto, é de índole secundária ou suplementar (...) o controle social primordial já está, por si mesmo, na vida da instituição enquanto tal. Dizer que um setor da atividade humana se institucionalizou já é dizer que se submeteu ao controle social. Somente são requeridos elementos de controle adicionais quando os processos de institucionalização não chegam a cumprir-se cabalmente".[28]

reconhecidas pelo Estado. É significativo, contudo, frente a visão unidimensional da evolução social em Jakobs, que Mayer (p. 48) destaque que as normas de cultura se encontram em conflito e que a adoção de uma pelo Direito constitui uma escolha, uma seleção, em virtude da qual se distingue o comportamento conforme ao direito do comportamento antijurídico.

27. E, contudo, a confiança em que o outro se ajuste a regularidades esperáveis ("erwartbare Regelmä igkeiten") é um pressuposto fundamental da coordenação social: Popitz, Heinrich. *Die normative Konstruktion Gesellschaft*. Tübingen, 1980, p. 4.

28. Cf. Berger; Luckmann. *La construcción social de la realidad*. Trad. Zuleta. Buenos Aires, 1989, p. 76 e 77. A grande vantagem da institucionalização é a previsibilidade das ações do outro e, a partir daí, a divisão do trabalho. Acrescentam esses autores (p. 85): "Quanto mais se institucionaliza o comportamento, mais previsível e, por isso, mais controlado se mostra. Se a socialização dentro das instituições se mostra eficaz, podem ser aplicadas medidas coercitivas com paridade e seletividade". E a ordem institucional vem representada por papéis (p. 99).

A institucionalização de uma expectativa em uma norma,[29] que a torna, a princípio, independente de toda frustração, acrescenta, além do que possibilitam outros níveis prévios de institucionalização, a princípio, a dimensão da sanção.[30] Com esta, certamente, não se impede a frustração empírica, porém se reafirma ao sujeito (contrafaticamente) em sua expectativa, ao afirmar que tinha "razão" em esperar aquilo que esperava e não se produziu.[31]

Pois bem, as normas sociais têm uma capacidade relativa de vincular em sociedades plurais e diferenciadas. Daí que a sobrevivência dos sistemas sociais complexos requer que determinados modelos de comportamento sejam assegurados de modo mais intensamente vinculantes. Isso é o que ocorre com o grau superior de institucionalização das normas mediante o Direito.[32] Tal institucionalização permite prescindir, a princípio, ainda mais das opiniões concretas dos indivíduos e assegurar o modelo. E dito asseguramento tem lugar colocando em relevo de modo especialmente relevante em termos comunicativos que o conflito se deve a uma falta daquele cujo comportamento se esperava e não daquele que o esperava.

A expectativa é, então, de início, um fenômeno puramente psicológico, que desde logo não tem conteúdo valorativo. Uma expectativa torna-se normativa, quando estabilizada por meio de sua incorporação a uma norma – social ou jurídica – , isto é, quando se institucionaliza de modo mais ou menos qualificado. De forma que, como indicado antes, o que pode ser cognitivo ou normativo é a estabilização da expectativa. Tal afirmativa é posta em relevo pela própria concepção de norma como "expectativa de conduta estabilizada contrafaticamente".

29. Na verdade, caberia uma estabilização puramente fática da norma: impedir cognitivamente sua desestabilização através do delito.

30. Popitz, Heinrich. Op. cit., p. 25. Apesar disso, cabem equivalentes funcionais da sanção (p. 43).

31. Isto é o que habitualmente se verifica ao mencionar a "cognitividade" ou "normatividade" das expectativas. Segundo este critério, seriam expectativas "cognitivas" as que se abandonam em caso de conflito, enquanto que se mantêm as expectativas "normativas" apesar da violação (são *Enttäuschungsfest*). Mesmo assim, como verifica Vives Antón (Op. cit., p. 455), "em Jakobs, a norma, que possui uma validez contrafática, acaba repousando, por igual, em um consenso empírico". De fato, creio que com o passar do tempo, Jakobs passou, cada vez mais, a salientar em sua construção a dimensão da faticidade do Direito Penal.

32. Cf., por exemplo, Popitz, Heinrich. Op. cit., p. 31 e ss.

3. Uma tentativa de conciliar as concepções de norma como diretiva de conduta e como expectativa institucionalizada[33]

Diante da contraposição estabelecida, entendo, a meu juízo, que os dois conceitos de norma demarcados são compatíveis.[34] O conceito de norma como expectativa está centrado, de fato, na relação do Direito com cada cidadão desde que "não delinqüente potencial", desde que "vítima potencial" ou, singelamente, desde que seja alguém interessado em sua segurança. Em relação a isso, a norma supõe uma fonte de orientação,[35] uma institucionalização de sua expectativa: o exemplo que pretendo traçar é o do semáforo verde no cruzamento das ruas. Realmente, a luz verde expressa de modo institucionalizado a expectativa (normativa) do condutor de que não cruzem outros veículos. Esta expectativa é compatível obviamente com o fenômeno cognitivo de que há condutores que não respeitam o semáforo e transgridem (cognitivamente) a expectativa daquele que imaginava que o semáforo lhe ofertaria a via livre.

O conceito de norma como diretiva de conduta se dirige ao cidadão delinqüente potencial ou ao sujeito interessado prioritariamente na liberdade de ação. Em relação a este, a norma é um comando ou proibição: o exemplo que proponho é o do semáforo vermelho na via perpendicular

33. Cf., também, a tentativa de conciliação no brilhante texto de Peñaranda Ramos, Enrique. *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del derecho penal*, p. 18 e ss.

34. A partir do dilema estabelecido por Luhmann, Niklas. *Die funktion des rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?*, "ARSP", Beiheft 8 Neue Folge (Die Funktionen des Rechts), 1974, p. 31 e ss. O próprio Luhmann assinala (p. 31) que tais funções não se excluem reciprocamente, e que a norma jurídica serve precisamente para sua combinação. Considerava, entretanto, de forma apodítica (p. 43), que, se o legislador de modo correto estabelece programas, em forma de normas jurídicas, "(...) er stützt seine Wirkungsabsicht nur noch zum Teil und in wohl abnehmendem Masse auf die Erwartung, dass die Programme zu realen normativen Erwartungen in sozialer Verkehr werden und als solche wirken". Acaba, por fim (p. 44), concluindo que "die Einheit von Erwartunssicherung und Verhaltenssteurung ist problematisch geworden". Convém salientar, contudo, que isto é anterior ao chamado "giro autopoiético" de Luhmann, depois do qual tem-se que a função do Direito só se estabelece em termos de asseguramento de expectativas.

35. A norma indica o que se pode esperar dos demais e o que os demais podem esperar dela, a fim de que uns e outros se organizem.

ao mesmo cruzamento anteriormente aludido. De fato, com respeito ao condutor que tem diante de si um semáforo vermelho, certamente se pode afirmar que este expressa, igualmente, a expectativa normativa de quem, a seu turno, tem-no verde, de que não se produza uma colisão. Porém, dificilmente se pode afirmar que não proíbe nada a ninguém ou que, em todo caso, tal dimensão diretiva constitua simplesmente um efeito secundário.

Deve observar-se que, em um cruzamento, o semáforo verde de uma rua e o semáforo vermelho da perpendicular formam parte de um único sistema semafórico: são uma única norma. O que ocorre é que essa única norma se mostra para uns com institucionalização de uma expectativa (configuração de uma expectativa normativa) e para outros, como diretiva de conduta. Isso se pode salientar do mesmo modo se o cruzamento é regido por uma sinalização de preferência combinada com uma marca de *stop* para quem circula na rua perpendicular. Além disso, é patente que os papéis se invertem continuamente, em cada nova interação social: no cruzamento seguinte, quem antes visualizava a luz verde, pode passar a visualizar a luz vermelha e vice-versa.

Quem se concentra na norma como fonte de expectativas (orientação) para os cidadãos não deveria, portanto, perder de vista que esta perspectiva se complementa com uma vertente de diretivas para os mesmos cidadãos (em sua faceta de autores potenciais). De modo que resulta unilateral se fixar unicamente nos cidadãos como sujeitos fiéis ao Direito (vítimas potenciais) e não como autores potenciais e vice-versa: eis que em cada caso convergem as duas vertentes. Se a norma pode ser, para uns, fonte de orientação contrafática (fonte de direitos, diríamos seguramente, em linguagem pré-funcionalista) isso é por que para os outros é diretiva de conduta (fonte de deveres).[36] Neste ponto, o

36. Sobre o fato de que nossas expectativas de comportamento são *desiderative Ewartungen*, isto é, não têm um puro conteúdo de orientação, mas sim, se mostram como desejos e temores, Popitz, Heinrich. Op. cit., p. 7. Cf., também, Baurmann, Michael. *Die Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft*. Tübingen, 1996, p. 61, que indica que o conteúdo de expectativa tem um duplo sentido. "Por um lado, pode ser entendido em sentido descritivo: esperar um determinado comportamento significa que se realiza prognóstico de que um determinado comportamento se realizará. Por outro lado, pode ter um sentido normativo: esperar um comportamento significa, então, que se quer que se realize um determinado comportamento. No primeiro sentido, o conceito de expectativa é irrelevante para a definição

"cruzamento das ruas" resulta ser, segundo creio, uma boa metáfora dos conflitos de esferas individuais.

Uma leitura de textos do próprio Jakobs poderia levar a pensar que, em suas postulações, chega-se a se lançar as bases para afirmar a compatibilidade dos dois aspectos da norma, o diretivo e o de expressão institucionalizada de expectativas. Este autor afirma, desde logo, que a institucionalização jurídica de uma expectativa em uma norma faz surgir uma "obrigação jurídica", o que constituiria algo distinto da mera coatividade cognitiva: concretamente, dirige a comunicação.[37] Se isto fosse assim, caberia imaginar que já neste ponto surge também uma relação entre a norma e o sujeito obrigado a satisfazer a expectativa em questão. Nessa relação conter-se-ia a idéia simbólica de uma sujeição (dever).

Expressado de outro modo: se uns podem esperar contrafaticamente, isto seria porque outros têm que satisfazer (contrafaticamente) a expectativa daqueles. A afirmação da própria idéia de frustração de uma

de vigência da norma. No segundo, significa o mesmo que a existência de um determinado querer por parte do que espera (...)". O importante desta consideração é que, se a expectativa integra um querer, sua institucionalização jurídica não pode tampouco obviar esse elemento de querer. Numa expectativa institucionalizada qual se mostra a norma jurídica, se tem, pois, um elemento de querer do sujeito que espera, transformado em querer jurídico, cujo objeto é que o sujeito de quem se espera algo o faça. Um problema distinto é relativo à razão pela qual umas expectativas se institucionalizam e outras não, pois o fenômeno da institucionalização não é estranho a conflitos de poder nem, tampouco, à própria incidência das normas jurídicas. Cf. Paroussis, Michel. *Legal standards and the normativity of expectations*, "ARSP", Beiheft 69 (Sources of Law and Legislation), 1998, p. 74-77, quem, frente à doutrina que distingue entre expectativas cognitivas e normativa, sustenta que existe um único modelo de expectativas com elementos cognitivos (os que se referem a prognósticos ou a antecipação de fatos) e outros predominantemente volitivos (os que expressam desejos, preferências etc.).

37. Cf. Jakobs, Günther. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. Trad. Cancio Meliá. Bogotá, 1999, passim, especialmente p. 40 e ss.: "A norma – e não a sanção – há de converter-se no esquema determinante de interpretação do mundo" (p. 40); "se o entendimento é de que o furto é errado porque a todos compete reprimir os correspondentes desejos, é a norma quem dirige o conteúdo da comunicação"; e, "se se alcança que os comandados se acostumam, de tal modo, às ordens que seguem sem ter em conta as sanções que os ameaçam, a ordem coativa cognitiva se mostra convertida em ordem de normas" (p. 41).

expectativa institucionalizada pressuporia que existiu uma comunicação prévia (não apenas em termos cognitivos) entre a instituição da norma e o destinatário daquela expectativa. Pois bem, a partir disso, se as normas de conduta fossem algo mais que um manual de instruções orientador acerca de como se desenvolve o jogo social (expectativas estatístico-sociais),[38] se contivessem a expressão de um dever-ser (*Sollen*), então teria que ser dito que na norma primária há uma dimensão contrafática, igual a da pena.[39]

Ocorre, entretanto, que, na realidade, resulta mais que duvidoso que a norma de Jakobs contenha um *Sollen* (dever) com conteúdo axiológico, diferenciável de uma mera regra técnica,[40] que permita definir o delito

38. Em cujo caso constituiriam uma pura asserção, da qual não pode derivar-se obrigação alguma.

39. A questão é que, seguramente, na construção de Jakobs, as normas nem sequer têm conteúdo contrafático, só expressando a regularidade social. O contrafático está nas leis penais que selecionam algumas normas para estabelecer penas, e, desse modo, estabilizá-las em caso de lesão. Esta seria uma das duas diferenças fundamentais entre o conceito de norma proposto por Jakobs e o de valoração neokantiano, com o qual alguns pretendiam identificá-la. Apesar disso, a concepção de Jakobs poderia ser vista como próxima da construção sociológica da norma de valoração defendida, em seu tempo, por M. E. Mayer. De fato, a concepção de Jakobs não se mostra, estruturalmente, muito distante da concepção da norma como norma de valoração. Ela, contudo, constitui uma sociologização – ou funcionalização – da valoração. Em todo caso, a diferença entre a construção de Jakobs e a clássica é presente na idéia de que a norma entendida como expectativa não tem um conteúdo estático (não se refere a um estado), mas, sim, tem um conteúdo dinâmico-comunicativo, pois só é esperado de determinados sujeitos (os culpáveis, em sua construção).

40. O conteúdo da norma é, para Jakobs, a "descrição do espírito do tempo" (*Sobre la génesis de la obligación jurídica*, p. 42), de modo que em sua construção não se trata da expressão de algum "valor", e, portanto, tampouco se afirma que a pena reafirme um "valor". Aqui radica a diferença fundamental de Jakobs em respeito ao finalismo, com o qual mostra algumas importantes semelhanças estruturais, mas nunca de conteúdo. Para os finalistas, seguindo Welzel, o Direito Penal tem a missão de proteger os valores ético-socais da ação. Em Jakobs, pelo contrário, não há valores ético-sociais na ação, mas somente regularidades de conduta conforme o espírito do tempo (em determinado lugar), e são estas regularidades as estabilizadas pela pena. A expectativa de que a conduta de terceiros se ajuste ao "espírito do tempo" não deixa de ser, em todo caso, algo puramente fático.

como algo mais que um erro, e a pena como ao distinto do fracasso no manejo de um instrumento. Porém, isso é, a meu juízo, incompatível semanticamente com qualquer alusão à idéia de "obrigação", conclusão esta que não parece que Jakobs extraia de suas postulações. Daí que a conciliação da tese de Jakobs com as que concebem a norma como diretiva de condutas, paradoxalmente, não seja tão difícil no plano estrutural antes aludido como no plano de conteúdo. De fato, como se destacou no início, as concepções da norma como diretiva de conduta em Direito Penal nunca prescindiu de assinalar a esta um conteúdo valorativo, de maneira que a comunicação entre a mesma e seu destinatário não se produza somente no plano da mera coatividade, mas também no plano da racionalidade valorativa. Ao contrário, como se acaba de indicar, não parece que, na concepção de Jakobs, a expectativa adquira conteúdo valorativo algum pelo fato de sua institucionalização em uma norma jurídica, mas simplesmente o reforço sancionatório em caso de violação.

De minha parte, ao contrário, entendo que as expectativas dos cidadãos no tocante às suas relações com os demais se estabilizam normativamente (contrafaticamente) em duplo nível. Em primeiro lugar, já antes (não em termos cronológicos, mas analíticos) de sua frustração, mediante sua incorporação a normas de conduta que se impõem como vigentes e válidas para todos os demais. Desde esta perspectiva, de fato, as normas jurídicas de conduta estabilizam expectativas;[41] mais ainda, uma das melhores formas de assegurar expectativas, é, de início, essa: precisamente, tentar comunicativamente que não cheguem a ser frustradas. Portanto, a própria dimensão expressiva inerente à institucionalização da expectativa em uma norma que apela a racionalidade valorativa dos cidadãos, unida à sua dimensão intimidatória, que apela à sua racionalidade instrumental, constitui uma forma essencial de asseguramento da expectativa. Poderia se dizer, em outras palavras, que a norma de conduta, na medida em que se mostra formalmente vigente e, ademais, válida (um funcionalista diria somente: na medida em que pertence ao núcleo de identidade de uma determinada sociedade) abriga

41. Em minha opinião, poder-se-ia afirmar que a institucionalização mediante normas consiste precisamente em associar a expectativa de um grupo de sujeitos a normas de conduta vinculantes para terceiros. Dito de outro modo, a dimensão volitiva da expectativa se traduziria, dentro de um processo de institucionalização da norma jurídica, na obrigatoriedade. Esta, apoiada na dimensão coativa, é, sim, muito mais do que a mera expressão de uma coatividade fática: a própria normatividade.

uma pretensão razoável (que não somente é psicológica, mas também axiológica) de estabilização da expectativa que contém. Pois bem, em segundo lugar, se a expectativa se frustra em um caso, então se trata de reestabilizá-la, e isso pode acontecer mediante a pena, sempre que a expectativa seja das que se pode estabilizar com pena, e não se tenha produzido uma reestabilização por vias alternativas.

Em suma, as expectativas incorporadas à norma se estabilizam tanto pela norma em si (na medida em que se afirmam como fundamentadoras de um dever) como pela imposição da pena,[42] ou a aparição de algum das suas equivalentes funcionais. Porém, precisamente por isso, o Direito Penal não pode deixar de considerar e integrar em seu sistema aquilo que poderia se caracterizar como seu maior "êxito", que é a estabilização das expectativas sem penas, em virtude da mera manifestação do direito-dever, ao que se acresce a cominação de penas para o caso de violação.[43]

Manifestação do anteriormente mencionado é, a meu juízo, que as expectativas não se configuram de igual modo em relação à incidência de forças da natureza e em relação a condutas humanas; também não se configuram de igual modo em marcos regulados socialmente e naquelas em que a regulação é, além disso, jurídica. Nossas expectativas em relação

42. Evidencie-se, contudo, que o específico da pena não é a estabilização. Também a reparação do dano e a sanção administrativa estabilizam (como reconhece o próprio LESCH, Harro. *Der Verbrechensbegriff* ... cit., p. 192): "Nun soll hier keineswegs behauptet werden, da dieser demonstrativ-symbolische Effekt ausschlie lich per Bestrafung des Zuständingen zu erzielen wäre. Schon einem blo en gerichtlichen Verfahren, einer Verurteilung zum Schadensersatz oder einer Verhängung präventiv-polizeilicher Sicherungsma nahmen (etwa dem Aussprechem eines Berufsverbots oder dem Entziehen des Fahrerlaubnis) dürfte eine gewisse normstabilisierende Wirkung zukommen". O específico da pena seria, então, o modo pelo qual esta produz a estabilização. Paradoxalmente, contudo, tal especificidade mostra-se na força expressiva da pena enquanto gravidade pelo realizado (dimensão simbólica) e na causação do dano maior a quem o realizou (dimensão cognitiva).

43. Cf., contudo, M. E. Mayer. *Der Allgemeine Teil des Deutchen Strafrechts*, p. 35, nota 35, o qual menciona que "(...) die Befolgung der Gesetze, die Tatsache des rechtmä igen Verhaltens, ist eine soziologische und psychologische Erscheinung und nicht mehr Gegenstand der Jurisprudenz". Os paralelos entre essa colocação e a de Jakobs são significativos.

a permanecer ilesos frente a forças da natureza[44] cujo efeito lesivo nós conhecemos carecem de base salvo que adotemos determinados mecanismos cognitivos de resguardo prévio (frente à chuva, a cobertura que oferece um guarda-chuva). Ao contrário, se a fonte do risco de se molhar não é a água da chuva, senão, por exemplo, a que deriva da mangueira de um jardineiro que nos viu, não adotamos, a princípio, mecanismos cognitivos. Isso é assim por que, de fato, partimos da existência de um fenômeno normativo (o princípio *neminem laedere*) e que a maioria das pessoas o respeita.[45] O anterior significa que, enfim, a existência de normas de conduta (somente dirigidas a pessoas) determina a configuração de nossas expectativas com relação ao que pode proceder de tais pessoas.[46] Em outras palavras, nossa orientação parte da consciência acerca da existência de diretivas de conduta e do dever de cumpri-las que recai sobre os cidadãos.[47]

4. A TEORIA DO DELITO COMO TEORIA DE UMA INFRAÇÃO OU COMO TEORIA DA IMPUTAÇÃO

As tendências anteriormente expostas e outras próximas, que na verdade se manifestam como uma profunda reconsideração do papel da

44. As expectativas que se referem a forças da natureza se mantêm sempre no puramente cognitivo (ou se asseguram cognitivamente ou se modificam): não se institucionalizam, não se normativizam. Trata-se de ir ampliando o conhecimento da realidade para garantir a previsibilidade.

45. Se não fosse assim, qual a razão de mencionar que a institucionalização haveria de garantir uma maior segurança?

46. Cf. POPITZ, Heinrich. *Die normative Konstruktion von Gesellschaft* cit., p. 9, incluindo como elemento de orientação o fato de que existe a probabilidade de uma sanção para o caso de frustração.

47. Apesar disso, é certo que também se poderia ter tudo em termos exclusivamente fáticos: a institucionalização designaria o fenômeno da repetição majoritária de uma determinada forma de comportamento. Mas creio que não se pode esquecer que à institucionalização é inerente uma pretensão de resistência à mudança. Como ressalta BERGER; LUCKMANN. Op. cit., p. 81, a propósito da instituição familiar, "a objetividade do mundo institucional não só aumenta e se endurece para os filhos, mas também (por efeito reflexo) para os pais (...). Um mundo visto desse modo alcança firmeza na consciência; torna-se real de uma maneira ainda mais concreta e já não pode ser modificado tão facilmente".

denominada "norma primária", reabrem a porta de um debate verdadeiramente já pré-existente, a saber: o relativo ao significado da norma de conduta no momento de elaboração da teoria do delito. Dito em outras palavras, a questão é se esta deve ser concebida como uma teoria da infração *pessoal* da diretiva de conduta expressada na norma (uma *teoria da antinormatividade*)[48] ou, pelo contrário, como uma *teoria da imputação* da violação de uma expectativa social direcionada à imposição de uma pena.[49] Nesta seara cabem logicamente também posturas mistas, mais ou menos intermediárias ou matizadas.

A concepção da teoria do delito fundamentalmente como teoria da imputação está muito clara, se o entendo bem, deixando neste momento Jakobs de lado, em uma postulação como a de Kindhäuser,[50] apenas para citar um exemplo. Para este, são as normas de sanção que determinam "em que condições uma pessoa responde por uma conduta", isto é, em que medida uma pessoa está submetida a uma norma de conduta. De fato, há responsabilidade quando se produz uma desautorização da norma ("*Normdesavouierung*"), porém as condições de desautorização não são proporcionadas pela mesma norma desautorizada, cujo conteúdo é significativamente pobre (entende-se como "proibição de causação"), senão pela teoria da imputação construída a partir da norma de sanção. O conceito fundamental, elaborado desde este ponto de vista, é o de não reconhecimento da norma: porém nem todo "não reconhecimento" implica infração, o mesmo que, vice-versa, nem toda infração implica um

48. Este, um modelo que, a meu juízo, parte da idéia de pessoa – destinatário das normas – como "pessoa existente" de modo prévio ao Direito. Uma sistemática do delito baseada, desde logo, em uma norma primária, acolhe, portanto, o limite ontológico representado pela pessoa "real" (o que, contudo, não implica que essa pessoa preexistente não experimente uma configuração social). Seguramente por isso, o próprio Jakobs, na discussão que se seguiu à exposição da conferência de que trata este texto, afirmou que, na verdade, o problema que se elucidava na teoria das normas era o de conceito de pessoa como *pessoa existente* ou como *pessoa constituída*.

49. Um modelo em que se pode adequar perfeitamente uma concepção de pessoa como a de Jakobs, o qual se baseia na idéia de "pessoa construída" pelo sistema jurídico, por sua vez determinado pelo sistema sócio-econômico. Mas resta claro que uma teoria de imputação que parta da idéia de pessoa como "pessoa construída" (*Rechtsperson*) pode acolher critérios funcionalistas para a dita construção, ou, ainda, outros critérios alternativos (discursivos, ético-sociais).

50. KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a.M., 1989, p. 13 e ss.

não reconhecimento. Nos casos em que a infração não expressa o não reconhecimento, não é necessária a imposição da pena para restaurar simbolicamente a vigência da norma lesionada.

Aqueles, pelo contrário, que exploram as conseqüências sistemáticas derivadas da concepção de normas como diretivas de conduta (normas de determinação) se manifestam, de modo geral, no traçado seguido por Armin Kaufmann em seu distanciamento de Binding. Assim, tendem a ampliar o conjunto de elementos necessários para afirmar a ocorrência de uma violação normativa. Isso se deve, em boa parte, à análise das conseqüências lógicas advindas da concepção de norma como mecanismo de motivação de condutas, porém não se desenvolve em todos os autores de modo idêntico. Para Freund, certamente o mais significativo representante em nossos dias, isso conduz a incluir toda a categoria da imputabilidade como pressuposto da infração, mantendo, por sua vez, o erro de proibição e a "*necessitas*" no âmbito da culpabilidade.[51] Na Espanha, a concepção de Mir Puig trata, sobretudo, de sustentar que o acolhimento da teoria da norma como imperativo de conduta redunda na exclusão da infração pessoal da norma primária nas situações de falta de conhecimento da antijuridicidade.[52]

A diferença entre uma e outra postulação pode ser substancial. Porque enquanto uma assumiu como núcleo a dimensão prospectiva (ou de futuro), a outra, ao contrário, centra-se na dimensão retrospectiva própria da imposição da pena. Enquanto que para uma a relação entre norma e destinatário adquire um papel fundamental, para outra o seu significado se relativiza, considerando-se apenas o ponto de vista reitor da teoria de imputação de responsabilidade e de imposição da pena: desde a perspectiva das expectativas sociais projetadas sobre o indivíduo que o configuram como "pessoa construída" (centro de imputação de direitos e deveres) e da violação de ditas expectativas.

51. FREUND, Georg. Op. cit., p. 108 e 109, entre outras.

52. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Barcelona, 1990, L. 5/n. marg. 10 e ss, L. 20/n. de marg. 28 e ss., fazendo menção, também, às enfermidades ou alterações que implicam na impossibilidade de evitar materialmente o fato. De todo modo, a infração pessoal de norma primária não desempenha, segundo Mir Puig, o papel sistemático fundamental de antes, mas os eixos de seu modelo de análise são a antijuridicidade valorativa e a imputação pessoal (nesta última é que se situa a infração pessoal da norma primária).

Isso conduz a possíveis diferenças adicionais de não pouca transcendência. Assim, as teorias do delito que se constroem como teorias da antinormatividade podem se ver, de início, mais limitadas por dados ontológicos (em sentido amplo: psicológicos, empíricos, metafísicos) ou de lógica das normas: isso é assim por que o delito se expressa, sobretudo, como uma relação individual sujeito-norma, por mais que, no marco daquela, produzam-se concreções valorativas de base social, e que logo tenha lugar um juízo social de atribuição de responsabilidade pela infração pessoal da norma. Por outro lado, as teorias do delito que se constroem como teorias da imputação são suscetíveis de produzir uma normatização extrema.[53] E, segundo lugar, também poderia ser apreciado que as teorias do delito como infração de imperativo tendem a ser mais *subjetivistas* que as teorias do delito como sistema de imputação a um sujeito de responsabilidade pela violação de uma norma que surge de uma expectativa social (*rol*). Em terceiro lugar, as teorias do delito que se constroem como teorias da antinormatividade tendem a construir sistemáticas fechadas,[54] enquanto que as derivadas da teoria da imputação tendem a produzir sistemas – tendencialmente – mais abertos (o que quer dizer também: mais relativizados espacial e temporalmente).[55] Em quarto lugar, as sistemáticas que se constroem obedecendo, sobretudo, a antinormatividade produzem uma perda de protagonismo dos elementos analiticamente posteriores à constatação da mesma, enquanto que as que atendem basicamente a considerações de imputação alteram o centro de gravidade da teoria do delito para o momento analiticamente posterior a constatação da produção do fato antinormativo.[56]

53. Devem ser incluídas na normatização o que, a meu juízo, se manifestam como "ontologias construtivistas", como, segundo entendo, é, ao final, a construção de Jakobs. Mas, diga-se, não somente a sua.

54. A isso adverte KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 290, em especial quando menciona a *Geschlossenheit des Systems*, característica da teoria do delito que constrói Binding sobre a base de sua teoria das normas.

55. Cf., assim, HAFFKE, Bernhard. El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para imputación jurídico-penal. In: DIAS, Schünemann-Figueiredo (coord.). *Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Trad. Silva Sánchez. Barcelona, 1995, p. 129 e ss, 132-134.

56. Cf. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Op. cit., p. 2, 5 e ss.

5. Observação final

A perda radical de significado das normas como diretivas de conduta, e de sua lógica específica, na construção da teoria do delito, em favor da configuração desta como uma pura teoria da imputação, encerraria seguramente mais inconvenientes que vantagens. Isso não necessariamente desde o ponto de vista da justiça. É verdade que uma teoria do delito construída como teoria da imputação poderia ser perfeitamente "justa" (nos termos de qualquer dos conceitos de justiça hoje enfrentados). Além disso, e em sentido contrário, é certo, igualmente, que uma teoria do delito construída exclusivamente sobre a relação entre diretiva e destinatário concreto tende a evidenciar de modo não plausível a dimensão social do delito.[57]

Posto isto, parece que da concepção de delito como violação de uma diretiva de conduta deveria se salvar, como mecanismo metodológico, por um lado, sua contribuição ao destacar o papel dos elementos ontológicos mínimos necessários para que se possa constatar uma infração e, após isso, eventualmente uma imputação de responsabilidade.[58] Por outro lado, a necessária demarcação do proibido, a definição e atuação das fronteiras entre esferas de liberdade, com independência de que a violação da proibição logo se caracterize ou não como desestabilização de uma expectativa social não reestabilizada por outros meios. Da concepção de delito como teoria da imputação, ao contrário, deve ser tomada sem dúvida a referência social (a teleologia da proibição e da pena), que é fundamental em todos os níveis da atribuição de responsabilidade.[59]

Em particular, neste intento de harmonizar ambas propostas, pode se acolher perfeitamente a concepção de norma como expressão de uma expectativa institucionalizada. De fato, por um lado, o conteúdo da norma diretiva de conduta é determinado, no marco da pessoa "existente" antes

57. Idem, p. 8.

58. A norma primária e os elementos da teoria do delito que se referem a sua infração vêm, pois, determinados pela idéia-marco de "pessoa existente", apesar dessa idéia apresentar importantes concreções normativas.

59. Ela, a meu juízo, é fundamental no que se refere a decidir sobre a procedência da sanção. Por ela, a norma secundária e os elementos da teoria do delito que se encontram em seu âmbito vêm, pois, determinados pela idéia de "pessoa construída" pela expectativa social e pela necessidade de processar sua violação.

aludida, pelo conteúdo das expectativas institucionalizadas.[60] Por outro lado, a infração de uma diretiva de conduta por parte de um sujeito somente deve dar lugar a sanção quando, além disso, desestabiliza expectativa e na medida em que são desestabilizadas. A norma de sanção tem, portanto, como pressuposto, não apenas a infração de diretiva de conduta, mas também a violação de uma expectativa institucionalizada e, por fim, a não reestabilização da referida expectativa[61] mediante mecanismos alternativos.[62]

Além disso, em termos de política criminal possui um evidente sentido pragmático a diferenciação entre uma e outra perspectiva. De fato, a separação (*acoustic separation* conforme dito por alguns) entre ambas permite que eventuais atos de tolerância produzidos no âmbito da norma de sanção não restrinjam de modo relevante o alcance preventivo das diretivas de conduta, nem obscureçam o campo de sua pretensão.[63] Afirmado de outro modo: permite manter o nível de prevenção (afirmando que é o injusto, o contrário a normas de conduta), diminuindo o nível de sofrimento (mediante a escusa, ou a exclusão da punibilidade).[64]

Assim sendo, igualmente ao que se sustentou a propósito dos conceitos de norma, postula-se aqui uma concepção integradora[65] da

60. Neste ponto é de se comentar a clássica questão da chamada "norma de valoração", a qual, em minha opinião, constitui um juízo que incide transversalmente sobre toda a teoria do delito.

61. Ressaltar esse aspecto é fundamental, pois, enquanto a infração da diretiva de conduta não pode desaparecer do mundo, a defraudação da expectativa pode fazê-lo mediante condutas ou fatos posteriores à mesma e que produzam uma estabilização sem necessidade de pena.

62. Cf. Silva Sánchez, Jesús-María. Op. cit., p. 361-362, aludindo que esta norma de conduta contempla o fato *ex ante*, enquanto que a norma de sanção o contempla *ex post*.

63. Cf. A extensa exposição da questão em Dan-Cohen. *Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in criminal law*, "HarvLR", 97, 1984, n. 3, p. 625 e ss.

64. Ele tem que fazer o que se denomina *selective transmission* (ou parcial desconhecimento) entre os cidadãos em geral das questões relativas à norma de sanção. Dan-Cohen, "HarvLR", 97, n. 3, p. 655: "(...) the use of selective transmission permits the law to mantain higher degress of bouth deterrence and leniency than could otherwise coexist".

65. Haffke, Bernhard. El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para imputación jurídico-penal. In: Dias, Schünemann-

teoria do delito como teoria da antinormatividade (infração de diretivas de conduta) e como teoria da imputação da desestabilização das expectativas associadas a tais diretivas.[66]

Figueiredo (coord.). *Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin.* Trad. Silva Sánchez. Barcelona, 1995, p. 134, onde menciona que : "(...) são, desde o princípio, errôneas todas as posturas que constroem o sistema de delito *unicamente* a partir de uma perspectiva da infração da norma de conduta"; apesar de acrescentar que impressionam por um admirável rigor e coerência. O próprio Haffke, na mesma obra, aponta que "(...) se falamos de estrutura do delito, sistema de fato punível e dogmática jurídico-penal, nos movemos em um âmbito de norma de sanção." Cf., assim, SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. *El moderno sistema penal: cuestiones fundamentales*, p. 75-77. Creio que o modelo que sugere Freund é o mais promissor nessa linha. FREUND, Georg. Op. cit., p. 2 e ss.

66. Apesar de, evidentemente, existirem outras concepções da teoria do delito, como a teoria da imputação que não são funcionalistas, baseadas, por exemplo, em critérios discursivos.

6
El problema de la alteridad en la eidética pragmatológica de Zaffaroni

DIEGO ROBERTO LUNA

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal. Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (adeuda tesina). Abogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Filosofia do Direito

RESUMEN: Encaramos una radiografía de los presupuestos iusfilosóficos sobre los cuales Eugenio Raúl Zaffaroni asienta los desarrollos teoréticos de su teoría del delito, y que nosotros llamamos eidética pragmatológica. Si en la mención que los tipos penales hacen de la conducta humana ha de respetarse la estructura óntico-ontológica del ente mencionado –la conducta–, deberá conceptuarse de algún modo la relación de alteridad propia de todo delito, en cuanto sustrato coexistencial caracterizado como un hacer algo humano que lesione a otro. Los conceptos de pragma conflictivo, lesividad y la categoría cognitiva denominada función conglobante del tipo objetivo, constituyen conceptos de los que se vale Zaffaroni para captar normativamente el sustrato de alteridad implicado en la relación interhumana ubicada a la base de cualquier delito.

PALABRAS CLAVE: Teoría del delito – Alteridad – Pragma – Lesividad – Coexistencia – Idética jurídica – Fenomenología existencial – Teoría egológica.

ABSTRACT: This paper presents an X-ray of iusphilosiphical assumptions upon which Eugenio Raúl Zaffaroni based the theoretical developments of his theory of offense, which we call eidetic pragmatology. In mentioning what criminal types do to the human conduct, it is necessary to respect the ontic-ontological structure of the entity mentioned – the conduct –, there must be a way to define the relation of alterity pertaining to every offense, as a coexistential substrate defined as doing something human that hurts others. The concepts of conflicting pragma, detriment and cognitive category, defined as conglobating function of the objective type, are concepts used by Zaffaroni to capture in terms of regulations the substrate of alterity implied in the interhuman character of any offense.

KEYWORDS: Theory of offense – Alterity – Pragma – Detriment – Coexistence – Legal eidetic – Existential phenomenology – Egological theory.

SUMARIO: 1. El fundamento eidético y el problema de la alteridad – 2. El realismo welzeliano y la apelación a la *naturaleza de las cosas* – 3. La realidad coexistencial de la existencia humana – 4. La alteridad en la *eidética pragmatológica* – 5. Acción, resultado y pragma – 6. Pragma conflictivo y lesividad – 7. Pragma y función conglobante del tipo – 8. Algunas consideraciones a modo de conclusión.

"(...) hay quienes definen al derecho como un conjunto o sistema de normas, en tanto otros resaltamos en primer lugar al derecho como realidadcompuesta por conductas humanas en relación de alteridad social.

" GERMÁN J. BIDART CAMPOS[1]

1. EL FUNDAMENTO EIDÉTICO Y EL PROBLEMA DE LA ALTERIDAD

Nos interesa hacer cuestión del modo en que Eugenio Raúl Zaffaroni trata el problema de la alteridad emergente de la teoría del delito por él formulada. En razón del interés que sus repercusiones pudieran sugerir a los penalistas, consideramos que semejante cuestión ontológica de relevancia iusfilosófica merece un tratamiento pormenorizado.

No dudamos en calificar a Zaffaroni no sólo de "penalista" o "criminólogo", sino también como "iusfilósofo". Por eso creemos apropiadas al caso las siguientes palabras de quien fuera considerado el más conspicuo iusfilósofo argentino: "el filósofo del derecho puede desplegar su iusfilosofía como esa ciencia eidética que estaría a la base de la ciencia empírica del jurista que él trae consigo como caso ejemplar para hacerse cargo a un tiempo, sobre el dato bruto, de lo jurídico en su ser y del ser de lo jurídico".[2]

En efecto, tal como se verá a continuación, Zaffaroni despliega los fundamentos filosóficos que considera más apropiados para abordar el *ser del derecho penal* y el *derecho penal en su ser*, otorgándole al esclarecimiento resultante la función rectora de los posteriores desarrollos

1. *Manual de la constitución reformada*. 3. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2001, t. I, p. 269.
2. COSSIO, Carlos. La filosofía latinoamericana. *Memoria del X Congreso Mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social (I.V.R)*. México: Unam, 1982. vol. 6, p. 194.

dogmáticos, tal como aquella ciencia eidética de la que hablaba Cossio.[3] Así afirma Zaffaroni, que el deber ser (programa) siempre se refiere a algo (ser o ente) y no puede explicarse en términos racionales, sin incorporar los datos acerca de ese *algo* que pretende modificar o regular. No le resta otra alternativa que elegir entre reconocer el ente al que se refiere o inventarlo (crearlo).[4]

En el plano de la teoría del delito, su noción de "pragma" constituye la base descriptiva óntico-ontológica de su fundamentación eidética, por lo que es natural que sus implicancias vean la luz a cada paso de su desarrollo teorético cuando semejante desarrollo científico en el plano empírico se mantiene, sin caer en constructivismos, fiel a su fundamento epistemológico puro.

Según puede conjeturarse con lo dicho hasta aquí, el fundamento eidético en cuanto esclarecimiento del ser del derecho penal, ha de repercutir en la concepción zaffaroniana tanto de la teoría del delito, como así en la llamada teoría de la pena. Sin embargo, a fin de limitar el marco del presente ensayo, habremos de problematizar a la alteridad en la teoría del delito, relegando para otra ocasión la problemática implicada en la teoría de la pena. No nos ocuparemos de la teoría del delito misma, sino del problema de la alteridad en la teoría del delito.

Este asunto requiere el manejo de los presupuestos iusfilosóficos y epistemológicos sobre los cuales trabaja Zaffaroni en su faceta de filósofo del derecho, cuando a ellos recurre como jurista del derecho penal para fundar sus desarrollos dogmáticos. Por lo tanto, si bien es común

3. En tal sentido, Gonzalo D. Fernández explica: "Si hubiera que resaltar las notas distintivas que caracterizan la vertiente fundamental de este gran penalista argentino, es ineludible la mención a su sólida base *iusfilosófica* (...); a diferencia de los tecnócratas del derecho penal –y los hay tantos–, formados en la soledad inexpugnable del gabinete y en la trampa del positivismo y de la lógica formal, Zaffaroni parte de una postura filosófica diametralmente opuesta (...) Él llega al derecho penal desde la filosofía, enclava a nuestra disciplina sobre un firme cimiento antropológico y, en definitiva, aprovechando su acabado conocimiento de las cárceles y de los sistemas penales –o sea, del dolor y de la miseria, de la desigualdad y de la injusticia–, construye un arsenal teórico destinado a contener al poder penal y a proteger los derechos humanos de sus víctimas innumerables" (Cf. Su "Presentación" al volumen ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005, p. 7-8).

4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 22.

entre los comentaristas distinguir entre el Zaffaroni del "Tratado" y el de su nuevo "Derecho Penal", creemos que tal distinción –de utilidad para los penalistas en lo que respecta a la dogmática de la teoría del delito– resulta superflua cuando puede advertirse fácilmente, si se hace una comparación de una obra respecto de la otra, que los fundamentos propedéuticos no han sido abandonados, aunque sí sólo complementados y desarrollados en mayor o menor medida.

¿Y por qué el tema de la alteridad habría de ser un "problema" en la sistemática zaffaroniana? Pues bien, creemos que la respuesta puede encontrarse al reparar en las consecuencias que acarrean la aceptación de algunas premisas fundamentales de las que parte nuestro autor. Tomaremos en consideración las siguientes: (1) lo normativo no se crea para regular lo normativo, sino para regular *conducta humana*;[5] (2) el Derecho, al igual que cualquier otra ciencia que se ocupe de la *conducta humana*, ha de trabajar con la construcción de conceptos a partir de los *límites ónticos* que dicho objeto impone a la abstracción de sus aspectos relevantes;[6] (3) en dicha tarea de normación o conceptuación normativa, ha de respetarse la estructura óntica del *objeto mentado* y no inventarla,[7] de lo contrario "si el derecho no reconoce y respeta el concepto

5. Idem. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 43; Idem. *Derecho penal*... cit., p. 45.
6. De ahí que pueda afirmar que "el concepto final de acción se construye por abstracción, como no puede ser de otra manera, pues es la forma en que lo obtiene cualquier saber acerca de la conducta humana" (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 414). En efecto, "lo óntico no impone un concepto determinado de acción, pero señala un límite infranqueable a la construcción jurídico-penal del concepto. Los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no los imponen, sólo los condicionan" (Zaffaroni, Eugenio Raúl. ¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005, p. 139).
7. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila, 1993, p. 36. "Esta limitación constructiva puede llamarse *respeto del mundo*, y no está reducida al plano de la acción, sino que es una regla general para la construcción teórica del derecho penal. En esto –a nuestro juicio– radica el aporte más importante del finalismo" (Zaffaroni, Eugenio Raúl. ¿Qué queda...cit., p. 139). Explica así, que "el procedimiento constructivo es la abstracción desde la realidad de la conducta, que no impone ningún concepto sino que limita la construcción del concepto

óntico-ontológico de conducta, regulará cualquier otra cosa, pero no conducta".[8]

A ello ha de sumarse que la conducta es la manera en que la existencia humana *se exterioriza en el mundo*,[9] aceptando que *la existencia humana es siempre co-existencia*;[10] en cuanto que –al decir de Muñoz Conde– la existencia del *Ego* supone necesariamente la existencia de *Alter*, o sea, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia.[11]

Por lo tanto, si el punto de partida óntico-ontológico en la construcción de los conceptos penales, ha de ser la conducta humana en cuanto modo de exteriorizarse una existencia que es siempre co-existencia; entonces el tema de la "alteridad" en tanto interrelación coexistencial del uno con el otro, de interferencia de conductas de un "Yo" con un "Tú", salta a un primer plano como problema cuyas consecuencias teoréticas han de ser susceptibles de alguna clase de esclarecimiento.

Si las normas jurídicas mientan la conducta humana al regularla, se comprende así que, siendo ésta –la conducta– una existencia que se manifiesta en co-existencia, aquellas –las normas– deban ser también *bilaterales* o *de alteridad* a fin de respetar su estructura ónticamente

(no se puede abstraer lo que no existe)" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 415).

8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual*... cit., p. 338.
9. "Toda acción que se exterioriza debe hacerlo en el mundo, donde no hay sólo fenómenos analizados por la física, ya que el mundo es también interactivo, cultural, con reglas que configuran un marco de exteriorización de la acción" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal*... cit., p. 417). A este respecto se ha dicho: "El hombre tiene que actuar por la sola y sencilla razón de que es hombre: su ser es su conducta" (COSSIO, Carlos. *La causa y la comprensión en el derecho*. 4. ed. Buenos Aires: Juarez, 1969, p. 71).
10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo al libro *Estudios de derecho penal de Julio O. Chiappini*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 12; El *hombre* es un "ente que tiene una existencia que sólo puede ser co-existencia" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1987, t. II, p. 455); "(...) no hay existencia que al mismo tiempo no sea co-existencia" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*... cit.,1981, t. III, p. 588; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*...cit., p. 611).
11. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001, p. 40.

coexistencial sin falseamientos en la conceptuación normativa.[12] Esta característica implica que "toda norma de derecho hace referencia y *regula la conducta de una persona*, en relación o en interferencia con la conducta *de otro u otros sujetos*, es decir, que hace referencia a dos personas como mínimo, regulando sus conductas en recíproca interferencia".[13]

En los parágrafos siguientes veremos cuál es la expresión que asume este asunto en la teoría del delito de Zaffaroni, en particular en el estrato de la acción, y si efectivamente la co-existencia aparece reflejada de algún modo en la conceptuación normativa de esa realidad de conducta humana en que consiste todo delito.

12. "La bilateralidad o alteridad del Derecho, después de haberse descubierto que éste es conducta compartida, sólo viene a subrayar que toda relación jurídica presupone dos sujetos actuantes en la misma acción; y que, por consiguiente, toda relación jurídica tiene una doble normación concordante, una por cada parte interviniente" (Cossio, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 304).

13. Torré, Abelardo. *Introducción al derecho*. 14. ed. amp. y act. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2003, p. 152. En igual sentido se afirma que la norma jurídica, al referirse a la conducta de dos sujetos considerada en su interferencia, "contiene necesariamente la mención de ambos y, precisamente, debe mentar esa conducta de ambos de tal modo que zanje la posible interferencia atribuyendo a uno lo que al otro niega, y viceversa" (Aftalión, Enrique R.; Vilanova, José M.; Raffo, Julio C., *Introducción al derecho*. 4. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 326). Bidart Campos explica: "Es una noción elemental la que, por la relación de alteridad o de interferencia intersubjetiva que es propia del derecho, afirma que siempre y cada vez que hay un derecho personal titularizado por un sujeto activo, *hay en correspondencia una obligación de uno o más sujetos pasivos*, con la cual obligación satisfacer el aludido derecho personal" (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la constitución reformada*. 3. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2001, t. I, p. 501). No está de más precisar –a fin de evitar equívocas interpretaciones– que otorgamos al concepto de norma jurídica, el alcance que la teoría egológica le asigna en cuanto juicio disyuntivo. Lo cual implica un rechazo a toda la tradición imperativista o psicologicista, que ve en la esencia de la normatividad una orden, un mandato o una prescripción. Al respecto puede consultarse, Ymaz, Esteban. La norma jurídica y su vivencia. En: Cossio, Carlos (dir.). *Del actual pensamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 67 y ss.; Idem. El ser de la norma. *La ley*. Buenos Aires, 1952, t. LXVIII, p. 759 y ss.

2. El realismo welzeliano y la apelación a la naturaleza de las cosas

El realismo de Zaffaroni toma como punto de partida la tesis welzeliana de las estructuras lógico-reales, que no es ni más ni menos que una aplicación al derecho penal del recurso fenomenológico de "la naturaleza de las cosas".[14] Esta teoría "afirma que el derecho, cuando se refiere a cualquier ente, debe reconocer y respetar el orden del mundo en que éste está inserto y que *tal reconocimiento, como todo conocimiento, no altera al ente que conoce*. Si el derecho quiere actuar sobre un ámbito de la realidad, debe respetar la estructura óntica de ese ámbito y no inventarla, porque en tal caso regulará otra cosa u obtendrá otro resultado".[15]

Así explica Zaffaroni que la llamada teoría de las estructuras lógico-reales o lógico-objetivas fue un producto de la posguerra, que intentaba contener la omnipotencia legislativa y, por ende, formaba parte del conjunto de teorías que procuraba este objetivo apelando a la *naturaleza de las cosas* y que abarcaba también algunas tendencias jusnaturalistas.[16]

Asimismo, se ocupa de aclarar que esta teoría no conduce a ningún reduccionismo sociológico: "simplemente le indica al jurista la necesidad de vincularse y respetar los entes a que se refiere, tal como se dan en los respectivos órdenes del mundo, lo que, como es natural, le remitirá frecuentemente a las disputas acerca de esos órdenes y de las estructuras ónticas del mundo, discusión que es ineludible en la co-existencia y que, como es obvio, no puede eludir cualquier pautación de la misma".[17]

14. Vigo, Rodolfo Luís (h.). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 176-177.

15. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo*... cit., p. 36.

16. Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 95.

17. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 200. Zaffaroni defiende esta postura ante las concepciones lingüísticas, y explica que "el positivismo lógico, por su parte, sostiene que todo el problema del ser es una confusión de palabras. El existencialismo y la ontología en general, nunca negaron que el ser es de los entes, lo que no impide preguntar por él. No podemos detenernos en la pretendida ridiculización que esta corriente quiere hacer de la terminología existencialista y que no revela más que su insuficiencia tecnocrática incapaz de acceder a los verdaderos problemas del hombre, ocultadora y falseadora de los mismos" (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*... cit., 1987, t. II, p. 350).

3. La realidad coexistencial de la existencia humana

Se ha postulado que si el existencialismo como moda ha sido superado, ello se debe, en gran medida, al hecho de haber sido asimilado. El existencialismo ha modificado notablemente la atmósfera intelectual en que vivimos, de forma que, comparados con lo que eran los espíritus cultivados de la primera mitad del siglo pasado, los de hoy son más o menos existencialistas.[18]

Nosotros no dudamos en afirmar que los fundamentos iusfilosóficos de Zaffaroni son *más* que *menos* existencialistas. La radicación existencial de la epistemología zaffaroniana, en cuanto posibilita al autor el manejo de una antropología adecuada al realismo jurídico del que parte, resulta comprensible si se acepta que dicha corriente de pensamiento constituye también, en cierto modo, un realismo filosófico.[19]

Tal como podrá apreciarse en el desarrollo ulterior del tema que nos ocupa, la cuota de existencialismo presente en su pensamiento y en la cual funda su concepción antropológica, es innegable. Estima que la de Martín Heidegger es la corriente existencialista más vigorosa, "al menos en el sentido de que ella es la que consideramos en mejores condiciones para brindarnos una base para la construcción de una fundamentación antropológica adecuada para nuestra ciencia".[20]

Zaffaroni toma por falsa la imagen que pretende mostrar al pensamiento existencial como un individualismo incapaz de captar lo social porque, según él lo entiende, el existencialismo *presupone lo social*.[21] En

18. Foulquié, Paul. *El existencialismo*. (Trad. Esteban Pruenca), Barcelona: Oikos-Tau, 1973, p. 172.

19. Explica Russo que el existencialismo fija "el centro del discurso en la existencia humana, entendida no como un objeto sino como un fenómeno", por lo cual "no debe ser confundido con un 'espiritualismo', sino que se define como un realismo, el realismo de la 'existencia encarnada'" (Russo, Eduardo Ángel. *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*. Buenos Aires: Eudeba, 2001, p. 54-55). En tal sentido, ha podido afirmar Bettiol: "El gran significado histórico del existencialismo permanecerá en haber reconducido el hombre concreto al centro de la indagación filosófica (...) Esta llamada al hombre *concreto* y al hombre *completo*, mérito de las corrientes existencialistas, es decisivo para el Derecho penal visto bajo un perfil filosófico" (Bettiol, Giuseppe. *El problema penal*. (Trad. José Luís Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, p. 42).

20. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*... cit., p. 339.

21. Idem, p. 454.

el plano criminológico, ha llegado a sostener que se ha demostrado –con la llamada escuela de Utrecht– que por la vía del pensamiento existencial puede llegarse a una crítica desmitificadora y deslegitimante del sistema penal.[22]

Postula que el pensamiento existencialista, en particular el de Heidegger, ha sintetizado conceptos que no deben olvidarse desde cualquier visión o perspectiva periférica dado que son incuestionablemente universales.[23] Así comparte con Heidegger el postulado de que "no puede trasformarse el mundo sin una interpretación del 'ser' –sin una ontología–, lo cual supone una interpretación del hombre, o sea, una concepción antropológica. Esta concepción antropológica, esta interpretación del hombre, no puede darla la ciencia sino la filosofía".[24]

En lo que nos interesa aquí, apuntemos que Zaffaroni recepta la noción de *coexistencia* de Heidegger, para quien "el ser del hombre es siempre un co-ser, la existencia es siempre una co-existencia"[25] y en base a semejante premisa despliega consecuencias teóricas trascendentales. Así puede afirmar que "la existencia humana siempre –e ineludiblemente– es co-existencia".[26] De ahí que considere redundante la expresión "co-existencia humana mínimamente pacífica", toda vez que "lo mínimamente pacífico es condición de lo humano y la única co-existencia también es humana".[27]

De la noción de coexistencia deriva las de "sociedad" y su correlato de "seguridad jurídica". Así llega a afirmar que la "sociedad" puede concebirse de dos maneras: ya como un ente superior del que dependen los hombres; o bien, como la propia *relación inter-humana*, esto es, como el fenómeno

22. Idem. *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988, p. 229.

23. Cossio decía, en igual sentido, que la universalidad de filósofos como Platón, Aristóteles, Hume, Kant, Husserl o Heidegger resulta indiscutible, pues "el análisis nos muestra la profundidad e importancia de sus tematizaciones; la fecundidad histórica de éstas descarta toda sospecha de que su expansión hubiese sido únicamente el producto de una moda filosofante" (Cossio, Carlos. La filosofía... cit., p. 187).

24. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología*... cit., p. 55.

25. Idem. *Tratado de derecho penal*... cit., 1987, t. II, p. 341.

26. Idem, 1998, t. I, p. 44.

27. Idem. Prólogo al libro. *Estudios de derecho penal*... cit., p. 12.

mismo de la *coexistencia*.[28] "Si la 'seguridad jurídica' es el aseguramiento de la coexistencia –afirma Zaffaroni– y la coexistencia es lo 'social', vemos que la distancia entre ambos conceptos se acorta hasta superponerse". Zaffaroni entiende por *social* "lo atinente a la coexistencia humana, y por *sociedad* al fenómeno mismo de la coexistencia, único sentido que cabe asignarle a la expresión en nuestro Estado de derecho".[29]

Se comprende así que pueda sostener que la "oposición entre el humano y la sociedad es siempre falsa, desde que no hay existencia que al mismo tiempo no sea coexistencia", con lo cual descarta la antinomia individuo-sociedad, pues no puede hablarse de conflictos entre aquel y esta: "Lo único que puede haber es siempre conflictos entre hombres en el seno de la sociedad, o mejor, formando parte misma de la *interacción humana que es la sociedad*".[30]

4. La alteridad en la eidética pragmatológica

A fin de categorizar y estructurar una de las tesis principales de Zaffaroni, habremos de valernos de algunas herramientas conceptuales de la fenomenología. La *reducción eidética* o *abstracción ideatoria* es un recurso fenomenológico por medio del cual el conocimiento accede a la esencia de todo ente. Se parte de un caso ejemplar e individual cualquiera, de cualquier objeto, y se realiza respecto de éste una "abstracción ideatoria" o "reducción eidética" que brinda, a través de la intuición de lo caracte-

28. Idem. *Tratado de derecho penal*... cit., 1998, t. I, p. 47.

29. Idem, p. 48.

30. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 611. Ya en su tratado afirmaba: "Si la existencia sólo puede comprenderse como coexistencia, nunca puede haber una antinomia 'individuo-sociedad' (...) Todo planteo que parte de la antinomia 'individuo-sociedad' es falso, porque el interés del grupo no puede ser otro que el interés de los hombres del grupo. Sin sociedad no hay existencia humana, porque la existencia es co-existencia. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*... cit., 1987, t. II, p. 454-455). En igual sentido, Cossio solía afirmar: "No hay sociedad sin personas y sólo con personas la hay; la sociedad no tiene otra existencia que la de los individuos que la componen" (Cossio, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 218).

rístico y general del objeto, la esencia del caso en cuestión, englobando la esencia de todos los demás objetos de la misma clase o especie.[31]

La tarea de la eidética jurídica consiste, para una ciencia jurídica que pretenda ser "conocimiento de un objeto", en *desencubrir* la región óntica específica en que ha de radicarse el objeto Derecho.[32] Pues a los datos, objeto de conocimiento, no se los construye sino que se los encuentra; y una cosa es trabajar sobre construcciones y otra es trabajar sobre descripciones. En esto estriba la verdad husserliana de que toda ciencia empírica tiene a su base una ciencia eidética.[33]

Si bien Zaffaroni no es del todo preciso en este asunto, ni se expresa en términos de ortodoxia fenomenológica, podemos afirmar que ubica al objeto Derecho en la región de la cultura y considera que el conocimiento jurídico del derecho penal no versa solamente sobre normas en tanto que entes conceptuales, sino sobre la conducta humana, sobre acciones, en tanto realidades culturales.[34]

31. VILANOVA, José M., *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 104. En palabras de Husserl: "De la variación del ejemplo (necesaria como punto de partida) debe resultar el 'eidos', por medio de ella debe lograrse también la evidencia de la inquebrantable correlación eidética entre la constitución y lo constituido". En la llamada "coincidencia en la discrepancia" de todas la variantes de un ejemplo cualquiera, incluyendo al ejemplo mismo, "se destaca lo permanente de la variación libre que se transforma siempre de nuevo: lo *invariable*, lo que permanece inquebrantablemente idéntico en las alteraciones siempre nuevas: la *esencia* general; a ella se encuentran sujetas todas las variaciones 'concebibles' del ejemplo e incluso todas las variaciones de estas variaciones. Este factor invariable es la forma óntica esencial (forma *a priori*), el *eidos* que corresponde al ejemplo en cuyo lugar hubiera podido servir igualmente cualquier variante del mismo" (HUSSERL, Edmund. *Lógica formal y lógica trascendental*. (Trad. Luís Villoro). México: Unam, 1962, p. 258-259). "De acuerdo con este procedimiento reductivo, no obstante la alteración que sufre el objeto intencional, existe una evidencia (intuición intelectual) de que el objeto permanece el mismo (identidad noemática), lo que constituye su esencia" (AGUINSKY DE IRIBARNE, Esther. *Fenomenología y ontología jurídica*. Buenos Aires: Pannedille, 1971, p. 35).

32. COSSIO, Carlos. *La teoría*...cit., p. 284.

33. Idem. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 46.

34. "El derecho penal comparte con el derecho en general su carácter *cultural* (...) Su carácter cultural tanto como su objeto (interpretación de leyes que causan efectos en la sociedad), le imponen la necesidad de incorporar datos

En lo relativo al carácter de la acción, en cuanto inicial aspecto a considerar en la descomposición analítica del delito, se dice que el debate se centra en establecer si el sistema normativo penal encuentra las "acciones" y "no acciones" como algo previamente dado (que lógicamente será vinculante en la posterior atribución de sentido) o bien, las construye o define el respectivo sistema jurídico a partir de sus propias reglas.[35] Ante esta dicotomía, está claro que Zaffaroni se ubica en el grupo de los primeros, rechazando por constructivista a los que adscriben a la segunda tesis.

La concepción de Zaffaroni afluye como un empirismo radicalmente realista. De ahí su realismo jurídico, "realismo marginal" que se define política e ideológicamente a sí mismo con tal expresión.[36] Su postulado básico fue planteado hace algunos años y sigue siendo la misma idea rectora: "la búsqueda de una dogmática jurídico-penal liberal (de garantías) realista, no distanciada de las ciencias sociales, no legitimante del poder primitivo que no ejercemos los juristas y adaptada al momento actual de nuestra región latinoamericana".[37]

Lo *pretípico* en la teoría del delito de Zaffaroni, resulta equiparable a lo que en la terminología fenomenológica ha de consignarse como *eidético*. Pues a cada paso de toda su construcción teórica, puede advertirse siempre la presencia o fundamento –siempre el mismo– de un sustrato óntico que es conducta humana.[38] En efecto, al preguntarse por el "ser"

ónticos que son objeto de las muchas disciplinas que, como conocimientos parciales, se reparten el campo de la realidad" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 103) "Cuando el derecho desvalora una conducta, la conoce, realiza a su respecto un acto de conocimiento (...) Desde una posición realista, este acto no le agrega nada al 'ser' de la conducta" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal*... cit., 1991, p. 337).

35. SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 48.

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca*... cit., p. 177 y ss.

37. Idem. *Hacia un realismo*... cit., p. 9.

38. "El 'ser' de la conducta es lo que llamamos 'estructura óntica' y el concepto que se tiene de este 'ser' y que se adecua a él es el ontológico (*onto*, ente; *óntico*, lo que pertenece al ente; *ontológico*, lo que pertenece a la ciencia o estudio del ente). Para señalar que el concepto ontológico se corresponde con un 'ser' entendido realísticamente –y no en forma idealista, en que lo 'ontológico' crearía lo 'óntico'– solemos hablar de concepto 'óntico-

o esencia de un delito cualquiera, limitándose a la mera descripción perceptiva, neutra (el llamado paréntesis fenomenológico o reducción eidética) aparece siempre "un *hacer algo humano* que *lesiona* a *otro*".[39]

Es este "hacer algo humano que lesiona a otro", el factor invariable –la forma óntica esencial– que puede obtenerse mediante la reducción eidética de un ejemplo cualquiera y ser reconducido, a su vez, a todas las variaciones posibles de cualquier delito imaginable o concreto. Y si ese hacer algo humano en cuanto realidad de conducta humana es existencial, en cuanto interactúa con la conducta humana de otro al lesionarlo, es también co-existencial.

En síntesis, para Zaffaroni el sustrato "pretípico" –la esencia de todo delito– es un "hacer algo humano que lesione a otro". En esta definición puede apreciarse tanto la nota característica de la co-existencia, que recepta el problema de la alteridad como consideración del "otro" (alter-ego) y se proyecta –en tanto eidética subyacente– a todo el desarrollo teórico posterior; como así también el sustrato óntico de conducta humana al cual la normación jurídica alude como objeto al mentarla.

Puede decirse, entonces, que la alteridad emerge necesariamente del presupuesto realista sobre el cual asienta la construcción de su teoría

ontológico'" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*... cit., 1991, p. 338). A este respecto, Cossio explica: "'Óntico', adjetivo de ente, toma su significado de la existencia en sí de las cosas; esta existencia es un dato independiente de lo que el hombre puede saber acerca de ella; nuestro pensamiento ni la hace ni la deshace. 'Ontológico', adjetivo de ser, corresponde a la interpretación que el hombre da cuando se pone en la tarea de descubrir la esencia de las cosas" (COSSIO, Carlos. La racionalidad del ente: lo óntico y lo ontológico. En: RODRIGUEZ GARCÍA, Fausto e. (coord.). *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*. México: Unam, 1980, t. I, p. 197).

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 416. En el viejo "Manual", ya afirmaba que "el derecho pretende regular conducta humana, no pudiendo ser el delito otra cosa que una conducta"; y asimismo, que "la conducta que puede ser delito no se distingue de la conducta humana tal cual es en la realidad. Técnicamente expresada, esta idea significa que hay una completa identidad entre el concepto óntico-ontológico y el jurídico-penal de conducta o, directamente, que no hay un concepto jurídico-penal de conducta" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*... cit.,1991, p. 338 y 344).

del delito.[40] Su concepción pragmatológica toma como punto de partida el hecho fenomenológico y pretípico de que el sustrato de todo delito ha de estar constituido por "un *hacer algo humano* que *lesione* a *otro*". Dejando entrever allí, como se ha dicho, los datos fundamentales de la co-existencia: la conducta humana de un *ego* y su interferencia con el *alter ego*, con el prójimo.[41]

He aquí la eidética pragmatológica de la que parte Zaffaroni con método fenomenológico y que tematiza filosóficamente con fundamento existencialista.[42] Y decimos *pragmatológica* y no *pragmática*, pues esta última podría colocar en primer plano la idea de utilitarismo, que no es lo que pretendemos destacar en esta radiografía del pensamiento de Zaffaroni. La expresión utilizada –*pragmatológica*–, además de recoger verbalmente la idea de *pragma* que es crucial en su epistemología, remonta al pre-socrático Parménides quien ha inaugurado la reflexión ontológica en el pensamiento filosófico de occidente.[43]

Marías se pregunta por el sentido del descubrimiento de Parménides: "Las cosas, en griego, πράγματα, *prágmata*, muestran a los sentidos múltiples predicados o propiedades" (...) "Las cosas consisten en algo; pero ahora la atención no se dirige al algo, sino a su previo consistir, sea lo que quiera aquello en que consistan. Las cosas aparecen ante todo

40. No obstante, aclara Zaffaroni: "La aceptación realista de que el hombre sólo puede existir co-existiendo, no implica en modo alguno que sea 'natural' tal o cual forma o modalidad histórica de co-existencia, es decir que, de la mera aceptación de este fenómeno ninguna forma particular de Estado puede derivar su origen 'natural'" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*... cit., 1987, t. II, p. 82).

41. El poder punitivo no debe ejercerse sin "el elemental presupuesto de un conflicto que afecte a alguien" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 98).

42. Según Mir Puig, las corrientes filosóficas del siglo XX propiciaron la concepción absolutamente real del hombre como ser individual e irrepetible: "La fenomenología suministró el método, de captación de la esencia de lo concreto, y el existencialismo llevó al extremo la consideración del hombre existente, hasta preferir a su ser hombre –irremediablemente abstracto– su particularísimo existir en el tiempo" (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. reimp. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003, p. 239).

43. Cf. REALE, Giovanni y ANTISERI, Darío. *História da filosofia*. San Pablo: Paulus, 1990. vol. 1, p. 49 y ss.

como *consistentes*; y esto es lo que propiamente quiere decir el participio *eón*, *on*, que es el eje de la filosofía parmenidea. Las cosas consisten en esto o lo otro porque previamente consisten, es decir *consisten* en ser lo *consistente* (*tò ón*). El descubrimiento de Parménides podría formularse, por tanto, diciendo que las cosas, antes de toda ulterior determinación *consisten en consistir*".[44]

Si bien en el presente estudio no habremos de ocuparnos de ello, no está de más dejar señalado que esta misma metodología, la de indagar sobre la *consistencia* del ente de manera previa al estudio de los modos de su *existencia*, se advierte también en su teoría de la pena. Pues la noción de "pena" alude, al igual que cualquier concepto normativo, a la conducta humana plural: "toda pena es –afirma Zaffaroni–, sin duda, *un trato que se depara a una persona*".[45]

5. Acción, resultado y pragma

Zaffaroni obtiene el fundamento de su teoría de la acción a partir del hecho de que la conducta humana, en tanto realidad susceptible de ser tomada como objeto de conocimiento jurídico, siempre encuentra su exteriorización en el mundo. "No hay acción –afirma– que no vaya acompañada de un resultado, como parte de un *pragma*, porque no hay exteriorización de la voluntad que no implique una transformación del mundo".[46] En efecto, la acción humana y la mutación física exterior

44. Marías, Julián. *Historia de la filosofía*. 30. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1978, p. 22-23.

45. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Las penas crueles son penas. *Lecciones y ensayos* 66. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 20. "(...) la ejecución de la condena penal implica el trato concreto a una persona" (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 171). En igual sentido, Raffo sostiene que "no se trata de definir el concepto de sanción, sino de describir el fenómeno sanción como fenómeno de conducta" (Raffo, Julio César. El concepto de sanción. *La Ley*, t. 1975-D. Buenos Aires: 1975, p. 513).

46. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca*... cit., p. 259. En igual sentido, Cueto Rúa sintetizaba desde su posición egológica: "Decir conducta es decir lo mismo que la libertad metafísica fenomenalizada, libertad exteriorizada y traducida en un comportamiento efectivo" (Cueto Rúa, Julio César. Límites de la normación positiva de la conducta. En: Cossio, Carlos (dir.). *Del actual*... cit., p. 205)

configuran el *pragma*, que es un hecho del mundo real, con su infinita gama de particularidades y conexiones.[47]

Puede sostenerse que la función que Zaffaroni asigna a su noción de *pragma* lo colocaría no lejos de Luís Racaséns Sichés y su noción de *vida humana objetivada* en tanto que obra humana.[48] Según Recaséns Sichés, "El estudio del derecho como una especial clase de hechos sociales, como una especial clase de obra humana, lleva en el plano filosófico a la elaboración de una culturología jurídica, como la llama Miguel Reale, es decir, a una doctrina del derecho como objeto cultural, como producto de vida humana objetivada".[49]

Para Zaffaroni, "*pragma* es la conducta realmente realizada, pero con su resultado y sus circunstancias",[50] siendo esta expresión "indicadora de la acción humana y de su obra en el mundo: un *pragma* es también una conversación, un atentado dinamitero o un viaje como

47. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 457.

48. Así lo hemos sostenido en otra ocasión (Luna, Diego. Interpretación, contravención y analogía. *Revista de Derecho Penal 4. Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, n. 14, p. 125). Sólo que aquello que ha sido objetivado por el desenvolvimiento vital del hombre y que Recaséns Siches toma por objeto del derecho, es la norma jurídica; mientras que en el planteo de Zaffaroni, el dato de objetivación cultural estaría expresada en el hecho de conducta humana con su sentido y circunstancias, resultante de un obrar determinado y que él denomina "pragma".

49. Recasens Siches, Luís. Balance de la teoría pura del derecho de Kelsen. Estudios en memoria de Hans Kelsen. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, número Especial, año VII, n. 19. México: Unam, 1975, p. 168-169. Fernández Sessarego explica: "La vida humana objetivada carece de todo dinamismo, es inmóvil. Recaséns Siches usa una interesante paradoja para definirla al decir que es 'vida muerta'. Y, efectivamente, la vida humana objetivada no es viviente, dinámica, sino que, como producto de la actividad –no el 'hacerse' sino lo 'hecho'– es el 'resultado' de la actividad. Es huella, rastro, dejado por la vida humana viviente y que, como tal, tiene un sentido. Un sentido que no proviene del substrato, del soporte, sino que está insertado por la actividad del hombre" (Fernandez Sessarego, Carlos. *El derecho como libertad*. 3. ed. Lima: ARA, 2006, p. 124).

50. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Manual de derecho*... cit., p. 338.

realidades del mundo, y no lo es un sismo, porque no hay acción ni obra humana".[51]

El concepto de pragma lo obtiene a partir de la distinción de dos sentidos de la expresión *tatbestand*, la cual ha sido corrientemente traducida al castellano como *tipo*. Solo una de ellas, "supuesto de hecho abstracto", ha prevalecido –sostiene– dado el predominio de la noción de *modelo* o *ejemplo* que connota el concepto "tipo" en nuestra lengua. Otro de los sentidos de la voz alemana *tatbestand* es el de "supuesto de hecho fáctico".

Zaffaroni entiende que "cualquier acontecimiento que tiene lugar en tiempo y espacio es, en tanto sea obra humana, un supuesto de hecho fáctico; por ejemplo, una conversación, un viaje, un atentado con bomba". De modo que asimila dicha noción a la de *pragma* (tatbestand concreto) para distinguirla de *tipo* (tatbestand abstracto).[52]

Cabe aclarar que acción y resultado son, en la concepción de Zaffaroni, un problema de *comprensión valorativa* de la conducta humana y no

51. Idem. *Derecho penal*... cit., p. 436. No nos interesa detenernos aquí sobre la discusión relativa a la equiparación de acción y omisión. Bástenos decir ahora que según Zaffaroni, la aparente paradoja de que la omisión sería también una acción, se disuelve cuando se establece la adecuada distinción entre pragma y tipo. Así se advierte que la omisión es una forma típica de prohibir acciones. En efecto, en el plano pretípico sólo existen acciones o conductas; en tanto que en el plano típico existen dos estructuras al respecto: 1) una que prohíbe las conductas que describe (activa), y 2) otra que prohíbe las conductas distintas de las que describe (omisiva) (Idem, p. 572).

52. "No es conveniente innovar en terminologías técnicas consagradas, por lo que al señalar que en castellano la expresión *Tatbestand* ha perdido uno de sus sentidos, es preferible sustituir lo perdido con la voz *pragma*" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 436). Explica Rivas Godio que el "material fáctico con el que se rellenan los conceptos abstractos, es lo que podemos denominar 'supuesto de hecho fáctico' o 'tipo concreto', por oposición al 'concepto de hecho legal' o 'tipo abstracto'. Al tipo concreto Zaffaroni lo llama 'pragma', y es el que tradicionalmente se ha considerado como 'cuerpo del delito' en los regímenes procesales penales escritos, denominándoselo asimismo como 'materialidad fáctica' o 'materialidad del hecho'" (RIVAS GODIO, Luís Enrique. Acerca de la tipicidad penal. *Nueve esbozos sobre temas de derecho procesal y penal*. Bahía Blanca: ed. del autor, 2008, p. 151).

un asunto de causalidad natural.[53] No existen "acciones" y "resultados" en sí y por aparte en el mundo, con independencia los unos de las otras. Al preguntarse en el primer estrato de análisis de la teoría del delito si hay acción exteriorizada, ya se sabe que ésta se exterioriza en el mundo y, por ende, se sabe que tiene efectos y que éstos se producen en un contexto. Sólo una vez conocido un tipo penal cualquiera, puede establecerse qué obras le interesan como pragma conflictivo, pudiendo investigarse si el efecto producido es una obra que "pertenece" normativamente al autor, o lo que es lo mismo, si le es imputable.[54]

Obsérvese que en ese contexto y en ese mundo en que la acción humana se exterioriza como existencia, lo hace también en inevitable coexistencia. De lo cual debería concluirse que la alteridad –la consideración del otro– habría de aparecer, al menos, como circunstancia del mundo en el cual la acción se contextualiza al exteriorizarse.[55] A nuestro modo de ver ello explica, tal como se verá a continuación, el rol central que ocupa la noción de *lesividad* como dique inicial a la captación típica de *pragmas* escasamente conflictivos.

6. Pragma conflictivo y lesividad

Una de las consecuencias más relevantes en la teoría del delito, producto de la filiación existencialista de Zaffaroni, se da en lo relativo al estrato de la acción. "La acción y su obra –explica– constituyen el pragma conflictivo que es lo que el tipo capta: *cierto* pragma conflictivo, *cierta* acción que reconfigura el mundo de *cierta* manera conflictiva". Toda vez que los tipos penales no pueden captar acciones privadas, las únicas que

53. El conocimiento jurídico penal sólo puede llevar "a cabo su cometido de modo circular, admitiendo que las inimaginables variables concretas de los pragmas interrogan con nuevas dudas y situaciones requeridas de reinterpretaciones y perfeccionamientos en la valoración reductora de las hipótesis típicas. De esta manera, la interpretación técnica de los tipos y la valoración de una acción como típica o atípica no son dos etapas sucesivas sino sólo dos facetas de una misma actividad valorativa (o *juicio de tipicidad*)" (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 436-437).

54. Idem, p. 418.

55. En tal sentido, postula Ymaz que "la circunstancia de toda conducta comprende la convivencia con otros seres humanos, porque la existencia es siempre coexistencia, siquiera potencial" (Ymaz, Esteban, Los problemas de la retroactividad. *La Ley*. Buenos Aires: 1956, t. LXXXIII, p. 902).

pueden captar son las que se manifiestan; y "esa manifestación puede atribuirse como obra del agente en el mundo. Los tipos captan pragmas conflictivos, o sea, acciones y sus obras".[56]

Aquí el planteo de Zaffaroni se asemeja a la "interferencia conflictiva de conductas" de la que hablara Julio César Raffo: el proyecto existencial de uno se manifiesta frustrando el proyecto del otro en el plano coexistencial y de manera excluyente. Según Raffo, la interferencia conflictiva es el sustrato óntico de todo delito cuando la pretensión de uno se manifiesta como frustración de la pretensión del otro como ser autónomo.[57] Sólo que en la concepción de Zaffaroni, pareciera que *el otro* aparece aludido como "circunstancia", en cuanto integra esa configuración conflictiva del mundo resultante de la acción y su obra (pragma), perteneciente a un cierto agente. Pareciera que el "otro" no estaría aludido como "personalidad"; tal el carácter que le asigna Raffo en su tesis egológica de *interferencia conflictiva de conductas*.

Es así que Zaffaroni considera la acción humana y su resultado, que es "obra" del autor que la ejecuta, como un algo por aparte del sujeto mismo. Es elemental que ese hacer algo humano tenga un sentido para que sea una acción, es decir, "que se oriente en el mundo conforme a ciertas representaciones".[58] Conforme a este punto de vista, "no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia)".[59] Aquí aparece también el problema de la alteridad

56. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 417.

57. Raffo, Julio César. Conflicto jurídicoy conflicto social. *La Ley*, t. 1977-A. Buenos Aires, 1977, p. 641. Raffo caracteriza como estructura óntica de todo conflicto "a la conducta en interferencia intersubjetiva en la cual el impedir de uno se ejerce en aras de un propósito excluyente y frustrante del propósito detentado por la persona impedida. Lo dicho comprende también los proyectos frustrados de impedir el propósito del otro. Eso es lo que en derecho penal se conoce como 'tentativa'. La circunstancia de que el impedimento no llegue a concretarse no le quita realidad coexistencial al proyecto que sustentaba ese propósito. Ello es suficiente para que hablemos también en estos casos de una interferencia conflictiva de conducta".

58. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 416.

59. Idem, p. 127.

en la noción de coexistencia: "son bienes jurídicos de los habitantes los que posibilitan al ser humano su realización como persona, o sea, *su existencia como coexistencia*, el espacio de libertad social en que puede elegirse y realizar su propia elección".[60]

Zaffaroni sostiene que el artículo 19 de la Constitución Nacional, supone la imposición de un mínimo de racionalidad, en cuyo mérito se requiere "que la prohibición penal se explique por la presencia de un conflicto de cierta importancia y que ese conflicto se defina por la afectación de un ente jurídicamente valorado en forma positiva, o sea, *un ente valioso para la coexistencia* (bien jurídico)".[61]

Esta opción constitucional se traduce en el derecho penal en el principio de lesividad, según el cual ningún ordenamiento jurídico debería legitimar una intervención punitiva cuando no mediara por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación apreciable de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.[62]

Si la noción de *pragma* en cuanto reducción eidética, constituye el mínimo sustrato óntico al cual puede ser referido cualquier fenómeno de conducta humana, ya sea jurídico o no; la expresión *pragma conflictivo*, al receptar en su seno la necesaria relación de alteridad –en cuanto toda existencia es co-exitencia–, viene a significar la estructura óntica fundamental de aquel componente ontológico que es siempre un *hacer algo humano que lesione a otro*. Sólo un hacer humano que reconfigure conflictivamente en el mundo una realidad co-existencial, en cuanto afectación de un bien jurídico ajeno, puede constituir el presupuesto óntico-ontológico de un delito.[63]

Creemos que las notas precedentes permiten apreciar cómo delimita Zaffaroni, con fundamento fenomenológico y existencial, el estrato de la "acción" en la teoría del delito.

60. Idem, p. 92.
61. Idem, p. 438.
62. Idem, p. 128.
63. "Los conflictos penalizados sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 CN) que se producen en la interacción humana, de modo que *no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien*" (Idem, p. 484).

7. Pragma y función conglobante del tipo

La llamada función conglobante del tipo objetivo "es la de verificar la conflictividad del pragma, que implica tanto la verificación de la *lesividad* como de la *posibilidad de que el mismo sea imputado al agente como propio* (*pertenencia*). No hay conflicto cuando no hay lesión (*lesividad*), pero tampoco lo hay cuando esta lesión no puede ser imputada a un agente como obra dominable (*dominabilidad*), ya que se trataría de un accidente y no de un conflicto".[64]

La función sistemática del tipo (tipo objetivo sistemático) verifica sólo la presencia de un *pragma* típico. La antinormatividad de este *pragma* se establece en forma definitiva cuando se procede, a través de una segunda verificación (tipicidad conglobante), a afirmar que ese *pragma* es realmente conflictivo, porque importa una lesión de cierta relevancia para el bien jurídico en razón de que el alcance de la norma no está limitado por otras de igual o superior jerarquía y de que puede serle objetivamente imputado al agente como propio de éste. "La tipicidad objetiva de la acción se afirma sólo cuando se hayan agotado ambas funciones del tipo objetivo (la sistemática y la conglobante)".[65]

De esta manera Zaffaroni concluye en que "la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir sólo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, toda vez que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo".[66]

El dato fenomenológico de coexistencialidad de la conducta humana trasluce claramente en la noción de lesividad y su relación con la llamada función conglobante del tipo objetivo. Así afirma Zaffaroni que "para cumplir su función, la tipicidad conglobante debe constatar

64. Idem, p. 455. Así, por ejemplo, "la pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional" (Op. cit., p. 499).

65. Idem, p. 456.

66. Idem, p. 483. "La consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad" (Op. cit., p. 495).

tanto la lesividad del pragma como su pertenencia a un agente: sin la primera no hay conflicto porque no hay lesión; sin la segunda, no lo hay porque el daño o el peligro *no es producto de la interacción*".[67]

La alteridad implicada en la coexistencia humana emerge siempre como límite óntico a la mención normativa que los tipos penales realizan mediante abstracción conceptual: sin una mínima pluralidad de conductas interrelacionadas y exteriorizadas en el mundo (pragma), no puede avanzarse *sistemáticamente* en la tipicidad; y si esa pluralidad coexistencial no es conflictiva, en cuanto requiere que de la interacción resulte la lesión de un otro (pragma conflictivo), no puede avanzarse *conglobantemente* con el juicio de tipicidad.

8. Algunas consideraciones a modo de conclusión

Hemos intentado con las consideraciones precedentes, esclarecer y hacer explícito el vínculo existente entre el fundamento epistemológico del cual parte Zaffaroni y algunos desarrollos dogmáticos de su teoría del delito. Tocamos así, de manera pormenorizada, un asunto delineado en otra ocasión y postergado para una mejor oportunidad, en razón de la relevancia iusfilosófica de la cuestión ontológica implicada.[68]

Reparamos particularmente en el estrato de la *acción*, sin pretender con eso agotar el análisis, pues creemos que allí se dirimen consecuencias trascendentales para toda la teoría del delito. Es que no podría ser de otro modo, tratándose de un jurista que basa sus postulados dogmáticos en una sólida fundamentación antropológica de corte fenomenológico y existencial.

La concepción existencialista del "ser" del ser humano, determinante para la consideración de la conducta humana como expresión exterior de una existencia que es siempre coexistencial, se traduce en la teoría del delito en la noción *pretípica* o *eidética* de "pragma conflictivo". El pragma constituye así el soporte óntico de un sustrato ontológico

67. Idem, p. 484.

68. Luna, Diego. Op.cit., p. 124-125. Allí postulábamos, en torno de la afirmación zaffaroniana de que el ser de la conducta no impone ningún concepto, que "si bien es posible la conceptuación de la conducta humana considerada unilateralmente, (...) puede conceptuarse un aspecto plural del dato, constituido por la interacción de la realidad de conducta humana de un sujeto con la de otra persona, en cuya base, dada la alteridad de la coexistencia en sociedad, se constituye todo fenómeno jurídico".

(pragma conflictivo) que es siempre *un hacer algo humano que lesione a otro*, puesto que si ha de respetarse la estructura óntico-ontológica del ente mencionado por las normas jurídicas –la conducta humana– de alguna manera ha de conceptualizarse en la mención normativa de dicho ente, la alteridad que le es inmanente.

Welzel consideraba que el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana.[69] Pues bien, si a ello se le suma el postulado existencialista en cuyo mérito ha de aceptarse que la existencia humana es co-existencial, resulta plenamente comprensible que el tipo penal en Zaffaroni deba valerse de la construcción teórica que él llama "función conglobante del tipo objetivo". Ello a fin de captar conceptualmente la relación de alteridad involucrada necesariamente en cualquier pragma conflictivo, describiendo adecuadamente y sin falseamiento el sustrato plural de conducta humana implicado en cualquier tipo penal.

Este planteo fenomenológico existencial de Zaffaroni supone un apego a la realidad de la conducta humana y un límite a la omnipotencia legislativa en la normación de aquella. En tal sentido, Cueto Rúa ha puesto en claro ya hace tiempo que el individuo constituye uno de los principales límites a la normación positiva de la conducta humana. El individuo y su actuar, entendido éste como libertad metafísica fenomenalizada, se erigen en obstáculo fundado en el propio objeto de conocimiento, del cual se derivan limitaciones para la estructura del pensamiento normativo y criterios para la definición de su verdad.[70]

Al destacar como base del conflicto jurídico-penal un dato plural de conductas en interacción, se supera la tradición greco-escolástica que concibe la relación de alteridad como vinculación de dos personas a las que le sobreviene la relación finalista de agente y destinatario, pero

69. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. (Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez). 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 59.

70. CUETO RÚA, Julio César. Límites de la normación positiva de la conducta. En: COSSIO, Carlos (dir.). *Del actual*... cit., p. 215. Que la estructura óntico-ontológica de la conducta humana constituya –para la egología– un límite de la normación jurídica, no es más que una consecuencia necesaria de su punto de partida epistemológico, toda vez que "frente a la idea de que el Derecho es una regulación de la conducta, la teoría egológica afirma que el Derecho es *conducta regulada*"; y "la conducta sin sus formas óntico-ontológicas no sólo no puede existir, sino que es algo absolutamente impensable" (COSSIO, Carlos. *La causa*... cit., p. 159-160).

dejando independientes los comportamientos de cada uno.[71] La noción de *pragma conflictivo* hace ingresar en el concepto de acción –por la puerta de la *lesividad*– la consideración del *hacer del otro, del lesionado, del sujeto interferido*, siendo éste hacer –en cuanto interferido o lesionado– pensado ahora en unidad de sentido con el actuar del sujeto activo del delito, tradicionalmente tematizado por los penalistas dogmáticos.

Obsérvese aún, que ello facilita el reconocimiento de la víctima en tanto *alter ego* interferido en la relación de alteridad, permitiéndole ocupar su correspondiente lugar en la normación jurídica bilateral del delito en cuanto que siempre se trata de un *hacer humano que lesiona a otro*. El derecho en general se ocupa de relaciones jurídicas bilaterales, pero no toda relación co-existencial es necesariamente conflictiva. Tal como lo explicara Raffo, "la conducta en interferencia intersubjetiva puede o no consistir en un conflicto. En un contrato de compraventa, por ejemplo, hay una interferencia entre comprador y vendedor que no se presenta como conflictiva".[72]

Con la terminología egológica de Raffo, puede decirse que en el ejemplo del cumplimiento contractual la nota de "impedibilidad" juega en primer plano como un "no impedirse" recíproco al ajustarse ambos a lo que previamente fuera programado. Pero cuando "la impedibilidad se presenta como un frustrar el propósito de otro" –en el ejemplo: un incumplimiento contractual– puede decirse que "*la interferencia de conducta es conflictiva*".

Si existe el deber jurídico de no matar al prójimo, por ejemplo, existe el correlativo derecho subjetivo de no ser muerto por otro; y si uno mata o intenta matar a otro, se da una interferencia de conductas en la que los propósitos o proyectos de cada cual no se complementan como en la interferencia contractual de conductas, sino que resultan mutuamente excluyentes.

En Zaffaroni el planteo es el mismo. Sólo que en lugar de *impedibilidad* o *no impedibilidad*, se habla de *lesividad* o *ausencia de lesividad*, y en lugar de *interferencia intersubjetiva*, se habla de *interacción humana* o *relación inter-humana*. La "interferencia conflictiva de conductas" del planteo egológico de Raffo, resulta equiparable a la noción de "pragma conflictivo" en la eidética pragmatológica de Zaffaroni, en cuanto ambos

71. Véase al respecto, Cossio, Carlos. *La teoría*... cit., p. 304-306.

72. Raffo, Julio César. Conflicto jurídico... cit., p. 641.

conceptos aluden a lo mismo: el sustrato óntico y pretípico del delito, como realidad de conducta coexistencial.[73]

Por supuesto que las consecuencias dogmáticas a las que conducen los postulados epistemológicos de los cuales parte nuestro autor, no se agotan a nivel de la acción ni de la tipicidad, pero su tratamiento pormenorizado requeriría de un estudio más amplio que el encarado en esta oportunidad. Aquí sólo nos hemos ocupado de señalar algunas de ellas. No obstante la auto-limitación necesaria de la ocasión, estimamos que a los fines de un estudio más profundo han de resultar de alguna utilidad los lineamientos trazados precedentemente.

Para finalizar, podemos afirmar que el vínculo existente entre los fundamentos filosóficos y los postulados científico-dogmáticos concretos en el pensamiento de Zaffaroni, constituye un acto de responsabilidad intelectual. Pues al decir de Gadamer, la independencia de la ciencia con respecto a la filosofía significa, al mismo tiempo, su falta de responsabilidad; naturalmente no en el sentido moral de la palabra, sino en el sentido de su incapacidad y falta de necesidad de dar justificación de aquello que ella misma significa en el todo de la existencia humana, es decir, principalmente, en su aplicación a la naturaleza y a la sociedad.[74]

73. Dicho marginalmente, a nosotros no nos sorprenden las similitudes con la teoría egológica del derecho, por cuanto la analítica del *ser* del *ente* sobre la cual Zaffaroni reposa su concepción antropológica y a partir de la cual concibe su teoría del delito, no es otra que el dato fundamental y existencial sobre el cual trabaja la teoría egológica en cuanto hace de la *conducta humana* su objeto de conocimiento jurídico. La similitud entre ambas concepciones ha sido también destacada recientemente por Rivas Godio, respecto al modo en que Zaffaroni aborda la relación de comprensión, conocimiento y valoración entre el tipo abstracto y un pragma concreto en el juicio de tipicidad: "nos encontramos sorprendentemente con que esta construcción típica coincide, en algunos aspectos, con la descripción fenomenológica existencial de la sentencia judicial, sostenida por la actualmente casi perimida teoría egológica". "En ambas está la comprensión valorativa de un objeto cultural, –la conducta humana compartida en interferencia intersubjetiva–, mediante la aplicación de un método empírico dialéctico" (Rivas Godio, Luís Enrique. Op. cit.,p. 156).

74. Gadamer, Hans-Georg. *La razón en la época de la ciencia.* (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Barcelona: 1981, p. 104.

BIBLIOGRAFIA

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José M.; RAFFO, Julio C. *Introducción al Derecho*. 4. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2004.

AGUINSKY DE IRIBARNE, Esther. *Fenomenología y ontología jurídica*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la constitución reformada*. 3. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2001, t. I.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

_____. El ser de la norma. *La Ley*. Buenos Aires, 1952, t. LXVIII.

_____. *La causa y la comprensión en el derecho*. 4. ed. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969.

_____. La filosofía latinoamericana. *Memoria del X Congreso Mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social (I.V.R)*. México: Unam, 1982. vol. 6.

_____. La racionalidad del ente: lo óntico y lo ontológico, En: RODRIGUEZ GARCÍA, Fausto e. (coord.). *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*. México: Unam, 1980, t. I.

_____. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

_____. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.

CUETO RÚA, Julio César. Límites de la normación positiva de la conducta. En: COSSIO, Carlos (dir.). *Del actual pensamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Arayú, 1955.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*. 3. ed. Lima: ARA, 2006.

FOULQUIÉ, Paul. *El existencialismo*. (Trad. Esteban Pruenca). Barcelona: Oikos-Tau, 1973.

GADAMER, Hans-Georg. *La razón en la época de la ciencia*. (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Barcelona: Alfa, 1981.

HUSSERL, Edmund. *Lógica formal y lógica trascendental*. (Trad. Luís Villoro). México: Unam, 1962.

LUNA, Diego. Interpretación, contravención y analogía. *Revista de derecho penal*. 4. Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

MARÍAS, Julián. Historia de la filosofía. *Revista de occidente*. 30. ed. Madrid, 1978.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. reimp. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001.

VIGO, Rodolfo Luís (h.). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1984.

VILANOVA, José M. *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

_____. *Proyecto existencial y programa de existencia.* Buenos Aires: Astrea, 1974.

RAFFO, Julio César. Conflicto jurídico y conflicto social. *La Ley*, t. 1977-A. Buenos Aires, 1977.

_____. El concepto de sanción. *La ley*, t. 1975-D. Buenos Aires, 1975.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Darío. *História da filosofia.* San Pablo: Paulus, 1990. vol. 1.

RECASENS SICHES, Luís. Balance de la teoría pura del derecho de Kelsen. Estudios en memoria de Hans Kelsen. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, número especial, año VII, n. 19. México: Unam, 1975.

RIVAS GODIO, Luís Enrique. Acerca de la tipicidad penal. *Nueve esbozos sobre temas de derecho procesal y penal.* Bahía Blanca: ed. del autor, 2008.

RUSSO, Eduardo Ángel. *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana.* Buenos Aires: Eudeba, 2001.

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

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho.* 14. ed. amp. y act. Buenos Aires: Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* (Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez). 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

YMAZ, Esteban. Los problemas de la retroactividad. *La ley.* Buenos Aires, 1956, t. LXXXIII.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología. Aproximación desde un margen.* Bogotá: Temis, 1988.

_____. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. *En torno de la cuestión penal.* Motevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. *Hacia un realismo jurídico penal marginal.* Caracas: Monte Avila, 1993.

_____. Las penas crueles son penas. *Lecciones y ensayos.* 66. Buenos Aires: Astrea, 1996.

_____. *Manual de derecho penal. Parte general.* 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

_____. Prólogo al libro. *Estudios de derecho penal de Julio O. Chiappini.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1984.

_____. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 1998, t. I.

_____. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 1987, t. II.

_____. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 1981, t. III.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. *Manual de derecho penal.* Buenos Aires: Ediar, 2005.

II PROCESSO PENAL

1
We the people...

MARCOS ZILLI

Professor Doutor de Direito Processual Penal da USP. Coordenador do Departamento de Relações Internacionais no IBCCrim. Juiz de Direito.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Internacional

RESUMO:[1] A recente decisão proferida pela Suprema Corte Norte-americana no caso Herring[2] reascende a discussão sobre os limites da regra de exclusão das provas ilicitamente obtidas. O critério limitador da boa-fé policial, desenhado

1. *We the peolple* é uma célebre expressão contida no preâmbulo da Constituição norte-americana consagradora do ideal de que o poder origina-se da vontade popular. A bem da verdade, traduz a guinada histórica na consideração da titularidade do poder que do governante é passada para os súditos. É o magistério de BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Org. por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 487: "(...) os súditos tinham, sobretudo, o dever de obedecer, também aos soberanos maus, pelo menos segundo as doutrinas que representavam a opinião mais comum. Quem tinha um direito com relação aos governantes era, em última análise, somente Deus diante do qual apenas, e não do povo, os governantes eram responsáveis pelas suas ações." Mais adiante acrescenta o autor: "o último passo em direção à teoria moderna dos direitos naturais foi dado quando nos perguntamos qual seria o fundamento jurídico do dever dos soberanos de respeitar a lei natural, e respondemos que os soberanos tinham deveres pela simples razão de que os súditos tinham direitos, mais precisamente de que os súditos tinham um direito de resistência à lei injusta porque com uma lei injusta os soberanos violam direitos preexistentes de seus súditos" (p. 488).
2. A decisão da Suprema Corte Norte-americana analisada no presente artigo encontra-se traduzida na íntegra à p. 325

no caso Leon, em 1984, serviu de fundamento para que a maioria dos Ministros não declarasse ilegal a prova obtida em uma busca pessoal, após o cumprimento de uma ordem de prisão que se revelou inválida. Reconheceu-se, ademais, o caráter excepcional da regra de exclusão das provas. Eventual importação destas limitações pelo sistema jurídico brasileiro não se mostra adequada, diante da proibição constitucional de admissão das provas ilícitas. Com efeito, aqui, diferentemente do direito norte-americano, a regra possui envergadura constitucional, configurando, ademais, uma garantia individual. Não pode, portanto, ser relegada ao plano da excepcionalidade.

Palavras-chave: Prova ilícita – Inadmissibilidade da prova ilícita – Boa-fé policial – *Herring v. United States* – *Weeks v. United States* – IV Emenda.

Abstract: The recent decision of the North American Supreme Court upon *Herring* incited the discussion about limits on the rules of exclusion used on illegally obtained evidences. In 1984, on *Leon*, a limitational criterion, based on the police good will, was used to declare illegal evidence that had been obtained through search and seizure, right after the accomplishment of an arrest warrant, which was considered invalid. Furthermore, the exceptional feature of the exclusionary rule was declared. The occasional recall of these limitations by the Brazilian Law System might not be considered adequate due to a Constitutional provision that prohibits the admission of illegally obtained evidence. Additionally, differently from the North American Law, this rule has a constitutional connotation, which establishes the individual right, so it cannot be relegated to the scope of exceptions.

Keywords: Illegally obtained evidence – Exclusionary rule – Good faith exception to the exclusionary rule – Herring *v.* United States – Weeks *v.* United States – IV Amendment.

Sumário: Introdução – 1. Patologias e tratamentos: o médico e o monstro – 2. Mudanças à vista: boa ou má-fé policial? – 3. O caso *Herring:* novas dimensões para a boa-fé policial – Bibliografia.

Introdução[3]

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. A controvertida questão – que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo – foi, na experiência americana, produto de uma longa elaboração jurispruden-

3. Agradecimento a Natália Musa Dominguez pelo levantamento jurisprudencial.

cial, constantemente permeada por avanços e retrocessos. Ao menos por aquelas bandas, os esforços foram concentrados na adoção de medidas que contribuíssem para a disseminação de uma cultura de respeitabilidade dos direitos fundamentais, especialmente por parte dos agentes comprometidos com a efetivação do sistema de segurança pública.

A bem da verdade, se por um lado a Suprema Corte detectou, no exercício da atividade policial, o ponto nevrálgico para o resguardo dos direitos da personalidade, por outro, reconheceu a insuficiência das medidas tradicionalmente empregadas para o combate aos abusos. De fato, a punição administrativa dos responsáveis e a indenização das vítimas mostraram-se insuficientes para sedimentar, no meio policial, o respeito aos valores ligados à dignidade e à liberdade. Coube, portanto, à jurisprudência a fixação de uma rigorosa sanção, qual seja, a inadmissibilidade processual das provas obtidas em desrespeito àqueles direitos. A teoria, que com o passar dos anos ganhou envergadura, é representada por uma conhecida expressão: *exclusionary rule*.

Se é certo que as várias decisões proferidas ao longo de décadas ampliaram e aprofundaram o alcance da regra – o que foi decisivo para a sua incorporação por outros sistemas jurídicos – não menos certa é a renitente preocupação da Suprema Corte com os custos sociais na adoção de tais soluções. Nessa perspectiva, é que a partir dos anos 70 – e, principalmente, na década de 80 do século passado – a jurisprudência norte americana dá vigorosos sinais em direção a um sentido inverso no caminho até então trilhado. É o período em que são desenhadas várias exceções às *exclusionary rules*. Boa-fé policial, fonte independente e descoberta inevitável são apenas alguns dos exemplos mais notórios. Os riscos, obviamente, são mais do que previsíveis. Com efeito, sem um remédio, suficientemente, capaz de combater o desrespeito aos direitos humanos, difícil será a sedimentação de valores arduamente construídos pela modernidade.

Nessa perspectiva, *Herring* não constitui um caso isolado. Muito pelo contrário. Insere-se em um movimento maior de revisão do alcance e dos efeitos da sanção processual da inadmissibilidade das provas ilícitas. E nem se alegue cuidar-se de fenômeno restrito ao direito norte-americano. A bem da verdade, o repúdio às posturas rígidas no trato de tão tormentosa questão é aspecto igualmente verificável em outros sistemas jurídicos. De qualquer modo, o estudo da experiência norte-americana é rico, justamente porque ali repousa o berço da construção jurisprudencial da *exclusionary rule*. Por outro lado, o pragmatismo, inerente àquele

sistema, tem propiciado contínuas e interessantes discussões quanto à efetividade e o alcance da regra. Buscar as raízes históricas, bem como as razões de ordem política e jurídica que motivaram – e ainda motivam – o aperfeiçoamento de tal regra é tarefa crucial, sobretudo para um observador estrangeiro, pouco afeito ao dinamismo de um direito que se possa chamar da casuístico. É a missão que ora se propõe.

1. Patologias e tratamentos: o médico e o monstro

Ainda que galgada ao plano constitucional, a inviolabilidade pessoal e domiciliar contra buscas abusivas não contava com um controle mais eficaz a não ser a exigência de prévia ordem judicial, calcada na *probable cause*[4] e, que por sua vez, deveria vir fundada em declarações juramentadas e unilateralmente fornecidas pelos agentes policiais.[5] É nesse contexto que a jurisprudência estabeleceu, no célebre caso *Weeks v. United States* (1914),[6] a sanção da inadmissibilidade processual das provas obtidas em desrespeito àqueles direitos.

O cenário não nos é totalmente estranho. Enquanto um policial detinha *Weeks*, sem que para tanto possuísse qualquer ordem judicial, um outro agente dirigiu-se até a sua residência e, em contato com um vizinho, obteve as chaves do imóvel, ali ingressando. A medida resultou na apreensão de vários documentos. Mais tarde, os mesmos policiais, acompanhados de um agente federal, lá retornaram e, desprovidos novamente de qualquer mandado, ingressaram no imóvel valendo-

4. Embora uma tradução literal leve à expressão "causa provável", em certa medida o termo é equiparável a nossa conhecida "justa causa".

5. É o que dispõe a IV Emenda (1791): "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

6. 232 U.S. 383. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 29.01.2009. Para uma abordagem doutrinária, ver: Lafave, Wayne R.; Israel, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105; Saltzburg, Stephen A.; Capra, Daniel J. *American criminal procedure. Cases and commentary*. 5. ed. St. Paul: West, 1998, p. 378-381; Cantón, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El princípio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, 1999/A, p. 337 e Hairabedián, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

se, para tanto, da autorização de um suposto morador. Apreenderam, então, diversas cartas e outros tantos documentos de caráter pessoal que estavam guardados em uma gaveta.

Depois de reconhecer a violação dos parâmetros constitucionais na execução das buscas, a Suprema Corte manifestou sua preocupação com a inexistência de sanção judicial que pudesse ser aplicada aos responsáveis pelas contínuas violações aos direitos constitucionais o que configurava um paradoxo em um sistema judicial fundado na supremacia daqueles ideais.[7] Dessa forma, afirmou que os meios de obtenção de prova não poderiam ser executados a ponto de lesar valores que, historicamente, eram tão caros à sociedade americana, sob pena de absoluta inutilidade das previsões constitucionais. Assim, após reconhecer a pouca eficácia das medidas tradicionalmente utilizadas pelas vítimas – ajuizamento de ações civis indenizatórias – a Suprema Corte, por unanimidade, fixou a proibição de se utilizar das provas ilicitamente obtidas nos processos criminais instaurados contra as vítimas daquelas mesmas violações.[8]

Poucos anos mais tarde, o mesmo raciocínio foi estendido para assegurar a inviolabilidade da pessoa jurídica contra incursões policiais ilegais (*Silverthorne Lumber Co. Inc. v. United States* – 1920).[9] Neste caso, a questão envolveu a realização de busca e de apreensão, para fins penais, de documentos e de livros fiscais, independentemente de prévia ordem

7. É o que se extrai do seguinte trecho: "The tendency of those who execute the criminal laws of the country to obtain conviction by means of unlawful seizures and enforced confessions, the latter often obtained after subjecting accused persons to unwarranted practices destructive of rights secured by the Federal Constitution, should find no sanction in the judgments of the courts, which are charged at all times with the support of the Constitution, and to which people of all conditions have a right to appeal for the maintenance of such fundamental rights."

8. Com efeito: "If letters and private documents can thus be seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense, the protection of the Fourth Amendment, declaring his right to be secure against such searches and seizures, is of no value, and, so far as those placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution. The efforts of the courts and their officials to bring the guilty to punishment, praiseworthy as they are, are not to be aided by the sacrifice of those great principles established by years of endeavor and suffering which have resulted in their embodiment in the fundamental law of the land."

9. 251 U.S. 385. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acsso em: 29.01.2009.

judicial. Ocorre que, ao tratar do problema, o juízo de primeiro grau determinou a devolução apenas das vias originais, mantendo nos autos as cópias daqueles documentos. O paradoxo foi corrigido pela Suprema Corte que estendeu a regra da exclusão para alcançar, também, as cópias. Afinal, *the essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all.*

Mas, ao menos nos primeiros anos de "vigência" da *exclusionary rule*, a trajetória nem sempre seguiu caminhos lógicos,[10] até mesmo em face do receio em estendê-la para hipóteses análogas. É o que bem ilustra a decisão majoritária proferida em *Olmstead v. United States* (1928).[11] Com efeito, ao ser chamada para enfrentar a impugnação de provas obtidas com a interceptação de comunicações telefônicas realizada sem prévia ordem judicial, a Suprema Corte não reconheceu caracterizada qualquer violação dos direitos fundamentais. A defesa, é certo, atacou a validade daquela prova sob o argumento de que o procedimento policial violara a proteção constitucional contra as buscas ilegais, além da garantia da não auto-incriminação (IV e V Emendas).[12]

10. É o exemplo do caso *People v. Defore* de 1926, no qual *Justice Cardozo* admitiu como válida a apreensão de um casaco, objeto de furto, no interior da residência do acusado sem a expedição de prévio mandado. Na oportunidade, assinalou que a exclusão não seria uma solução adequada pois resguardaria apenas o direito individual à privacidade em detrimento da proteção da sociedade. "We may not subject society to these dangers until the Legislature has spoken with a clearer voice. In so holding, we are not unmindful of the argument that, unless the evidence is excluded, the statute becomes a form and its protection an illusion (...). No doubt the protection of the statute would be greater from the point of view of the individual whose privacy had been invaded if the government were required to ignore what it had learned through invasion. The question is whether protection for the individual would be gained at a disproportionate loss of protection for society" (KAPLA, John; SKOLNICK, Jerome H.; FEELEY, Malcom M. *Criminal justice: introductory cases and materials*. 5. ed. New York: The Foundation, 1991, p. 263).

11. 277 U.S. 438 (1928). Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 29.01.2009.

12. A IV Emenda assegura várias garantias processuais dentre as quais a garantia da não auto-incriminação. "(...) nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself."

O entendimento majoritário, todavia, reputou que as conversas captadas haviam sido voluntárias o que seria suficiente para descaracterizar a compulsoriedade coibida pela garantia da não auto-incriminação. Mas, não foi só. A Suprema Corte também não reconheceu evidenciado qualquer desrespeito à inviolabilidade pessoal ou mesmo domiciliar, uma vez que os procedimentos de interceptação tinham sido concretizados em via pública,[13] com o emprego de recursos tecnológicos que tornaram desnecessários o ingresso e a instalação de equipamentos de escuta nas residências dos suspeitos. Para a maioria dos julgadores, as medidas teriam ferido, tão somente, um padrão ético – e não constitucional – de modo que a aplicação da regra desenhada em *Weeks* seria inaplicável em face de seu caráter excepcional. Dessa forma, concluiu que a desconsideração da prova em situações não diretamente relacionadas com os direitos constitucionais deveria ser objeto de regulamentação pelo Legislativo não sendo admissível atuação judicial discricionária nesta seara.[14] Por fim, advertiu que a adoção de uma decisão diversa, certamente, causaria sérios danos sociais na medida em que estabeleceria, em prol dos acusados, uma inadmissível imunidade legal.[15]

Não faltou sensibilidade contudo ao Ministro Brandeis que, em seu voto dissidente, invocou a necessidade de uma exegese progressiva que fosse mais adequada aos crescentes riscos à privacidade propiciados pelo aprimoramento tecnológico. Aliás, em trecho particularmente lapidar, o Ministro lembrou que o sentido da IV Emenda seria muito mais amplo,

13. Curiosamente, os juízes entenderam que a fiação telefônica fixada fora dos limites de uma residência não estaria abarcada pela proteção imaginada pelo legislador constituinte, de modo que poderia ser alvo de interceptação sem que a medida representasse uma violação à IV Emenda. É o que se infere da leitura do seguinte trecho extraído do voto do Ministro Taft, responsável pela exposição da decisão da maioria: "The reasonable view is that one who installs in his house a telephone instrument with connecting wires intends to Project his voice to those quite outside, and that wires beyond his house and messages while passing over them are not within the protection of the Fourth Amendment."

14. "Nor can we, without the sanction of congressional enactment, subscribe to the suggestion that the courts have a discretion to exclude evidence the admission of which is not unconstitutional because unethically secured."

15. "A standard which would forbid the reception of evidence if obtained by other than nice ethical conduct by government officials would make society suffer and give criminals greater immunity than has been known before."

alcançando, igualmente, o resguardo da natureza espiritual do homem, representada pelo direito de estar só.[16] Lembrou, ainda, que a ordem imposta à sociedade também comprometia a Administração que estaria impedida de se valer de recursos ilícitos para a perseguição dos criminosos.[17]

O fato é que essas "resistências" à extensão da regra desenhada em *Weeks*, bem exemplificadas pelo caso *Olmestead*, foram isoladas e não impediram a consolidação da teoria nos anos que se seguiram. Na verdade, as maiores dificuldades ficaram por conta da aplicabilidade da *exclusionary rule* às justiças estaduais, o que é bastante compreensivo a se considerar as peculiaridades do sistema federativo norte-americano, essencialmente descentralizado. Em *Wolf v. Colorado* (1949),[18] por exemplo, ainda que a Suprema Corte tenha reconhecido o dever de obediência dos estados aos ditames constitucionais quando da execução das buscas e das apreensões, por força da cláusula do devido processo

16. "The protection guaranteed by the Amendments is much broader in scope. The makers of our constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings, and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things, they sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone – the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men."

17. "Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law, the end justifies the means – to declare that the Government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal – would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this Court should resolutely set its face."

18. 338 U.S. 25. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 29.01.2009.

legal (XIV Emenda),[19] não proclamou a obrigatoriedade na adoção da regra de exclusão probatória. Em suma, a Suprema Corte reconheceu a plena autonomia e legitimidade dos estados na eleição dos meios e dos instrumentos capazes de proteger os direitos fundamentais, não sendo a exclusão a única via eficaz para que tal missão fosse alcançada.[20]

Assim é que, por vários anos, a eficácia da decisão proferida em *Weeks* permaneceu jungida à esfera federal da jurisdição. Somente em *Rochin v. Califórnia* (1952)[21] é que ela, finalmente, foi estendida às justiças estaduais. Neste caso, ao enfrentar a validade de procedimento das autoridades estaduais, consistente na extração forçada de cápsulas de entorpecente da boca e do estômago do acusado, a Suprema Corte entendeu que o expediente havia violado os padrões da decência, naturalmente implícitos na idéia de justiça e nas noções do devido processo.[22] Foi com base nessas premissas que equiparou o emprego de meios violentos para a obtenção de prova às confissões involuntárias. Afinal, ambos ofendiam

19. A XIV Emenda, em sua primeira secção, fixa importante regra de vinculação jurídica dos Estados aos parâmetros constitucionais da individualidade. "Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." Para um estudo mais aprofundado sobre a importância da XIV Emenda, ver NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed. St. Paul: West, 1995, especialmente as p. 339-344.

20. É o que restou evidente no seguinte trecho do voto proferido pelo Justice Frankfurter: "Accordingly, we have no hesitation in saying that, were a State affirmatively to sanction such Police incursion into privacy, it would run counter to the guaranty of the Fourteenth Amendment. But the ways of enforcing such a basic right raise questions of a different order. How such arbitrary conduct should be checked, what remedies against it should be afforded, the means by which the right should be made effective, are all questions that are not to be so dogmatically answered as to preclude the varying solutions which spring from an allowable range of judgment on issues not susceptible of quantitative solution."

21. 342 U.S. 165. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 05.04.2009.

22. ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S.; CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed. St. Paul: West, 1997, p. 257.

a consciência comum e o senso de justiça,[23] sendo, destarte, constitucionalmente censuráveis não só pela não confiabilidade do resultado, mas, também, por conta da incompatibilidade entre o meio empregado e a garantia do devido processo.[24]

Já no rumoroso caso *Miranda v. Arizona* (1966),[25] a Suprema Corte declarou inadmissíveis as afirmações proferidas pelo acusado que não houvera sido regularmente advertido do direito ao silêncio quando de sua prisão. Tomando como premissa os abalos psicológicos e emocionais que cercam toda e qualquer custódia, os Ministros consideraram indispensável a obediência de certas regras e procedimentos, de modo que, ao preso, deveriam ser propiciadas condições adequadas para uma melhor compreensão sobre os efeitos jurídicos das declarações por ele efetuadas. Como se sabe, esse julgamento foi célebre, sobretudo por fixar os chamados *Miranda's rights*, os quais se descumpridos importariam na imprestabilidade de qualquer declaração proferida pelo preso diante da impossibilidade de se reconhecer nelas o produto de uma manifestação livre e espontânea da vontade.[26]

23. "Applying these general considerations to the circumstances of the present case, we are compelled to conclude that the proceedings by which this conviction was obtained do more than offend some fastidious squeamishes or private sentimentalism about combating crime too energetically. This is conduct that shocks the conscience. Illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of his stomach's contents – this course of proceeding by agents of government to obtain evidence is bound to offend even hardened sensibilities. They are methods too close to the rack and the screw to permit of constitutional differentiation" (BERCH, Michael A.; BERCH, Rebecca White; SPRITZER, Ralph S. *Introduction to legal method and process*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 307).

24. "Use of involuntary verbal confessions in State criminal trials is constitutionally obnoxious not only because of their unreliability. They are inadmissible under due process clause even though statements contained in them may be independently established as true. Coerced confessions offend the community's sense of fair play and decency" (Idem, p. 308).

25. 384 U.S.436. Disponível em: [http://www.law.cornell.edu]. Acesso em: 05.04.2009.

26. LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. Op. cit., p. 314-315. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed., rev., ampl. e atual. em face das Leis 9.296/1996 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 51-52.

Curiosamente, mesmo após a consolidação da regra em todos os níveis de jurisdição, as decisões que se seguiram retomaram os debates sobre a utilidade e a real finalidade da exclusão prevista em *Weeks*. Em *Elkins v. United States* (1960),[27] por exemplo, afirmou-se o caráter preventivo da *exclusionary rule*, cujo principal efeito seria o de circunscrever as futuras ações policiais aos paradigmas constitucionais. O objetivo seria, então, o de afastar qualquer incentivo, ainda que indireto, à prática de ações ilegais.[28] Já no ano seguinte, no caso *Mapp v. Ohio*,[29] além de reforçar o elo lógico entre o direito à privacidade e a exclusão das provas ilícitas, a Suprema Corte deixou assentada a necessidade de se resguardar a autoridade moral do Estado contra o contínuo descumprimento dos mandamentos constitucionais por parte de seus próprios agentes.[30] Os ventos, contudo, estavam soprando para novos rumos...

27. 364 U.S. 206. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 29.01.2009.
28. "The rule is calculated to prevent, not to repair. Its purpose is to deter – to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way – by removing the incentive to disregard it."
29. 367 U.S. 643. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 29.01.2009. Após receberem informações de que o morador de uma residência, suspeito de envolvimento em um crime de explosão estaria guardando material de interesse criminal, policiais de Cleveland foram até o local e, depois de baterem à porta, foram impedidos de ali ingressarem pela moradora. Algumas horas depois, já com reforço policial, retornaram ao imóvel. Diante do silêncio, resolveram forçar a porta de entrada. Foi nesse momento que um advogado chegou e a moradora deu sinais de que ainda estava em sua residência. Mesmo assim, os policiais deram continuidade à medida. Somente após sucessivos pedidos de apresentação do mandado de busca, os policiais entregaram à *Mapp* um documento que foi por ela imediatamente arrancado. Iniciou-se, então, uma luta que culminou com a detenção de *Mapp* e com a realização das buscas. Durante o processo judicial, o suposto mandado jamais foi apresentado.
30. "(...) we can no longer permit that right to remain an empty promise. Because it is enforceable in the same manner and to like effect as other basic rights secured by the due process clause, we can no longer permit it to be revocable at the whim of any police officer who, in the name of law enforcement itself, chooses to suspend its enjoyment. Our decision, founded on reason and truth, gives to the individual no more than that which the Constitution guarantees him, to the police officer no less than that to which honest law enforcement is entitled, and, to the courts, that judicial integrity so necessary in the true administration of justice." Ver:

2. Mudanças à vista: boa ou má-fé policial?

A partir da década de 70 do século passado, as decisões começaram a acenar para uma mudança no sentido até então mantido pelas *exclusionary rules*. Inicialmente em votos minoritários e, posteriormente em posições majoritárias, paulatinamente, novas justificativas foram apresentadas para a regra o que, seguramente, foi decisivo para que se consolidasse o que se convencionou denominar de teoria da boa-fé policial.[31]

Assim é que, em 1971, no caso *Whitely v. Warden*, os Ministros Black e Burger discordaram do entendimento abraçado pela maioria que havia declarado ilícita a busca e a apreensão, judicialmente determinada, em face da insuficiência de elementos caracterizadores da *probable cause*. Ambos consideraram que a decisão proferida pela maioria distorcia o sentido da IV Emenda e advertiram que a manutenção de tais posicionamentos poderia levar ao descrédito da população no Judiciário por promoverem a impunidade. Ainda no mesmo ano, no caso *Bivens v. Six Unknown Named Agents*,[32] o Ministro Burger, uma vez mais em voto dissidente, reconheceu a ausência de dados empíricos que conferissem sustentabilidade ao raciocínio de que a *exclusionary rule* poderia aprimorar o desempenho da atividade policial. Sugeriu, então, a substituição da regra por outros mecanismos que, no seu entender, seriam mais eficazes para o resguardo dos valores constitucionais, dentre os quais o ajuizamento de ações indenizatórias contra o Estado a serem processadas em tribunais especialmente criados para este fim.[33]

A idéia de má-fé policial foi discutida abertamente no caso *Michigan v. Tucker*, em 1974, quando a maioria dos Ministros não acolheu o pedido de impugnação de oitiva de uma testemunha cujo nome havia

Berch, Michael A.; Berch, Rebecca White e Spritzer, Ralph S. Op. cit., p. 354-355.

31. O período ficou conhecido como *Burger Court* (1976-1986), justamente porque o então *Chief Justice Burger* foi o maior artífice da remodelagem das *exclusionary rules*. Ver, para tanto: Hert, Paul de. Legal procedures at the international criminal court. A comparative law analysis of procedural rights. In: Haveman, Roelof; Kavran, Olga; Nicholls, Julian (eds.). *Supranational criminal law: a system sui generis*. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2003, p. 84-85.

32. 403 U.S. 388. Disponível em: [http://www.lectlaw.com]. Acesso em: 05.04.2009.

33. Lafave, Wayne R.; Israel, Jerold H. Op. cit., p. 108.

sido fornecido pelo réu no ato de sua prisão. Na verdade, muito embora *Tucker* tivesse sido advertido dos *Miranda's rights*, os policiais deixaram de fazer menção ao direito de assistência jurídica em caso de hipossuficiência financeira. O fato é que o réu acabou invocando um álibi, afirmando aos policiais que estava em companhia de um amigo quando da prática do crime de estupro do qual estava sendo acusado. Quando do julgamento em primeiro grau, a defesa tentou impedir o depoimento da pessoa por ele referida. Não obteve êxito, contudo. E em decisão que se tornou paradigmática, a Suprema Corte decidiu que a justificativa para a aplicação da sanção de exclusão probatória se relacionava com as práticas inconstitucionais, intencionais ou negligentes, pois, somente em tais situações é que a regra teria o efeito preventivo para o qual teria sido estabelecida.[34] No caso de *Tucker*, o entendimento majoritário, não detectou, por parte dos policiais, tal intencionalidade ou mesmo desídia. Quanto à proibição de provas auto-incriminatórias, a Suprema Corte lembrou fundar-se a garantia na necessidade de se obstar o ingresso de provas não confiáveis porquanto resultantes do emprego de coações físicas e psicológicas, abusos estes que não haviam sido cometidos. Afinal, *Tucker* não pronunciou uma confissão e tampouco proferiu qualquer afirmação incriminatória. Para os Ministros, ele fez alusão a um álibi que, na dinâmica processual, poderia ser perfeito e legitimamente conferido pela acusação.

A noção de boa e de má-fé manteve-se no centro dos debates nos anos que se seguiram. Em *United States v. Peltier* (1975),[35] por exemplo, enfrentou-se a aplicação retroativa de decisão proferida em outro caso (*Almeida Sanchez*)[36] em que a Suprema Corte reconhecera a ilicitude de uma busca e apreensão que havia sido realizada, sem prévia ordem judicial,

34. Como afirmou o Ministro Rehnquist: "The deterrent purpose of the exclusionary rule necessarily assumes that the Police have engaged in willful, or at that very least negligent, conduct which has deprived the defendant of some right. By refusing to admit evidence gained as a result of such conduct, the courts hope to instill in those particular investigating officers, or in their future counterparts, a greater degree of care toward the rights of an accused. Where the official action was pursued in complete good faith, however, the deterrence rationale loses much of its force."

35. 422 U.S. 531. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 29.01.2009.

36. 413 U.S. 266. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 05.04.2009.

em um veículo que estava próximo da fronteira com o México. Naquela ocasião, declarou-se a inconstitucionalidade da medida, a despeito de ter sido fundada em disposições da Lei de Imigração e Nacionalidade de 1952 que permitia tais buscas, independentemente da configuração da *probable cause*. Dessa forma, ao invocar o caso *Almeida Sanchez*, a defesa de *Peltier* almejou a extensão dos efeitos daquela decisão de modo a invalidar a busca realizada em circunstâncias semelhantes em seu carro e que resultara no encontro de maconha.

Ainda que a Suprema Corte não tenha reconhecido a má-fé dos policiais ao afirmar que eles atuaram sob o amparo de uma crença razoável quanto à constitucionalidade de certos dispositivos legais – que ainda estavam em vigor quando da busca –, merece destaque o voto dissidente proferido pelo Ministro Brennam. Com efeito, em manifestação eloqüente, expôs as suas dúvidas quanto ao que reputou ser uma distorção dos fundamentos originais da *exclusionary rule*. De fato, lembrou que a regra insculpida em *Weeks* fundava-se, exclusivamente, em fatores objetivos – ilegalidade dos meios de obtenção de prova – e não no estado subjetivo dos policiais. Para o Ministro Brennam, a exclusão tinha uma finalidade preventiva e geral não representando uma sanção de caráter individual onde poderiam ter algum espaço valorações sobre os aspectos subjetivos dos agentes policiais.[37]

Esses julgados, é certo, anteciparam o raciocínio que seria aprofundado anos mais tarde no caso *United States v. Leon*.[38] De fato, com base em dados fornecidos por um informante, somados aos elementos obtidos em investigações preliminares, policiais obtiveram um mandado de busca que levou à apreensão de uma grande quantidade de entorpecente. Posteriormente, já no curso do processo, o juízo de primeiro grau, ao examinar o pedido da defesa visando a exclusão daquela prova, concluiu que o relatório apresentado pelos policiais não continha elementos suficientes que permitissem o deferimento da busca. Deliberou, então, pela exclusão da prova. A decisão foi mantida pelo Tribunal em grau de recurso.

37. "(...) contrary to the Court's assumption, the exclusionary rule does not depend in its deterrence rationale on the punishment of individual Law enforcement officials. Indeed, one general fallacy in the reasoning of critics of the exclusionary rule is the belief that the rule is meant to deter official wrongdoers by punishment or threat of punishment."

38. 468 U.S. 897 (1984). Disponível em: [http://www.law.com]. Acesso em: 29.01.2009.

A Suprema Corte, no entanto, reverteu a decisão. Em primeiro lugar, lembrou não ser a *exclusionary rule* sanção aplicável, automaticamente, a todas as situações de buscas ilegais. Isto porque, entendeu que a regra não tinha por objetivo sanar violações já cometidas, mas sim, contribuir para a sedimentação de uma cultura de respeitabilidade dos direitos fundamentais, projetando-se, portanto, para o futuro. Daí a necessidade de um exame sobre a postura dos agentes policiais quando da prática da ilegalidade. Logo, atuações fundadas em padrões objetivos de boa-fé, não justificariam a aplicação da regra, até mesmo porque a ação policial teria sido pautada por uma crença razoável de sua adequação com os parâmetros constitucionais sendo de pouca – senão de nenhuma valia – a exclusão. Em segundo lugar, a Suprema Corte observou não ter sido a regra desenhada para corrigir o *error in judicando*, mas, sim, para estimular a respeitabilidade dos direitos fundamentais no meio policial. Ou seja, por assistir à Polícia o interesse em ver validado o seu trabalho investigatório seria ela diretamente afetada pelos efeitos da exclusão.[39] Por fim, a Suprema Corte destacou não caber ao policial qualquer questionamento quanto à correção da decisão judicial, de modo que a exclusão não traria benefícios para o aprimoramento da atividade investigatória.[40]

Mais uma vez, coube ao Ministro Brennan a voz dissidente. De acordo com o seu raciocínio, o Judiciário não seria menos responsável do que os demais Poderes no resguardo dos direitos fundamentais. Afinal, a atuação investigatória, a cargo da Administração, colhendo e buscando elementos probatórios, está diretamente ligada à atuação judicial representada pela admissibilidade e valoração do material obtido. Dessa forma, ao admitir buscas ilegais, o Judiciário se tornaria parte de um

39. "Judges and magistrates are not adjuncts to the law enforcement team; as neutral judicial officers, they have no stake in the outcome of particular criminal prosecutions."

40. "It is the magistrate's responsibility to determine whether the officer's allegations establish probable cause and if so, to issue a warrant comporting in form with the requirements of the Fourth Amendment. In the ordinary case, an officer cannot be expected to question the magistrate's probable cause determination or his judgment that the form of the warrant is technically sufficient. (...) Penalizing the officer for the magistrate's error, rather than his own, cannot logically contribute to the deterrence of Fourth Amendment violations."

único ato de Estado e qual é expressamente proibido pela Constituição.[41] Não obstante, o Ministro ainda advertiu dos riscos que a nova concepção poderia produzir. Para Brennan, a nova regra estimularia os policiais a submeter, desde logo à apreciação judicial, representações visando a obtenção de ordem de busca, mesmo cientes de que os elementos colhidos ainda não seriam totalmente suficientes para tanto.[42]

Na mesma data em que *Leon* foi julgado, a Suprema Corte também enfrentou o caso *Massachusetts v. Sheppard* e, novamente, reafirmou a eficácia do critério da boa-fé policial. Com efeito, ao investigarem o óbito de Sandra Boulware, cujo corpo havia sido encontrado carbonizado, os policiais suspeitaram de um de seus namorados, Osborne Sheppard. Ao ser ouvido, Osborne alegou que estava em uma casa de jogos no horário em que o crime, supostamente, teria sido cometido. As investigações, no entanto, revelaram que ele teria se ausentado daquele local fazendo, para tanto, uso de um automóvel que lhe fora emprestado. O veículo foi localizado e, no seu interior, os policiais acharam fios de metal semelhantes aos encontrados ao lado do corpo da vítima. Com base em tais elementos, os policiais elaboraram um relatório e apresentaram-no ao Promotor de Justiça que, por sua vez, considerou presente a justa causa. Como era domingo, e o fórum encontrava-se fechado, um formulário de requisição de expedição de mandado de busca foi adaptado. Ocorre que nem os policiais, nem o juiz que o firmou, se deram conta de que na especificação dos objetos a serem buscados foi mantida, por engano, a referência a "substâncias controladas". A impugnação, aduzida pela defesa, fundamentou-se na incongruência entre o objeto da ordem judicial e o resultado das buscas. Chamada a decidir sobre a questão, a Suprema Corte considerou que a atuação policial fundara-se em uma crença razoável de que o mandado expedido era integralmente válido de sorte que a exclusão não se mostraria apta a corrigir futuras ações policiais.

41. "Indeed, by admitting unlawfully seized evidence, the judiciary becomes a part of what is in fact a single governmental action prohibited by the terms of Amendment."

42. "Today's decisions do grave damage to that deterrent function. Under the majority's new rule, even when the police know their warrant application is probably insufficient, they retain an incentive to submit it to a magistrate, on the chance that he may make the bait."

A polêmica questão relativa à boa-fé policial acabou, novamente, sendo retomada em *Illinois v. Krull* (1987).[43] Após uma apertada maioria, a Suprema Corte admitiu a validade da prova obtida à luz de uma legislação sobre a qual ainda pairava uma razoável presunção de constitucionalidade e cuja diagnose não era exigível da Polícia.[44]

Em *Arizona v. Evans* (1995),[45] a desatualização dos dados informatizados não foi considerada capaz de levar à exclusão de provas obtidas em decorrência de uma busca e apreensão. Em janeiro de 1991, um agente policial flagrou *Evans* conduzindo um automóvel pela contramão de direção. Abordado, admitiu que sua habilitação estava suspensa, fato confirmado pelo policial após consultar o sistema informatizado. Ocorre que os registros também revelaram a pendência de um mandado de prisão. Ao ser preso, *Evans* desfez-se de um cigarro de maconha que foi jogado ao chão. As buscas feitas no veículo levaram à apreensão de uma sacola contendo mais daquele entorpecente. Quando da comunicação da prisão à Justiça, descobriu-se que o mandado havia sido invalidado. Durante o processo, e por ocasião de audiência designada para o exame da supressão da prova obtida, não se apurou a responsabilidade pelo erro, até mesmo porque nenhum registro da suposta comunicação de baixa, feita pelo Judiciário à Polícia, teria sido encontrado.

Partindo de tais premissas, a maioria dos Ministros decidiu que a exclusão da prova não traria grandes efeitos no aprimoramento da atividade policial diante das evidências de que o agente atuara imbuído por uma razoável crença na validade da ordem de prisão. Ou seja, a violação não foi resultado de um ato intencional ou mesmo de grave negligência. E quanto à possível responsabilidade dos funcionários do Judiciário, a Suprema Corte considerou não serem estes o alvo da *exclusionary rule*. Afinal, diferentemente dos agentes policiais, tais funcionários não possuiriam interesses no desfecho da persecução penal, de modo que exclusão não levaria ao aprimoramento de suas atividades.[46]

43. 480 U.S. 340. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 29.01.2009.

44. "(...) there is nothing to indicate that applying the exclusionary rule to evidence seized pursuant to the statute prior to the declaration of its invalidity will act as a significant, additional deterrent" (LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold. Op. cit., p.110).

45. 514 U.S. 1. Disponível em: [http://www.law.com]. Acesso em: 29.01.2009.

46. "Finally, and most important, there is no basis for believing that application of the exclusionary rule in these circumstances will have a significant effect

O Ministro Stevens, contudo, manifestou-se contrariamente ao entendimento majoritário. Para ele, a exclusão não poderia ser considerada como uma medida excepcional, mas, sim, como uma sanção necessária para conter e orientar o exercício do poder. E, ainda que se tomasse como finalidade da regra o efeito educativo, o precedente elaborado no caso *Leon* não seria aplicável, pois naquele havia, de fato, um mandado, circunstância completamente ausente em *Evans*. De mais a mais, defendeu a tese de que a exclusão seria útil para o aprimoramento dos registros mantidos nos sistemas informatizados, os quais passariam a ser alimentados com maior cuidado e critério. Foi esta, aliás, a mesma preocupação apontada pela Ministra Ginsburg para quem a dependência da máquina persecutória estatal aos sistemas de dados informatizados tornaria crucial a adoção de medidas rigorosas para que estes fossem sistematicamente atualizados pelos agentes e funcionários responsáveis.[47]

3. O CASO *HERRING*: NOVAS DIMENSÕES PARA A BOA-FÉ POLICIAL

A atualização dos dados informatizados foi objeto de novas polêmicas quando do julgamento do *caso Herring*, ocorrido no início deste ano. No entanto, diferentemente de *Evans*, em que a Suprema Corte não vislumbrou desídia que fosse claramente atribuível aos agentes policiais, em *Herring*, a responsabilidade destes pelo erro foi evidente.

on court employees responsible for informing the police that a warrant has been quashed. Because court clerks are not adjuncts to the law enforcement team engaged in the often competitive enterprise of ferreting out crime (...) they have no stake in the outcome of particular criminal prosecutions."

47. "In this electronic age, particularly with respect to record keeping, court personnel and police officers are not neatly compartmentalized actors. Instead, they serve together to carry out the State's information gathering objectives. Whether particular records are maintained by the police or the courts should not be dispositive where a single computer database can answer all calls. No only is it artificial to distinguish between court clerk and police clerk slips; in practice, it may be difficult to pinpoint whether one official, e.g. a court employee, or another, e.g., a police officer, caused the error to exist or to persist. Applying an exclusionary rule as the Arizona court did may well supply a powerful incentive to the State to promote the prompt updating of computer records. That was the Arizona Supreme Court's hardly unreasonable expectation. The incentive to update promptly would be diminished if court initiated records were exempt from the rule's sway."

De fato, ao se deslocar até a Delegacia de Polícia para reaver os objetos que estavam em sua caminhonete que fora apreendida, *Herring* acabou sendo detido após um dos policiais confirmar, com um outro policial lotado na comarca de Dale, a existência de um mandado de prisão pendente de cumprimento. Imediatamente após a detenção, *Herring* foi submetido à busca pessoal, encontrando-se metanfetamina em seu bolso. Mas não foi só. Um revólver também foi encontrado no interior do veículo que ele dirigia naquele dia. Ocorre que, minutos após a detenção, o agente policial, lotado em Dale, apurou que a ordem de prisão não era mais válida, pois o mandado de prisão houvera sido recolhido cinco meses antes. Lamentavelmente, a informação não havia sido atualizada nos registros policiais. Em face dessas circunstâncias, a defesa de *Herring* requereu a exclusão das provas obtidas no processo contra ele instaurado por porte de drogas e por porte de arma de fogo. O pleito não foi acolhido nos graus inferiores de jurisdição, tendo a questão sido levada à Suprema Corte.

Ao enfrentar o problema, a maioria dos Ministros reafirmou não ser conseqüência automática a exclusão processual das provas ilicitamente obtidas, constituindo, na verdade, o último recurso de que se valeria o Judiciário, com o intuito de prevenir futuros abusos policiais. A solução exigiria, portanto, uma ponderação de valores de modo a afastar a exclusão sempre que os custos sociais fossem consideravelmente altos. Daí a exigência de que as violações fossem intencionais ou mesmo provenientes de atos manifestamente displicentes. Em relação à desatualização dos registros constantes no banco de dados, a Suprema Corte entendeu que somente a reiterada negligência é que poderia justificar a adoção da *exclusionary rule*, pois somente em tais circunstâncias é que seria possível vislumbrar algum benefício para o aprimoramento da máquina persecutória. Dessa forma, a maioria não reconheceu configurada desídia em grau que justificasse a exclusão, motivo pelo qual decidiu pela preservação do acervo probatório obtido.

Para a Ministra Ginsburg, uma das vozes discordantes, as premissas abraçadas pela maioria seriam equivocadas. Para ela, a regra de exclusão não poderia ser reduzida ao campo da excepcionalidade, como reiteradamente decidido pela Suprema Corte. Ao contrário, a Ministra afirmou tratar-se de importante e necessária medida, não só por reparar as violações à IV Emenda, mas, também, por encorajar a obediência àqueles preceitos. Dessa forma, considerou falacioso o entendimento de que a exclusão das provas não produziria efeitos relevantes por não ter sido

demonstrado que o erro na atualização do banco de dados seria sistemático e reiterado. Para a Ministra, a responsabilização pela negligência serviria de estímulo para que, futuramente, os atos fossem pautados por um maior dever de cuidado, o que por si só já atenderia a finalidade desenhada pela *exclusionary rule*. E acrescentou não estar preocupada, exclusivamente, com o ocorrido em *Herring*, mas, sim, com todos os inocentes que estariam sujeitos à privação de suas liberdades por erros no armazenamento de dados. Afinal, para a Ministra, tais erros são, justamente, aqueles que ameaçam as liberdades individuais e que, portanto, poderiam e deveriam ser corrigidos por meio da regra de exclusão, sob pena de comprometimento dos valores fundamentais consagrados pela IV Emenda.

Posta a controvérsia nesses termos, *Herring* bem ilustra o dilema pelo qual se tem debatido a Suprema Corte nas últimas décadas e que pode ser sintetizado pela constante dialética entre visões restritivas e ampliativas da *exclusionary rule*. Segundo o entendimento majoritário – que coincidentemente é abraçado por uma ala politicamente conservadora daquela Corte –, a medida é excepcional estando jungida a uma ponderação entre os custos e os benefícios de seu uso. Logo, desde que reconhecida a contribuição da regra para o processo de sedimentação de uma cultura de respeitabilidade dos direitos e garantias fundamentais, terá ela inteira aplicação. É por isso que somente as violações intencionais e manifestamente negligentes justificariam a regra, porquanto não adequadas ao que se convencionou denominar de padrão objetivo de boa-fé policial. Se, se tomar como finalidade única e exclusiva da regra o controle e o aprimoramento da atuação policial, o raciocínio tem sua lógica e sustentabilidade.

Os questionamentos, no entanto, devem ser mais profundos. É o que apregoam algumas vozes discordantes. Afinal, muito embora a origem da regra esteja associada às ilegalidades cometidas por agentes policiais, a opção pela sanção levou em conta a ineficácia de outras medidas de contenção, o que trazia especiais riscos para a efetividade dos direitos fundamentais ligados à privacidade e à intimidade. Em síntese, o objetivo da *exclusionary rule* seria o de assegurar, garantir e resguardar os direitos afirmados pela IV Emenda. Não se trata, portanto, de medida excepcional, até mesmo porque o estado de liberdade e a limitação do poder não são excepcionais em uma sociedade que, historicamente, fundou-se em tais valores. Por isso, a referência feita por alguns Ministros aos parâmetros éticos do Estado, sob o qual estariam jungidos todos os níveis de

poder, inclusive o Judiciário. Ou seja, a ilegalidade no desempenho da atividade investigatória se estenderia a ponto de comprometer também o julgamento.

Mas, se uma discussão em tal nível empreendida pelo direito norte-americano apresenta-se ali adequada, a importação dessas soluções por estas bandas é altamente questionável. Afinal, por aqui o legislador constituinte expressamente inseriu a inadmissibilidade das provas ilícitas no campo dos direitos e das garantias fundamentais o que torna a proibição valor supremo, porquanto constitucionalmente afirmado. A mensagem é clara: a inadmissibilidade é garantia individual contra todo e qualquer arbítrio estatal que comprometa o exercício, o gozo e o respeito dos direitos fundamentais. Esta dimensão, note-se, não é encontrada no direito norte-americano, até mesmo porque a exclusão – efeito da proibição implícita – não foi expressamente declarada no texto constitucional. Como se sabe, tratou-se de uma criação jurisprudencial. Não se cuida, portanto, de um direito individual, mas, sim, de uma decorrência deste, instituída com o objetivo de conferir-lhe maior eficácia. Por esse prisma, soa justificável a preocupação da Suprema Corte em fixar limites à regra por ela criada.

Bem ou mal, a situação aqui é outra de modo que qualquer tentativa de incorporação do critério da boa-fé policial se mostraria deslocada. Com efeito, o repúdio constitucional às provas ilícitas e a sua inserção no campo dos direitos e das garantias fundamentais revelam um comprometimento ético do Estado: não se admite o recurso aos meios ilícitos como forma de se combater a ilegalidade. Nessa perspectiva, a admissão de provas ilícitas representaria um paradoxo intransponível por conduzir ao descrédito das próprias instituições. Não se trata, portanto, de estimular o aprimoramento de apenas um dos órgãos envolvidos na persecução penal, mas sim, o de resgatar a legitimidade do próprio Estado e de seus agentes, o que é especialmente importante em uma sociedade cuja história, não muito distante, foi marcada pelo autoritarismo.

Se é certo por um lado que posições rígidas nesta matéria não tem se revelado acertadas,[48] não há como se olvidar, por outro, dos diferentes

48. Tome-se como exemplo o Estatuto de Roma (art. 69.7) que consolida uma ordem jurídica penal internacional sendo, dessa forma, produto de um consenso dos vários atores internacionais. Ali, a ilegalidade nos meios de obtenção de prova não conduz, automaticamente, à exclusão probatória. Tal somente ocorrerá quando o resultado probatório não for confiável ou

estágios em que se encontram os mais variados Estados no processo de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais. No caso brasileiro, por mais que o princípio da proporcionalidade[49] tenha sido invocado por alguns como meio para minimizar eventuais distorções, não será possível reduzir a garantia da proibição das provas ilícitas ao terreno da excepcionalidade.[50] Afinal, como garantia constitucional que é as interpretações

mesmo quando a admissão implicar grave comprometimento da integridade do processo.

49. A idéia central gravita em torno da configuração de um critério valorativo suficientemente capaz de delimitar o campo de validade constitucional das restrições ao exercício dos direitos fundamentais. Decorre, portanto, do próprio sentido informador da noção de Estado de Direito em que a atuação do poder público está jungida aos parâmetros da legalidade, desenhados pela afirmação das liberdades individuais. Nesse sentido, somente poderiam ser consideradas constitucionalmente adequadas as medidas que impusessem restrições indispensáveis à salvaguarda de interesses públicos de maior grandeza. Ver, para tanto: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003 e CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal*. Madrid: Colex, 1990.

50. Como se sabe, no Brasil, coube a Pellegrini a disseminação – e conseqüente consagração – da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas, originariamente desenhada por Nuvolone. De acordo com tal entendimento, muito embora ambas provenham da mesma raiz que indica a contrariedade ao direito e ao desvalor da ilegalidade, a ilícita estaria diretamente relacionada com a violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Já a ilegítima, por sua vez, proviria da inobservância de normas de caráter processual. Ver, para tanto: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Ed. RT, 1982; ARANHA, Adalberto José de Camargo. A prova proibida no âmbito penal. *Revista de Jurisprudência do TJSP* 75, ano 16. São Paulo, mar.-abr. 1982, p. 19-20; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit.; MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000; RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000; SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. As recentes reformas introduzidas na legislação processual desconstruíram, de certo modo, a certa tranqüilidade, até então reinante da doutrina brasileira, quanto à delimitação conceitual das provas ilícitas e das ilegítimas. Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo*

não podem ser restritivas. Não é por menos que parte da doutrina reputa viável a admissão apenas na hipótese em que a prova ilicitamente obtida revelasse a inocência do acusado.[51] É, note-se, a posição mais adequada tendo em vista o tom assumido pela Constituição. É, em suma, o preço que se paga pelo processo de resgate e de amadurecimento da autoridade moral de um Estado, cujo passado recente indica um triste desapego aos valores da liberdade.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Adalberto José de Camargo. A prova proibida no âmbito penal. *Revista de Jurisprudência do TJSP* 75, ano 16. São Paulo, mar.-abr. 1982.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed., rev., ampl. e atual. em face das leis 9.296/1996 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BERCH, Michael A.; BERCH, Rebecca White; SPRITZER, Ralph S. *Introduction to legal method and process*. 2. ed. St. Paul: West, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CANTÓN, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, 1999/A.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal*. Madrid: Colex, 1990.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Ed. RT, 1982.

penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 246-297 e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCrim* 188/2. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

51. Ver, por exemplo: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Sacarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no* processo *penal*. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 116.

_____; FERNANDES, Antonio Sacarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002.

HERT, Paul de. Legal procedures at the international criminal court. A comparative law analysis of procedural rights. In. HAVEMAN, Roelof; KAVRAN, Olga; NICHOLLS, Julian (eds.). *Supranational criminal law: a system* sui generis. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2003.

KAPLA, John; SKOLNICK, Jerome H.; FEELEY, Malcom M. *Criminal justice: introductory cases and materials*. 5. ed. New York: The Foundation, 1991.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed., St. Paul: West, 1995.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

ROTHSTEIN, Paul F; RAEDER, Miran S.; CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed. St. Paul: West, 1997.

SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. *American criminal procedure. Cases and commentary*. 5. ed. St. Paul: West, 1998.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCrim* 188/2. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

2
Prisão especial: cautelaridade e constitucionalidade

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: O presente artigo tem a intenção de, a partir de enfoque constitucional do sistema de direito processual penal brasileiro, estudar a prisão especial à luz de critérios específicos de cautelaridade e constitucionalidade. Será defendido, a partir de abordagem histórica do direito brasileiro com preocupação para a regra da igualdade, que a medida cautelar estudada tem cabimento em termos mais restritos do que os ainda vigentes, quer quanto aos destinatários, quer quanto às distintas modalidades em que pode ocorrer. No texto serão analisadas, também, as várias posições da doutrina e dos tribunais nacionais que, de uma forma ou de outra, tocaram o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Medida cautelar – Prisão – Constitucionalidade – Proporcionalidade – Igualdade.

ABSTRACT: The goal of this article is study the category of special prison in the light of specific criteria of prevention and constitutionality, based on a constitutional approach of the Brazilian Criminal Procedural System. It will be defended, based on a historical approach of the Brazilian Legal System related to the provision of equality, that the validity of the writ of prevention, here studied, depends on more restricted terms than those in force, concerning the Addressees, and the different forms in which it can occur. The paper will also analyze the position of the Brazilian Doctrine and National Courts, which somehow have addressed this topic.

KEYWORDS: Criminal proceeding – Writ of prevention – Prison – Constitutionality – Proportionality – Equality.

SUMÁRIO: 1. A inevitável constitucionalização do direito processual penal – 2. O *fino trato* consolidado na história brasileira – 3. O art. 295 do CPP até 10.07.2001: prisão especial e prisões especiais – 4. O quadro normativo motivador da Lei 10.258, de 11.07.2001 – 5. A cautelaridade processual penal: onde está a prisão especial?: 5.1 Ainda a cautelaridade processual penal: referibilidade e adequação – 6. A igualdade e a diferenciação razoável: a previsão da Lei de Execução Penal – 7. Conclusões – Bibliografia.

1. A INEVITÁVEL CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL[1]

É notável a mudança de paradigma que a Carta Constitucional de 1988 tem imposto aos estudos do processo penal brasileiro. Com efeito, nota-se uma evolução, arrancada dos princípios e regras constitucionais,[2] como uma via de mão certa em que as normas processuais penais devem ser interpretadas em consonância aos ditames constitucionais (e não o inverso) e que dignifica os estudos de processo penal até de forma a se superar a autonomia que deve ter, em vista de suas peculiaridades, perante o Direito Processual Civil.[3] Esse influxo inspira um rumo sem volta.

Instrumento público de tutela da liberdade individual com vistas à solução de um conflito no qual se discuta a liberdade e os direitos que lhe sejam correlatos de alguém e uma possível ofensa à norma penal que, em dado momento, torna-se jurisdicizado, o processo penal deve ser interpretado e concretizado *conforme à Constituição.*[4]

1. Trabalho apresentado como requisito à aprovação na matéria "Prisão e Liberdade", como aluno especial, junto à Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em matéria ministrada pelos Professores Antônio Magalhães Gomes Filho (professor titular), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (professora doutora) e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (professor doutor). Sou especialmente grato ao Prof. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, à Profa. Mariângela Gama de Magalhães Gomes e à amiga Mariana de Souza Lima Lauand, que, depois da leitura do texto, convenceram-me a romper o silêncio e encorajaram-me a publicá-lo.
2. Como referências no direito constitucional brasileiro: Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *RT* 798/23. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002. Dele ainda: Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1/607-630. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Humberto Ávila. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
3. Destacadamente ao tratar da autonomia científica do direito processual penal em face do direito processual civil, Rogério Lauria Tucci. *Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Ed. RT, 2002. Também nesse sentido, Aury Lopes Jr., para quem, muitas vezes a tentativa de importar conceitos do processo civil ao processo penal encerra verdadeira "ginástica de conceitos, estendendo-os para além de seus limites semânticos" (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1, p. 348).
4. Só para citar alguns processualistas penais que têm dado fundamental contribuição a esse necessário e sincero enfoque, ver: Gustavo Henrique Righi

Nota-se inclusive que o próprio estudo do processo penal tem sido, mais recentemente, desejado por exímios constitucionalistas e, até, por filósofos do direito.[5]

O que foi dito acima soaria como truísmo, não fosse a prática costumeira, deitada em tradicionalismos seculares que são até anteriores ao Código de Processo Criminal do Império e perpassa o espírito do Código de Processo Penal de 1941, que espelha a mesma, tradicional, velha e "autoritária" (no sentido de que até hoje se utilizam com sucesso argumentos "de autoridade") interpretação fechada em si, alheia à mudança histórica e sobretudo, valorativa, da interpretação de muitos institutos do direito processual penal. Esse misoneísmo contamina, ainda, a prática judicial. Tem razão Dinamarco quando pontua que "é preciso pensar de acordo com os tempos."[6]

Ivahy Badaró e Aury Lopes Jr. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, especialmente o capítulo 10. Aury Lopes Jr. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, especialmente capítulo 2. Do mesmo autor: *Direito processual penal*... cit., vol. 1. Geraldo Prado. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

5. Dos primeiros, vale lembrar de Luis Roberto Barroso, que em recente obra traça um panorama da influência do direito constitucional em várias áreas do direito positivo brasileiro (*Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-382. Ainda do mesmo autor: Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 97-141; Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e julgamento em instância ordinária única. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 581-601; Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 219-234. Dos últimos, Lenio Streck que, em obra escrita com Luciano Feldens, situa-se sobre a função investigatória do Ministério Público (*Crime e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003), e ainda: Lenio Streck. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: [www.leniostreck.com.br]. Acesso em: 11.11.2008.

6. Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 12.

A mudança de paradigma que se vê e da qual aqui se tentará tratar, não deve se esgotar no puro plano do discurso acadêmico, sob pena de patrocinar a dessintonia entre a teoria e a prática, com o que mal se disfarçaria o que Barbosa Moreira, em momento de felicidade, tomou como "interpretação retrospectiva": olhar o novo com os olhos voltados para trás.[7]

De fato, é salutar a observância de autores e concretizadores das normas processuais penais, atualmente, em ter os olhos voltados para o direito processual penal comparado, notadamente o direito processual penal italiano e a plêiade de estudos e controvérsias judiciais e doutrinárias surgidas não só a partir do novo *Codice de Procedura Penale* de 1988 mas principalmente da Lei Constitucional 2, de 23.11.1999, que inseriu os princípios do justo processo penal no art. 111 daquela Constituição.[8]

Não menos importante é vislumbrar a influência que o direito processual penal brasileiro deve necessariamente sofrer em virtude da eficácia jurídica direta e aplicabilidade imediata de normas processuais penais constantes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte – tratados esses que, como já se tem solidificado, entram pela porta Constitucional e lá, no altar normativo brasileiro, permanecem.[9]

7. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *RF* 304/152, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
8. Excelente resenha desse pensamento está em Ennio Amodio. *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo.* Milão: Giuffrè, 2003. Especificamente no campo das medidas cautelares processuais penais pessoais, Ercole Aprile pontua que o *Codice de procedura penale* estabeleceu quase um sistema autônomo, em superação ao antigo Código, de 1930, que assinalava às medidas cautelares uma posição marginal e secundária dentro do livro específico da instrução criminal (*Le misure cautelare nel processo penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 3). É do mesmo sentido a opinião de Vittorio Grevi (Vittorio Grevi e Giovanni Conso. (orgs.) *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2000, p. 385).
9. Dentre os processualistas penais brasileiros que se debruçaram nessa matéria, merece destaque Diogo Malan em sua obra de doutorado: *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Na doutrina brasileira específica sobre a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, por todos, ver Flávia Piovesan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

Ou, assomando-se ao já dito, merece atenção, também, com vistas à aplicação na defesa da conseqüente legalidade e orientada à defesa dos direitos individuais no plano da constitucionalidade, o estudo do influxo do abstrato, poroso e multifacetado "princípio"[10] da *proporcionalidade* no processo penal, ou ainda, aquele do *prazo razoável* em interpretação *pro individuo*, pois é induvidoso que referido "princípio" é inato à idéia de controle do Estado, impondo-lhe limites no exercício punitivo.[11]

Enfim, o processo penal brasileiro, de 1988 para cá, é outro; e, pode-se dizer pela confessada aproximação que lhe vem sendo dada ao

10. O próprio tratamento à proporcionalidade é muito questionado na doutrina, inclusive brasileira. Por isso, segue-se apenas por critério didático aqui o prevalecente tratamento como princípio, pois não se trata, em assim o classificar, de *princípio* em oposição a uma *regra*, do estilo dworkiniano. Tal premissa, aqui não assumida, ocasionaria o questionamento quanto à forma de incidência nos fatos e nada mais que isso. Prefere-se a nomenclatura por se seguir, repita-se, por mera escolha didática, o critério de abrangência e generalidade do termo, e não o da forma de incidência, que se liga mais a seu modal deôntico (aplicação "tudo ou nada" ou aplicação "ponderada", "caso-a-caso"). Diz, a respeito, a autorizada lição de Virgílio Afonso da Silva: "o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima,uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a *estrutura* de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um 'mandamento de otimização', *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade (...) falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*" (*A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros. 2006, p. 36).

11. A respeito: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: Bruno de Morais Ribeiro e Marcellus Polastri Lima (coords.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 159-85. Maurício Zanoide de Moraes. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo.* São Paulo: Ed. RT, 2008. Denílson Feitoza Pacheco. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Flávia D'Urso. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal.* São Paulo: Atlas, 2007.

direito constitucional, mais digno, mais refinado; digno de ser, para usar linguagem freqüente entre os constitucionalistas, *levado a sério*.

A necessidade de tratá-lo como novo a partir da perspectiva constitucional da interpretação, com os consectários acima indicados, vai além da teorização para adentrar à prática. Diz respeito a juízes, promotores, advogados, intérpretes autorizados que são, diga-se de novo, não só das normas processuais-penais como, de relevo, de sua consonância aos ditames constitucionais. A partir disso se tentará oferecer uma proposta de interpretação da prisão especial que, conquanto aparentemente polêmica, pode, quiçá, aproximar-se da *regra* da igualdade, até porque visa separar o que é a *desigualdade* do que pode ser tida como *distinção funcional razoável*.

O instituto, como se verá, não é tratado de forma isolada no plano de estudo da teoria das cautelaridades processuais-penais e precisa, também, ser revisto à luz do princípio constitucional da igualdade.[12] Nesse aspecto, aliás, a abordagem dos autores se repete com base no mesmo fundamento, tirado dentre muitos de João Mendes Júnior, e sua coloração muda insossamente, atravessando os séculos.

Escolheu-se, pois, a prisão especial para a visão crítica, que se pretende comprovar constitucionalmente orientada, também porque é preciso se aperfeiçoar a interpretação que possa ser dada à fundamental mudança legislativa ocorrida em 2001, com o advento da Lei 10.258, e, sem prejuízo dela, alguma leitura que se possa fazer à luz da Lei de Execuções Penais e, também, para se tentar ser atual, do princípio constitucional da proporcionalidade.

Afinal, se essa, a proporcionalidade, e até a referibilidade à futura pena que venha a ser imposta em decisão definitiva, como hoje se ensina,

12. Reitera-se a escolha por tomar a igualdade como *princípio* à luz da escolha didática. Fosse ela um *princípio* nos moldes preconizados pela doutrina específica e recentemente lida no Brasil – à qual nem sempre se dá a devida atenção nessa peculiaridade – poder-se-ia admitir que a *igualdade* sofreria ponderação no caso concreto. Forçosamente, pois, em se tomar as noções de Dworkin e sobretudo de Alexy, pelo que aqui se dirá, a igualdade seria uma *regra*, e não um *princípio*; sua aplicação seria, efetivamente, presa aos modelos "tudo-ou-nada" (A respeito da construção teórica, v. Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008).

são características inseparáveis de medidas cautelares penais,[13] a colocação da prisão especial nessa temática se torna ainda mais tormentosa.

2. O *FINO TRATO* CONSOLIDADO NA HISTÓRIA BRASILEIRA

Muito antes da primeira das repúblicas brasileiras, desde início do século XVII, o Livro V das Ordenações Filipinas estatuía suma desigualdade entre os homens com vistas a dar maior repressão penal àqueles que tinham pouco; protegendo das agruras do processo e da futura punição os que tinham mais, os que eram de boa cepa ou, como criticamente disse Miguel Reale Júnior, eram os "de fino trato".[14] Segundo esse autor e Marcelo Semer,[15] mesmo antes do vigente Código de Processo Penal, pois, poderia se perceber a razão histórica da *prisão especial*. Que sirva de exemplo a passagem constante do item 15 das Ordenações, que tiveram vigência no Brasil entre 1603 e 1830:

"Todo homem, de qualquer qualidade e condição que seja, que entrar em mosteiro de freiras de religião aprovada e for tomado dentro ou lhe for provado que entrou, ou esteve de dia ou de noite dentro no mosteiro, em casa ou lugar dentro do encerramento dele, que pareça que era para fazer nele alguma coisa ilícita contra a honestidade do dito mosteiro, pagará cem cruzados para o dito mosteiro e mais morra por isso morte natural. 1. e o homem a que for provado que tirou alguma freira de algum mosteiro ou que ela por seu mandado e induzimento se foi a certo lugar, donde assim a levar, e se for com ela, se for peão, morra por isso. E se for de maior qualidade, pague cem cruzados para o mosteiro e mais será degredado para sempre para o Brasil. Mas a execução da morte não se fará nos sobreditos casos sem primeiro no-lo fazerem saber. 2. e sendo provado que algum homem dormiu com freira de religião aprovada fora do mosteiro, em caso que a ele não tirasse, pagará cinqüenta cruzados

13. Assim é, como destaca Marcellus Polastri Lima. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75. Também, entre nós, Rogério Schietti Machado Cruz. *Prisão cautelar. Dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94-104 e Fábio Machado de Almeida Delmanto. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51-83.

14. Preso de fino trato. *Folha de S. Paulo*. Tendências/Debates, 25.02.2007.

15. A síndrome dos desiguais. *Boletim Juízes para a Democracia* 19, jan.-mar. 2002.

para o mosteiro e será degredado dois anos para África, e além disso se for peão, será açoitado publicamente com baraço e pregão."[16]

A discriminação que se perpetuou na *história* brasileira, curiosamente, não gerou muitas *estórias*. Afinal, o discurso protecionista dos bem-nascidos e alçados por mérito ou outro critério às classes abastadas do Brasil bradou-se desde o início. A idéia de que a prisão cautelar é cruel em si, e que a partir disso como não se pode salvar a todos que sejam salvos aqueles que têm – digamos para usar um termo paradoxal na divisão classista e suas conseqüências – *mais-valia*, tinha e tem plena aceitação.

Desde sempre no Brasil, pois, e especificamente no cumprimento da medida processual penal cautelar pessoal por excelência, havia os *eleitos* e os *não-eleitos*. Aos primeiros, a prisão era vista com todo o bom-senso que deve cercar o jurista, e por isso, a idéia de excepcionalidade era levada a sério. Do mais antigo ao mais atual, do mais atávico à idéia de pena retributiva ao mais cauteloso com os direitos individuais no processo.

Não foi por outra razão que, irmanado com o espírito do então Código vigente de 1830, previu o Regulamento 120, de 31.01.1842, que regulava a "execução da parte policial e criminal da Lei 261, de 03.12.1841" (essa, que reformou o Código de Processo Criminal do Império) em seu art. 148 que "os presos deverão ser classificados por sexo, idade, moralidade e condições, separando-se essas classes, quando for possível, e observando-se o maior número de subdivisões, que permitir o edifício".

A distinção colocada, posta como um dever de fiscalização do agente público responsável pela guarda dos presos, parece de difícil aceitação e antecipou ponto de vista dos doutos que, até há muito pouco tempo, parecia um vento que soprava sempre na mesma direção. Os antigos e os novos não viam ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

A razão retórica que se encontrou para isso vem desde lições de João Mendes de Almeida Júnior, que dizia que "a prisão, antes do julgamento, não é ainda a pena do delicto; ainda não está legalmente verificado que o preso seja um delinqüente, ou que, sendo delinqüente, seja um culpado. Entretanto, nos postos policiaes, nas estações da guarda policial, nas

16. Silvia Humbold Lara (org.). Ordenações Filipinas. Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 96-7.

cadeias escuras e infectas, a logares de desolação e angustia, como si fossem facinorosos julgados".[17]

Mesmo com a vigência do Código de Processo Penal de 1941, recorria-se ao mestre para, a partir de sua premissa atinente à prisão cautelar em gênero, chegar-se às conclusões que tentam, até hoje, justificar a separação, no plano do cumprimento da medida de prisão cautelar, entre os *especiais* e os *comuns*.

Chama a atenção que autores como Eduardo Espínola tenham arrancado, da distinção do art. 300 do CPP,[18] a separação entre presos *especiais* e presos *comuns*, nestes termos:

"Pelo que o art. 300 faz uma recomendação de alta significação, ordenando se evite, tanto quanto possível, o contacto entre réus definitivamente condenados e pessoas apenas provisoriamente presas; assim, é natural se conceda o privilégio de ficar em estabelecimento diverso do cárcere comum, livres do contacto com a ralé dos criminosos, a pessoas de qualidade, pelas funções que ocupam, pela sua educação e instrução, pelos relevantes serviços públicos, que prestem ou tenham prestado."[19]

Não atingimos a mesma conclusão. Não nos parece razoável, a partir da distinção que o Código vigente prevê entre o preso *provisório* e aquele que o é em razão de decisão transitada em julgado, estabelecer distinção, na primeira hipótese, entre "pessoas de qualidade" e as demais para o fim específico de poupar as primeiras do contato com "a ralé dos criminosos". Ao nosso sentir, caso exista razão para discriminar o preso provisório daquele que o é em decorrência de decisão transitada em julgado,[20] ela deve partir de outro fundamento e, por atender lógica distinta, provoca nova interpretação da prisão especial.

Como Espínola, contudo, e se valendo dos mesmos argumentos já lançados por João Mendes Júnior, pensava a esmagadora maioria[21] dos

17. *O processo criminal brazileiro*. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. vol. 1, p. 309.
18. "Art. 300. Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas".
19. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. vol. 3, p. 316-317.
20. Como já prevêem não só o art. 300 do CPP, mas também o art. 84 da LEP.
21. Inocêncio Borges da Rosa se limitou a separar aqueles que devem ser "recolhidos à prisão especial" daqueles que devam permanecer recolhidos

processualistas penais brasileiros. Assim, por exemplo, Basileu Garcia,[22] Ary Franco,[23] Câmara Leal,[24] Magalhães Noronha,[25] Tourinho Filho,[26] Francisco de Assis Toledo[27] e Roberto Delmanto Júnior.[28]

Sem prejuízo da representativa maioria, pode-se antecipar, aqui, a concordância de Antônio Magalhães Gomes Filho, professor que, com

em "edifícios de prisão comum" quando tratou do art. 295 do CPP (*Processo penal brasileiro. Obra de teoria e prática sobre o código de processo penal brasileiro. Dec.-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. vol. 2, p. 226).

22. "Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça, ainda não condenados, imanente ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles, os que pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere" (*Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. vol. 3, p. 74).
23. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Livraria Jacinto, 1943. vol. 1, p. 308.
24. "Há pessoas que pela sua qualidade são consideradas egrégias, ficando isentas da prisão comum, quando devam ser detidas antes de sentença condenatória passada em julgado" (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942. vol. 2, p. 220).
25. "Não obstante o preceito de que todos são iguais perante a lei, o Código, em se tratando de prisão antes da sentença condenatória, atende a circunstâncias peculiares de determinadas pessoas, dispondo que sejam recolhidas em estabelecimentos especiais" (*Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 150).
26. "Não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas de uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta, exclusivamente, a relevância, a majestade e a importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe no cenário jurídico-político da nação" (*Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3, p. 409-410). Ver, também, após a Lei 10.258, de Tourinho Filho: Em que consiste a prisão especial? Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.
27. Prisão especial: direito ou privilégio? *Revista CEJ* 15/64-72. Brasília, set.-dez. 2001.
28. Prisão especial, sala de estado-maior e prisão domiciliar em face da Lei 10.258/2001. *RT* 793/493. São Paulo: Ed. RT, nov. 2001.

os olhos voltados para o direito processual penal pós-1988, preocupa-se com o tema de maneira distinta:

"E as sempre lembradas 'deficiências de ordem material' não podem constituir óbice à efetivação dos valores consagrados pela lei fundamental; ao contrário, estes é que devem servir à superação das primeiras."[29]

De uma ou outra forma, pode-se dizer sem medo de errar que certa idéia de *honorabilidade*, na história brasileira, tem motivado as opiniões favoráveis à distinção entre aqueles que – já agora por previsão constitucional que não havia em nenhuma outra que lhe precedeu – são rigorosamente iguais aos demais no que tange à presunção do estado de inocência. Como até aqui se viu, à *honorabilidade* soma-se o argumento baseado na falta de condições de habitabilidade – que afronta à dignidade da pessoa humana (art. 1.°, III, CF/1988) – para, mais uma vez, possibilitar a *escolha* de quem não terá de se ver na situação subumana de cumprimento de prisão cautelar *comum*.

Tais idéias, de *honorabilidade* e de *evitabilidade de se contaminar com os presos comuns nas enxovias que são as prisões comuns*, como se viu linhas atrás, serviram a ultrapassar o princípio da igualdade[30] para justificar uma aura de *intangibilidade* aos eleitos. Afinal, a cantilena é que se a prisão processual é um *mal necessário* do processo penal, que sirva aos outros; não aos *eleitos* no sentido figurado que aqui se preferiu usar.

Esse raciocínio não se coaduna com o Estado de Direito que atingimos.

3. O ART. 295 DO CPP ATÉ 10.07.2001: PRISÃO ESPECIAL E PRISÕES ESPECIAIS

A partir do Código de Processo Penal de 1941, com esse nome, a prisão especial veio, primeiro, regulamentada pelo Dec. 38.016/1955,

29. Prisão especial e princípios constitucionais. *Enfoque jurídico*. 15. ed. Publicação do TRF-1.ª Reg., ago. 2001, p. 5.

30. Sem perceber, os antigos doutrinadores usaram o princípio como atualmente, muitas vezes sem se perceber, alguns doutrinadores o fazem: na distinção entre *princípio* e *regra*, variando o modal deôntico, pois no primeiro caso o princípio *admite sopesamento em virtude dos valores envolvidos*, o que não se dá com as regras, que incidem na medida do "tudo-ou-nada". Eis, portanto, outra incorreção de não se explicar como se entende o *princípio*.

que previa, em seu art. 3.°, certo rol de privilégios àqueles presos provisórios.[31]

Aludido decreto, conforme alerta Petrônio Calmon Filho, está revogado desde 18.01.1991, pelo Dec. 11, do ex-presidente Fernando Collor de Mello, o que torna inexistente qualquer regulamentação na matéria, gerando perplexidade aos operadores do Direito.[32]

Depois, o que era inicialmente tido como exceção dentro do sistema das medidas cautelares penais, por força da mesma representação política que motivou a primeira configuração do seleto rol dos *imiscíveis* aos presos comuns se tornou quase que uma generalidade.

De fato, além da previsão inaugural do Código de Processo Penal, várias legislações esparsas, em defesa de particulares grupos de interesse, fizeram com que se sofresse, nas palavras de Rogério Lauria Tucci, uma "inflação de casos de prisão especial"[33] o que de acordo com Gustavo

31. Vale destacar: "Art. 3.° É assegurado ao detido: I – Alojamento condigno, alimentação e recreio. Quando o alojamento for coletivo serão ouvidos os recolhidos, sempre que possível, para a organização dos grupos.
II – O uso do seu próprio vestuário, guardado o decoro devido aos companheiros de prisão e ao estabelecimento. III – Assistência de seus advogados, sem restrições, durante o horário normal de expediente.
IV – Visita de parentes e amigos em horário previamente fixado. V – Visita de ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge do detido, durante o expediente, sem horário determinado. Em casos excepcionais, a critério do Diretor ou Comandante, poderá a visita iniciar-se e prolongar-se fora do horário de expediente. VI – Recepção e transmissão de correspondência livremente, salvo nos casos em que a autoridade competente recomendar censura prévia. VII – Assistência religiosa, sempre que possível. VIII – Assistência de médico particular. Quando os medicamentos receitados forem adquiridos ou manipulados fora, estarão sujeitos à verificação pelo Serviço Médico do Estabelecimento. IX – Alimentação enviada pela família ou amigos, em casos especiais e com autorização do Diretor ou Comandante. X – Transporte diferente do empregado para os presos comuns. XI – Direito de representar, desde que o faça em termos respeitosos e por intermédio do Diretor ou Comandante. As petições insultuosas ou com expressões menos recomendáveis não serão encaminhadas".

32. Petrônio Calmon Filho. O decreto revogado sobre a prisão especial e a proposta de alteração legislativa imediata. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

33. Indispensabilidade de nova regulamentação... cit., p. 9.

Henrique Righi Ivahy Badaró, "acabou 'generalizando' o que era 'especial'".[34]

Assim, sem se preocupar se a tal modalidade específica de prisão cautelar era "regalia" ou "prerrogativa"[35] de alguns, foram ampliadas suas hipóteses de cabimento; o que acabou gerando, como parece, uma *permissividade*.

Com a Lei 799, de 01.09.1949, estendia-se a "regalia" da prisão especial aos oficiais da Marinha Mercante Nacional que já tivessem exercido funções de comando; a Lei 2.860, de 31.08.1956, previu prisão especial para dirigentes de entidades sindicais e empregados no exercício da representação profissional ou em cargo de administração sindical; a Lei 3.313, de 14.11.1957, previu prisão especial para servidores do departamento federal de segurança pública com exercício de atividade estritamente policial;[36] a Lei 3.988, de 24.11.1964, previu prisão especial para pilotos de aeronaves mercantes nacionais;[37] a Lei 4.878, de 03.12.1965, estendeu a prisão especial aos policiais civis da União e do Distrito Federal;[38] a Lei 5.250, de 09.02.1967, previu prisão especial para jornalistas;[39] a Lei 5.256, de 06.04.1967, tratou do sucedâneo de prisão domiciliar para casos em que "não houver estabelecimento adequado

34. Reflexões sobre a prisão especial. *Enfoque jurídico*. 15. ed. Publicação do TRF-1.ª Reg., ago. 2001, p. 3.

35. Em interessante artigo, Damásio de Jesus inicia o tratamento da prisão especial a partir da distinção de "prerrogativas" e "regalias" para, ao elogiar a Lei 10.258/2001, apontar que "O legislador teve a intenção de delimitar a medida de maneira clara e objetiva, sepultando o sistema de distribuição de regalias pela proporção do poder de influência" (A nova prisão especial. *Enfoque jurídico*. 15. ed. Publicação do TRF-1.ª Reg., ago. 2001, p.6-7).

36. De acordo com o art. 1.°, I, da Lei 3.313/1957, a prisão especial poderia ser cumprida "no quartel da corporação ou repartição em que servirem".

37. O próprio texto da lei, em seu art. 1.° toma o instituto por "regalia".

38. E dispôs que a prisão especial consiste no recolhimento do funcionário "a sala especial da repartição em que sirva, sob a responsabilidade do seu dirigente, sendo-lhe defeso exercer qualquer atividade funcional, ou sair da repartição sem expressa autorização do Juízo a cuja disposição se encontre".

39. "Art. 66. O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes da sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades. Parágrafo único. A pena de prisão de jornalistas será cumprida em estabelecimento

ao recolhimento dos que tenham direito à prisão especial"; a Lei 5.350, de 06.11.1967, estendeu aos policiais civis estaduais o regime de prisão especial constante da Lei 4.878/1965; a Lei 7.172, de 14.12.1983, tratou, ainda, da "regalia concedida pelo art. 295 do CPP" aos professores de ensino de 1.º e 2.º graus.

Dignas de nota são as modalidades de prisão previstas na Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/1979),[40] na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/1993),[41] na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993),[42] no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994),[43] na Lei Orgânica da Defensoria da União (LC 80/1994).[44]

Já não se está no campo da prisão especial tal e qual previu o Código de Processo Penal; mas sim, de prisões especiais de segundo grau ou, caso se queira, de prisões especialíssimas.

distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário."

40. "Art. 33. São prerrogativas do magistrado: (...) III – ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final".

41. "Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: (...) II – processuais: (...) e) ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena".

42. "Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...) V – ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final".

43. "Art. 7.º São direitos do advogado: (...) V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, *assim reconhecidas pela OAB*, e, na sua falta, em prisão domiciliar" (o texto destacado foi declarado inconstitucional pelo STF, em julgamento da ADIn 1127-8).

44. "Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: (...) III – ser recolhido a prisão especial ou a sala especial do Estado-Maior, com direito a privacidade e, após sentença condenatória transitada em julgado, ser recolhido em dependência separada, no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena".

4. O QUADRO NORMATIVO MOTIVADOR DA LEI 10.258, DE 11.07.2001

Havia, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, a "prisão especial" tal qual prevista no art. 295 do CPP, e as várias modalidades de "prisões especiais" outras, distintas e idealizadas ao sabor dos corporativismos. Em outros termos: havia prisões "mais que" especiais, a depender das categorias dos cidadãos que a ela poderiam fazer jus.

Foi com essa grave disparidade, evidenciadora da falta de controle da excepcional distinção que se tinha instituído desde as ordenações filipinas, que se deparou a Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, ao idealizar o projeto da nova lei de prisão especial, que veio a se tornar a Lei 10.258, de 11.07.2001.

Aludida comissão tinha, originariamente, a incumbência de elaborar projetos de lei de reformas pontuais ao Código de Processo Penal. Inicialmente composta a comissão sob o Ministério da Justiça de José Carlos Dias, as principais propostas apresentadas eram de: 1. Investigação criminal; 2. Suspensão do processo, *mutatio libelli*, *emendatio libelli* e procedimentos; 3. Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 4. Prova; 5. Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6. Tribunal do júri; 7. Recursos e ações de impugnação.

Depois de terminados os trabalhos e diante de notícias de perseguições penais e prisões que diziam respeito a pessoas de representatividade nacional (destacadamente juiz de tribunal e senador da República), houve por bem o Ministério da Justiça, já titularizado por José Gregori, em convidar os integrantes daquela comissão para a elaboração de novo texto de lei, dessa vez específico e atinente à prisão especial, o qual poderia fazer parte do anteprojeto maior, que já englobava o tema "prisão e medidas cautelares".

Como diz o Prof. Petrônio Calmon, que juntamente ao Prof. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, elaborou o anteprojeto da nova lei de prisão especial, o ideal era que se eliminasse "qualquer vestígio de descumprimento ao princípio constitucional da igualdade, determinando, taxativamente, que a prisão especial, prevista no código ou em outras leis, consista exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum".[45]

45. Petrônio Calmon Filho. O fim dos privilégios da prisão especial. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

Ainda de acordo com as palavras daquele integrante da Comissão, "eliminar a figura da prisão especial é a meta visada, como proceder é a questão. Algumas leis que estabelecem a prisão especial são de iniciativa exclusiva, como a Lei Orgânica da Magistratura, Lei Orgânica do Ministério Público da União etc. Nelas o governo não pode mexer".[46]

A *mens legis* era, como se disse, extinguir-se privilégio e obedecer-se, enfim, ao princípio da igualdade. Por isso, como frisado por um dos integrantes daquela Comissão, "a prisão especial, enquanto sobreviver, significará tão-somente o recolhimento em separado. Em uma cela fica o preso comum e em outra fica o preso dito especial, mas as duas celas serão iguais, sem nenhuma distinção, privilégios ou regalias".[47]

Taxativamente o novo art. 295 do CPP previu que: "A prisão especial, *prevista neste Código ou em outras leis*, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum" (§ 1.º – destaque nosso).

A idéia de uniformizar a exceção à regra de tratamento dado aos presos cautelares, contudo, ainda não vingou pois há quem sustente, com eco nos Tribunais como adiante se verá, que "a expressão *prisão especial* não se traduz em gênero, do qual o *recolhimento a quartéis* (em sala de estado-maior ou sala decente) seria simples espécie".[48]

O entendimento chega a distinguir a filigrana da terminologia usada pelo legislador de 2001, pois se sustenta que por não se ter alterado a previsão do *caput* do art. 295 do CPP, seriam ontologicamente separadas a "prisão especial" da hipótese de "recolhimento em quartel"[49] – e daí, no argumento, se elastece a consideração que privilegia a perpetuidade

46. Petrônio Calmon Filho. *O decreto revogado...* cit., p. 1.

47. Idem, ibidem. Com efeito, conforme a exposição de motivos do anteprojeto de lei que ao final se transformou na Lei 10.258/2001, "a proposta ora formulada consiste em retirar do preso especial privilégios injustificados, restringindo-se o conceito às condições que resguardam a segurança, saúde e dignidade humana. A diferença com o tratamento do preso comum consistirá exclusivamente em manter o especial em cela distinta e no transporte separado, até porque os demais direitos do preso já estão assegurados na Lei de Execução Penal" (Petrônio Calmon Filho. Op. cit.)

48. Roberto Delmanto Jr. Op. cit., p. 8.

49. Idem, ibidem. "A locução 'ou', aqui, indica alternância e não, sinonímia, caso contrário não haveria a necessidade do emprego da locução 'a' antes da expressão 'prisão especial'".

das distinções, pois se diz "*a quartéis* (em sala de estado-maior ou sala decente)".

Assume-se neste texto posição que parece mais próxima à *mens legis*, que foi a de uniformizar a prisão especial, prevista em qualquer lei, codificada ou não, que sobre ela disponha.

É que, observada uma excepcionalidade inicial da prisão prévia à condenação transitada em julgado no ordenamento jurídico brasileiro, onde a liberdade é a regra, abre-se no seio do cumprimento da medida cautelar, outra *excepcionalidade* que é a própria prisão especial. Dessa segunda *excepcionalidade*, tenta-se abrir uma *terceira excepcionalidade*, que parece afrontar à razão da lei. Ora: por muito que se cuide de privilegiar a lógica da liberdade, de exceção é que não se cuida mais, e o problema não está no tratamento da matéria como cautelar ou não; mas sim, na ofensa ao princípio da igualdade processual. Raciocinar-se assim, parece, não tisna o ideal de liberdade de todos os cidadãos, mas, quem sabe, atende ao escopo de colocar a prisão especial em melhor acomodação perante a ordem constitucional. Não é possível, de fato, inverter a presunção posta pelo constituinte originário com ineditismo em 1988 (art. 5.°, LVII, CF/1988); mas por outro lado não se pode mais fechar os olhos à drástica desigualdade substancial, no processo, entre os assim chamados *especiais* e os outros, os *comuns*.

Além disso, importa saber se essas fissuras no sistema das medidas cautelares processuais penais, sob a égide do princípio constitucional da presunção de estado de inocência, guardam com o processo ao qual estão ligadas, alguma *adequação*.

No sentido deste texto, Damásio de Jesus explica: "Cumpre notar que a Lei 10.258/2001 não alterou o *caput* do mencionado art. 295, possibilitando o recolhimento do preso especial em quartéis. Assim, o preso especial poderá ser recolhido em cela localizada nos quartéis, desde que esta não contenha regalias não encontradas em prisões comuns".[50]

E, com isso, conquanto a nova lei tenha tentado, de forma aberta e indiscutível tratar da prisão especial "prevista no Código ou em outras

50. Damásio Evangelista de Jesus. Op. cit., p. 7. Ao que parece, o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira caminha no mesmo sentido do professor paulista. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 409.

leis" (art. 295, § 1.°, CPP), prevalecem, ainda hoje no Brasil, a *prisão especial* e as demais *prisões especiais*.

Exemplificando: a prevalecer o entendimento que distingue, ainda hoje, entre prisão especial e prisões especialíssimas, um bacharel em Direito faz jus à prisão especial, *ex vi* do art. 295, VII, do CPP; mas o mesmo bacharel que for inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil faz jus à *outra* prisão especial: a ele, em vista da situação subjetiva alheia ao processo, reserva-se a prisão em "sala de Estado-Maior" (art. 7.°, V, da Lei 8.906/1994).

A partir do mesmo exemplo se atinge absurdo ainda maior: o bacharel que for *investigador de polícia* estará em situação mais periclitante se preso cautelarmente – ele *investiga* por dever de ofício possível prática de crimes e, ainda que indiretamente, pode ser apontado como agente público responsável pela prisão cautelar de algum imputado –, que o advogado *tributarista*, que não tenha atuado jamais na justiça criminal.

Exsurge, pois, com redobrada importância, o agudo e crônico problema da observância ao *princípio da igualdade*.

E isso provoca a análise da prisão especial sob os critérios de cautelaridade processual penal, quiçá para, ao final, poder-se situar a medida em outro plano e se atingir alguma conclusão crítica e propositiva. Como se verá a seguir, no plano estritamente processual, a prisão especial é de difícil acomodação.

5. A CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL: ONDE ESTÁ A PRISÃO ESPECIAL?

Não se conhece outro país que tenha hoje instituto parecido com a prisão especial.[51]

51. Luiz Flávio Gomes. Prisão especial sem regalias. *Enfoque jurídico*. 15. ed.. Publicação do TRF-1.ª Reg., ago. 2001, p. 3. Só para exemplificar: ao longo de todo o Livro IV do *Codice di procedura penale* não se vê figura análoga à prisão especial; ao longo do Capítulo II, Título I do Livro VI do Código de Processo Penal português, também não se encontra algo parecido nem tampouco no Capítulo III, do Título VI do Livro II da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha; não há previsão análoga à prisão especial, também no Livro III do *Código Procesal Penal del Paraguay*; nem no Título V do Código Procesal Penal do Chile. Na Itália, como lembra Paolo Tonini, a regra que veda, excepcionalmente, o cumprimento de prisão cautelar é atinente aos seguintes casos: "donna incinta; madre di prole di età inferiore a ter anni

Ela é invenção bem brasileira. Aqui nasceu e aqui ficou. Entre nós Rogério Lauria Tucci a toma por "uma espécie de prisão provisória, de natureza cautelar, concedida a determinadas pessoas, em razão da função por elas exercida ou de uma condição especial que ostentam".[52] Mesmo que se tente conceituá-la para adequá-la à regra tradicional da cautelaridade pessoal no processo penal, a dificuldade da tarefa incomoda aos juristas que, ao que parece, não conseguem enquadrá-la sistematicamente dentro das modalidades de tutela cautelar processual penal pessoal.

De fato, de todos os autores pesquisados, e aqui já referidos, se pôde notar que, conquanto se tenham debruçado sobre a prisão especial, não tiveram êxito em tratar dela com ares de ciência como específica forma de prisão cautelar. Para exemplificar, além do que aqui já foi referido, Romeu Pires de Campos Barros não passou da seguinte consideração:

"O lugar de recolhimento do preso provisório, ou seja, aquele que sofre uma cautela de natureza pessoal, por força da qual deve ser segregado, atende à natureza da forma de prisão que poderá ser: comum e especial. A prisão comum provisória é a carcerária, quando a pessoa não goza de qualquer privilégio, a qual se efetiva num presídio onde não existem sentenciados em cumprimento de pena, quando isso se torna impossível, devido a existência de um só estabelecimento prisional ela deverá ser recolhida em seção distinta, evitando-se a promiscuidade com indivíduos já condenados."[53]

com lei convivente, padre in analoghe condizioni, se la madre è assolutamente impossibilitata a dare assistenza allá prole, persona che há superato l'età di settanta anni", dependente químico de drogas durante período de tratamento terapêutico e doentes terminais que não respondam mais aos tratamentos terapêuticos (*Manuale di procedura penale*. 9. ed. Milão: Giuffrè, 2008, p. 377-378). No último sentido, andou bem o legislador reformador brasileiro, uma vez que no PL 4.208/2001 previu como medida menos gravosa que a tradicional prisão cautelar, a prisão domiciliar nos casos de "pessoa maior de setenta anos; pessoa sujeita a severas conseqüências de doença grave; pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco" (art. 318 do CPP, em vias de aprovação no Congresso Nacional).

52. Indispensabilidade de nova regulamentação da prisão especial. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel* 19/8, São Paulo, jan.-mar. 2002.

53. *Processo penal. Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 112.

E não é mesmo fácil enquadrar a prisão especial no plano técnico-jurídico da cautelaridade no processo penal porque as razões de sua existência, ao que parece, não cabem no plano sistemático das características das medidas cautelares, mesmo que se perceba alguma oscilação doutrinária,[54] desde Calamandrei e Chiovenda, quanto às suas características.

Mesmo que se assuma, por parecer uma lição útil, que são características das medidas cautelares em processo penal, como quer Marcellus Polastri Lima, "a acessorialidade,[55] a preventividade, a instrumentalidade hipotética, a provisoriedade, a revogabilidade, a não definitividade, a referibilidade, a jurisdicionalidade, a adequação e a proporcionalidade",[56] em nenhum desses *Tatbestände* processuais se pode tomar a prisão especial como específica providência cautelar no processo penal.

À prisão especial falta a nota da *assessoriedade*, pois essa característica é consentânea a qualquer medida cautelar pessoal e tem natureza objetiva – pois se liga ao processo, enquanto na prisão que agora chamamos de *sui generis*, prende-se ao preenchimento *subjetivo* de qualidades do imputado que venha a sofrer a restrição na liberdade.

A ela falta também a nota da *preventividade*, pois os motivos da prisão, se decretada no curso do processo, não são dela, *prisão especial*,

54. *Dizem* com razão Rogério Lauria Tucci, Roberto Delmanto e outros que "as medidas cautelares não gozam de homogeneidade, o que dificulta sua sistematização" (Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado* 78/113, São Paulo: AASP, set. 2004).

55. Neste texto se usará a expressão "assessoriedade", e não "acessorialialidade", pois, no vernáculo, enquanto a primeira se liga à assistência, ao auxílio, a segunda se liga àquilo que, *sendo acessório*, não é fundamental; é secundário. Como a medida cautelar *se prende* ao processo principal; e especificamente a cautelar pessoal pode ter ares de limitação da liberdade, nesse particular, ela atinge ares de fundamentalidade no exercício dos direitos do cidadão.

56. Op. cit., p. 108-109. Há certa variação na colocação dos requisitos de medidas cautelares, como se percebe, dentre tantos outros em Gustavo Badaró (A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade... cit., p. 160-164) e João Roberto Garcez Ramos (*A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 79-95). E também, na doutrina do processo civil, José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301-313. Galeno Lacerda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 8, t. I, p. 11-28. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Processo cautelar*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 19-42.

mas conectados às cautelares processuais penais típicas: prisão em flagrante (arts. 301 e ss. do CPP), prisão preventiva (arts. 311 e ss. do CPP), prisão temporária (Lei 7.960/1989), prisão preventiva se decorrente de decisão de pronúncia (art. 413, § 2.°, do CPP), prisão preventiva se decorrente de sentença recorrível (art. 393, I, do CPP).

A *revogabilidade*, igualmente, não é característica sua, mas das *medidas cautelares processuais penais pessoais* há pouco referidas – e, no plano dogmático, o Código vigente nem previu hipótese de *revogação* da prisão especial até porque se trata de um *apanágio* de pessoas certas que modifica, isso, sim, a *forma* de se cumprir esta ou aquela medida cautelar, como intuído por Romeu Pires de Campos Barros (como disse o mestre, a medida cautelar processual penal pessoal pode ser cumprida *num ou noutro lugar*, conforme seja a prisão – cautelar – *comum* ou *especial*).

Óbvio: a *revogabilidade* se dirige às medidas cautelares propriamente ditas. Nesse particular, poder-se-ia dizer, justamente por conta das características do sujeito, que uma nota sua, específica, qual seja a *definitividade*,[57] exclui logicamente de seu âmbito a *provisoriedade*. Tal qual as obrigações *propter rem*, a prisão especial acompanha o sujeito e suas características automaticamente, pelo fato de ele as ter, que são intransferíveis.

Por igual, a *jurisdicionalidade* não é característica sua, pois a prisão especial nada mais é do que uma possibilidade de, privilegiadamente, cumprir-se alguma das medidas cautelares pessoais. Com isso, a exigência de ordem judicial para a validade da medida cautelar nem é endereçada a ela. Jurisdicionalidade só haverá se for necessária a intervenção judicial para *alterar-se a forma de cumprimento da medida cautelar*, de comum para especial. Não há, pois, uma motivação judicial a título de ver nela os requisitos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, pois na conversão, o magistrado já analisou os requisitos da prisão cautelar propriamente dita.

Pelas mesmas razões acima colocadas não se cola na *prisão especial* a nota de *instrumentalidade hipotética*.

57. E não há palavra em toda a doutrina sobre a hipótese de *cassação* ou *perdimento* da condição de prisão especial em virtude de, por exemplo, expulsão de advogado dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, exoneração de algum servidor da marinha mercante ou demissão de algum professor que tenha ministrado aulas regulares em 1.° grau, para exemplificar. A prisão especial não tem ares de cientificidade.

E justamente por não se colocar no plano das cautelares processuais penais, mesmo na mais genérica das classificações, não se consegue compreender a previsão legal à luz da comparação que deve ser feita com as *cautelares reais* e as *cautelares probatórias* do processo penal. Com efeito, houvesse harmonia sistemática no tratamento da matéria, as *prerrogativas* ou *regalias* previstas no art. 295 do CPP e nas leis esparsas que esgarçam a cautelaridade ora tratada poderiam também estar presentes quando do deferimento, por exemplo, de buscas e apreensões, interceptações telefônicas, arresto, seqüestro, especialização de hipoteca legal, produção antecipada de provas, justificação, restituição de coisas apreendidas, afastamento do lar (Lei 9.099/1995).[58]

As características de *referibilidade* e *adequação*, como sub-princípio da *proporcionalidade*, merecem mais algumas palavras.

5.1 Ainda a cautelaridade processual penal: referibilidade e adequação

Pela primeira se resgata uma das principais idéias do processo cautelar e de suas medidas incidentais no processo:[59] a noção de vinculação de uma providência judicial com vistas a algum fim. A medida, em outras palavras, tem como razão de ser acautelar alguma coisa com referência a um evento futuro, numa prognose que leva em conta a noção de *risco processual*.[60]

58. Notadamente porque a depender do resultado de alguma dessas medidas (por exemplo: busca e apreensão) pode exsurgir indicativos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, a justificar, posteriormente, a medida cautelar processual penal pessoal.

59. Separa-se "processo cautelar" de "medidas cautelares" no processo penal porque, como se sabe, conquanto Sérgio Marcos de Moraes Pitombo entendesse ter espaço para o *processo penal cautelar* autônomo, com nova relação jurídica e objetividade distinta (*Breves notas em torno da coação processual penal. Ciência penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, vol. 1, p. 110), o que também ensinou Romeu Pires de Campos Barros na obra referida, a opinião dos mestres não prevalece (Afrânio Silva Jardim. *Direito processual penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 352-388; Rogério Lauria Tucci et al. Op. cit., p. 113.

60. "A idéia de *referibilidade*, no sentido processual penal, está, pois, ainda mais ligada à idéia de *instrumentalidade hipotética* que no caso do processo civil. E isso não se dá por diferença ontológica, mas por mera vedação constitucional, que proíbe que alguém seja considerado culpado antes do trânsito

De acordo com Paolo Tonini, "as medidas cautelares são esses provimentos provisórios e imediatamente executivos, que tendem a evitar que o transcurso do tempo possa provocar um dos seguintes perigos: 1) o perigo para a aferição do crime; 2) o perigo para a execução da sentença; 3) o perigo que se agrava a partir das conseqüências do crime ou que venha estimulado com a comissão de ulteriores crimes".[61]

A idéia não discrepa do entendimento específico de Virginia Pujadas Tortosa, que em obra específica restringe o *fundamento* das medidas cautelares penais à "defesa do processo, enquanto único instrumento de aplicação do *jus puniendi*". Tal situação, segundo a professora espanhola, baseia-se em dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro deles é o "risco de frustração" do processo, e o segundo, a "periculosidade processual"[62] do imputado.

em julgado da sentença penal condenatória" (João Roberto Garcez Ramos. Op. cit., p. 94).

61. Op. cit., p. 356 (trad. livre). Páginas após, o próprio autor resume o que acabou de dizer: "il pericolo di nquinamento della prova; il pericolo di fuga o, infine, il pericolo che vengano commesi determinati rati" (Op. cit., p. 373). Para Franco Cordero, como hipóteses de diagnose, há "inderrogáveis e concretas exigências" de que exista "risco efetivo que o imputado elimine, oculta ou inquine provas singulares; fuga ou 'concreto perigo' que fuja e dessa feita o adjetivo assinada uma alta probabilidade; imputado perigoso, conforme conste de sua figura moral e 'circunstâncias do fato', portando a custodiar a 'tutela da coletividade'" (*Procedura penale*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 475 – trad. livre).

62. Para a autora, no que parece ter razão, tanto o *risco processual* quanto a *periculosidade do imputado* se colocam depois de haver o primeiro de todos os pressupostos da decretação de qualquer medida cautelar: a *imputação*, como "pressuposto genérico das medidas cautelares penais" (*Teoria general de medidas cautelares penales. Peligrosidad Del imputado y protección Del proceso*. P´rlogo de Teresa Armenta Deu. Barcelona: Marcial Pons, 2008, p 133, trad. livre). À imputação poderia se assemelhar, fosse para se seguir o costume de o processo penal buscar nas raízes do processo civil as medidas cautelares, o *fumus boni iuris*. A nós, contudo, parece inadequada tal similitude até em vista da correção da premissa: se é de *imputação* que se trata, melhor se tratar de *fumus comissi delicti*; e se é de possível prática de um crime que se cogita, de *fumaça do bom direito* não se pode tratar. Assim, no Brasil, Aury Lopes Jr. *Direito processual penal*... cit., p. 351 e, do mesmo autor. *Introdução crítica ao processo penal*... cit., p.198 e ss. Gustavo Enrique Righi Ivahy Badaró. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t. II, p. 142. Fábio Machado de Almeida Delmanto. Op. cit., p. 99-102. No

A partir disso, resumem-se os fins da tutela cautelar em "evitar a fuga do sujeito passivo do processo; evitar a ocultação, destruição ou manipulação de fontes e meios de prova; evitar a insolvência provocada pelo imputado".[63]

Ora, a *referibilidade*, que se conecta à noção de *instrumentalidade hipotética* (enquanto a primeira se *refere* ao prognóstico de decisão judicial como razão fundante do cabimento e da adequação da medida,[64] a última reflete propriamente a noção de uma garantia à efetividade processual na medida em que a medida é instrumento do processo, i.é., a *referibilidade* se liga à imputação e a *instrumentalidade*, à efetividade do processo), é estranha à prisão especial. Bem ao contrário e além do que já se viu até aqui, a única situação a que a prisão especial se *refere* é ao preenchimento de *requisitos subjetivos* para fazer jus à distinção no cumprimento, aí sim, de medida cautelar processual penal pessoal.

Mais chamativo que isso: falar-se em referibilidade quando se permite, por exemplo, cumprimento de pena processual *em sala de Estado-Maior* ou, na ausência de instalações condignas, *em prisão domiciliar*, ao que parece, afasta-se da referibilidade à imputação e da instrumentalidade ao processo. Basta imaginar para se atingir essa conclusão que um dos *riscos processuais*, como dito acima, é evitar não só a *insolvência* do imputado no processo, como sua própria fuga e a possibilidade de ele, diretamente, influenciar prejudicialmente na colheita de provas. Conquanto se possa, com alguma dose de razão, argüir que tais riscos não estariam sanados com a prisão processual sem privilégios, parece certo admitir, contudo, que, em situação especial, os riscos de frustração processual são maiores.

sentido do texto, em outra perspectiva, Paolo Tonini: "quando si tratta di limitare la liberta personale dell'imputato non ci si puó accontentare del *fumus boni iuris*; ocorre ben altro. Appunto una 'gravità' degli elementi a carico, sia pure allo stato degli atti. Ocorre che l'accusa provi come molto probabile la reità dell'indagato" (Op. cit., p. 370).

63. Virginia Pujudas Tortosa. Op. cit., p. 28-29.

64. "Por referibilidade deve-se entender a característica da tutela cautelar consistente em vinculá-la e conectá-la a uma determinada situação concreta de direito material, em relação à qual o provimento cautelar terá finalidade de assegurar" (Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: Celso Sanchez Vilardi; Flávia Rahal Bresser Pereira; Theodomiro Dias Neto (coords.). *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170, série GVLaw).

E, para se tratar de novo do foco central da questão, basta pensar em processo condenatório com mais de um imputado: preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos das medidas cautelares processuais penais pessoais, se um dos co-imputados fizer jus à prisão especial, certamente a cautelaridade – que tem razão de ser objetiva (*risco processual*) na medida em que se a situação subjetiva dos envolvidos for distinta não lhes deverá alcançar a prisão processual por falta de preenchimento de requisito de *periculum libertatis* – estará distribuída de modo desigual, periclitando assim, até a futura aplicação isonômica da lei penal na futura sentença, haja vista as inegáveis distinções dos regimes de prisão processual que incidirão.

Pior: no caso de concurso de agentes acima imaginado, provocado a decidir eventual pleito de aplicação do princípio da igualdade objetiva no processo, o magistrado terá diante de si a difícil decisão de estender ou não os efeitos da *prisão especial* aos demais que, por circunstâncias *subjetivas* e alheias à cautelaridade processual penal deverão permanecer onde estão. A própria leitura, pois, do art. 580 do CPP, induz a ver a prisão especial *na contra-mão* da aplicação igualitária das regras processuais, mormente no tormentoso plano das medidas de prisão.

A prisão especial, pois, pode, por critérios exclusivamente subjetivos e alheios à técnica processual, desfigurar a característica da referibilidade das medidas cautelares penais.

Quanto à adequação da medida, por outro lado, costuma-se entendê-la, por ser um sub-princípio da proporcionalidade, especificamente como uma inata técnica de limitação do poder estatal, em prol da proteção dos direitos individuais.[65] E não ousará aqui se propor que seja entendida de forma diferente. Não seria admissível um mal-entendido em tema tão delicado, a saber: confundir a tentativa de separar as hipóteses de justificável *distinção* no processo penal cautelar com um apressado – e até mal intencionado – entendimento de que se postularia a igualização para pior entre todos os imputados que, porventura, venham a fazer jus à medida que, repita-se, no Estado que privilegia a liberdade de seus cidadãos, é excepcional.

Apenas, no limite das características específicas das medidas cautelares penais, tenta-se desnudar um viés da *inadequação* da prisão espe-

65. Virginia Pujadas Tortosa. Op. cit., p. 139.

cial aos escopos propalados e aqui meramente resenhados das medidas cautelares.

Com efeito, não se discorda que ao se falar – agora mais apropriadamente, haja vista o quão confuso é, ainda, o entendimento do "princípio" – em *critério* de proporcionalidade[66] nas medidas cautelares, está-se a propugnar por medida "menos prejudicial", a que "suponha um menor sacrifício dos direitos do imputado".[67]

Há razão na afirmação segundo a qual "se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar".[68] Mas é igualmente certa a afirmativa de Tonini, segundo a qual deve haver uma "piena corispondeza funzionale tra la misura da adottare ed il pericolo che si vuole evitare".[69]

Fora de questão que no plano das medidas cautelares processuais penais "o assessório segue o principal, mas não pode superá-lo ou ultrapassá-lo".[70] Com efeito. Mas o "assessório" *segue* o principal; deve com ele ter ligação intrínseca e dependente, deve guardar, para validade da medida, razão teleológica. Isso não se dá com a prisão que, repita-se, prefere-se chamar de *sui generis*, pois, como visto acima, não *segue o principal*, pois é antes uma forma mitigada, motivada por critérios alheios às cautelaridades e à instrumentalidade ao processo principal e à referibilidade à futura sanção hipotética, de cumprimento da medida cautelar processual penal pessoal.

Daí se vê, mais uma vez, que a prisão especial não cabe na teoria da cautelaridade penal. O estabelecimento do privilégio, ou, se se preferir como por vezes disse o legislador, da *regalia*, além de não guardar *referi-*

66. A concretização do abstrato e poroso princípio permite que se o tome, ao implementar a decisão judicial, como critério para se atingir esse ou aquele provimento jurisdicional. Trata-se de adequar o domínio da norma (principiológica no sentido aqui assumido) ao seu âmbito de aplicação.

67. Teresa Armenta Deu. *Lecciones de derecho procesal penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 174.

68. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. A prisão preventiva... cit., p. 172.

69. Op. cit., p. 375.

70. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Medidas cautelares... cit., p. 171.

bilidade com o objeto tutelado (a defesa do processo em sentido lato), não se mostra a ele adequado. Essa prisão, em outras palavras, não "expressa uma relação de racionalidade entre o tratamento dispensado ao sujeito passivo (a medida cautelar) e o fim que justifica dito tratamento",[71] pois o fim que justifica o tratamento não é processual.

Aliás, além de não ser adequada e idônea como mecanismo cautelar de salvaguarda do processo e, eventualmente, de garantia do cumprimento de eventual sanção penal, não foi pensada para isso, pois, colocada no pórtico das disposições legais sobre prisão processual no vigente Código de Processo Penal, está evidenciado que, ao servir de *coringa* ou, com o perdão da palavra, *enxerto* para toda e qualquer modalidade de prisão processual para amenizar seu cumprimento, nem foi esse o escopo do legislador de 1941.

Não há, pois, como se sustentar que a prisão especial, como se viu acima em autorizadíssima lição, cumpre papel de tutela cautelar do processo.[72]

Há, de mais a mais, outro detalhe impeditivo, na técnica processual, à consideração da prisão especial como modalidade de tutela cautelar no processo penal: além de ela, em si mesma, não ter "conexão com o processo dirigido contra pessoa determinada",[73] não se pode dizer ter a nota de *homogeneidade* que, para certa doutrina, timbra a prisão processual.

71. Virginia Pujadas Tortosa. Op. cit., p. 142 – trad. livre. Ainda dessa autora: "la idoneidad de una medida cautelar se afirma cuando la restricción de derechos que es contenido de dicha medida crea un estado de las cosas tal que impide afirmar (o por lo menos reduce) la existencia de un 'riesgo de frustración procesal' o la peligrosidad del imputado para materializar ese riesgo" (Op. cit., p. 143).

72. É curioso que o grande José Frederico Marques não tenha, em absoluto, se situado sobre sua característica, quando em sua monumental obra de direito processual penal tratou do *processo penal cautelar. Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. vol. 4, p. 42-44. Pareceu um *silêncio eloqüente*. Com razão disse Luiz Guilherme Moreira Porto: "o que define se uma medida tem caráter cautelar são as razões pelas quais são impostas, e não a sua natureza" (Projeto de Lei 4.208/2001. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: Eduardo Reale Ferrari (org.). *Código de Processo Penal. Comentários aos projetos de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003, p. 71.

73. José María Rifá Soler, Manuel Richard González, Iñaki Riaño Brun. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública,

De fato, enquanto a homogeneidade "significa que as medidas a adotar não são idênticas às futuras executivas e, portanto, não devem considerar-se como uma antecipação da futura condenação",[74] considerar-se a prisão especial no patamar das cautelares, nesse particular, também não tem sentido, pois à luz da Lei de Execuções Penais elas não guardam qualquer relação – *nem de instrumentalidade, nem de assessoriedade, nem de referibilidade* – com a futura sanção penal. É que a Lei de Execução Penal, em seu art. 84, § 2.°, prevê que:

"O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada."

Essa previsão legal leva a outras considerações acerca do estado de coisas em que se encontra o processo penal brasileiro, que será adiante tratado, não sem lembrar que, no processo penal brasileiro, não se admitem medidas cautelares pessoais atípicas.

6. A igualdade e a diferenciação razoável: a previsão da Lei de Execução Penal

Mauricio Zanoide de Moraes, ao comentar o art. 295 do vigente CPP, com absoluta propriedade, pontua:

"A prisão especial tem sido justificada pela doutrina sob dois argumentos: a) a necessidade de segregação de determinadas pessoas do convívio com os presos comuns, porque elas, por suas profissões e atividades, têm sua integridade física ameaçada (por exemplo, policiais civis e militares de todas as espécies, magistrados, defensores públicos, advogados, promotores públicos, enfim, todas aquelas pessoas ligadas aos

2006, p 225.

74. Idem. Não é o caso, aqui, de estabelecer possíveis comparações entre tutela *antecipatória* e tutela *cautelar*, tema do qual tem a doutrina processual civil se ocupado há mais tempo. No campo processual penal, conquanto se possa perceber certa confusão entre as duas modalidades de tutela de segurança por Frederico Marques ("com a tutela cautelar, antecipa-se, no todo ou em parte, a situação jurídica que advirá do resultado final do processo". Op. cit., p. 12), ao menos no campo do *dever-ser* é proscrita a *antecipação de tutela* principalmente quando o que está em jogo é a liberdade de quem se presume inocente. Mesmo que se pretendesse, de toda forma e a *fórceps* impôr antecipação de tutela em matéria de prisão, à evidência também aqui a prisão especial não teria qualquer função, e nem é necessário se explicar porquê.

vários órgãos da Justiça Criminal, notadamente às atividades de persecução penal); e b) o reconhecimento do Estado aos importantes serviços públicos e sociais de determinadas categorias de pessoas (por exemplo, integrantes do Livro de Mérito, participantes do Corpo de Jurados, Juiz de Paz etc.). A primeira razão apontada (alínea *a*) é a única que se justifica, tanto que aquela preocupação é mantida inclusive após o trânsito em julgado da condenação pela Lei de Execução Penal (art. 84, § 2.º). O segundo argumento (alínea *b* supra) muitas vezes revela indisfarçável atuação classista. Tanto isso é mais verdade que, caso houvesse razão concreta para tal diferenciação, ela não desapareceria após o trânsito em julgado da condenação. Se determinadas categorias profissionais devem ser segregadas dos demais presos, isso não pode se justificar apenas antes da condenação definitiva, mas deveria existir ainda após a formação da coisa julgada."[75]

A Lei de Execução Penal brasileira, desconsiderada pela doutrina brasileira em geral e, salvo honrosas exceções, pelos operadores do Direito em particular nesse ponto, não fechou os olhos às diferenciações que deve haver entre os envolvidos na persecução penal e as reconheceu da seguinte forma: "o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da administração da Justiça criminal ficará em dependência separada" (art. 84, § 2.º).

É, de fato, curioso se estabelecer *discrímen* tão sensível em vista de circunstâncias subjetivas alheias à motivação cautelar entre aqueles que possam ter a liberdade temporariamente tolhida e, depois de transitada em julgado eventual decisão condenatória, assumir parâmetros distintos, notadamente porque os últimos, tratados na Lei de Execução Penal, têm razão de ser, especificamente, na segurança dos condenados que tenham circunstâncias especiais.

Ao trazer para o plano cautelar as advertências legais e do professor acima indicado, a esta altura já se pode perguntar se as razões subjetivas e meritocráticas, alheias aos riscos que possam advir aos próprios jurisdicionados que venham a sofrer medidas cautelares de privação de liberdade antes de sentença criminal transitada em julgado têm alguma razão de ser. A resposta é negativa.

75. Mauricio Zanoide de Moraes. Prisão especial. In: Alberto Silva Franco e Rui Stoco. (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 871-872.

Além de não poder ser considerada como uma espécie dentro do gênero de prisão processual (a prisão especial não traz em si as características sedimentadas de cautelaridade no processo penal), sua existência, nos termos previstos na legislação vigente, não atende à proporcionalidade de qualquer medida restritiva de liberdade, notadamente porque não é – ao contrário da previsão da Lei de Execução Penal – adequada aos pretendidos fins aos quais a *medida cautelar*, e não ela, a prisão especial, destina-se.

É perceptível a diferença: a discriminação prevista na Lei de Execução Penal é *adequada* ao fim de regular cumprimento de pena privativa de liberdade porque propicia segurança aos condenados.

Não há mais distinção do que a necessária: a medida se presta a garantir que, efetivamente, os demais direitos que não são tolhidos em virtude do cumprimento de pena privativa de liberdade possam ser mantidos; destacadamente: o direito à vida e à integridade pessoal (art. 3.º da LEP). Isso não se confunde com privilégio; e nada tem a ver com meritocracia. Liga-se à lógica e imperativa necessidade de se evitar, para o cumprimento de um *mal menor* – a própria suspensão temporária da liberdade do cidadão condenado –, a ocorrência de um *mal maior* – revanchismo dos outros condenados em face daquele que, tendo desenvolvido funções na Justiça Criminal, possa pericilitar o normal cumprimento da sua execução penal ou da de outros. Há, como disse Celso Antônio Bandeira de Mello, *razão razoável para o discrímen*.[76]

Aceita-se também a *diferenciação* da execução penal porque, nas palavras de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, "quando a diferença for imprescindível, até mesmo para garantir ou preservar igualdade em diferentes termos, será calculada sempre em relação de proporcionalidade entre os sujeitos e os bens jurídicos envolvidos, até o ponto em que for possível distinguir sem atingir direitos delineadores do devido processo legal em sua versão processual, de garantia".[77]

Faz, de fato, sentido em se *separar* dos presos comuns, em execução penal, aqueles que, *especiais*, atuaram na Justiça Criminal.

Diz, a respeito, com inteira razão, Gustavo Badaró, com o cuidado de não ferir o princípio constitucional da igualdade: "determinados

76. Consultar o clássico: *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

77. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 63.

indivíduos, em função dos cargos que exercem, merecem um tratamento 'diferenciado', por serem substancialmente 'desiguais' dos demais. Basta pensar, por exemplo, nos policiais civis e militares, bem como em todos aqueles que atuam na administração da justiça criminal, entendida em sentido lato. Trata-se de pessoas 'desiguais', que merecem um tratamento 'especial', 'na medida em que se desigualam'. Não há como manter encarcerados em celas comuns os policiais, civis ou militares, os promotores de justiça ou juízes de direito, em especial os que atuam na justiça criminal. Tal medida equivaleria a instituir, do ponto de vista prático, a pena de morte para tais pessoas".[78]

Ao contrário, não faz sentido algum *separar* dos demais presos provisórios o seleto rol de escolhidos, por sucessivas alterações legislativas, muitos dos quais sem razão plausível, cumprirão a mesma medida cautelar em regime absolutamente distinto, antes de tudo porque a razão da separação não guarda relação com o objeto da medida a ser cumprida: nem todos os *eleitos* ostentam especial qualidade que justificaria a separação dos demais presos cautelares, o que efetivamente ocorre com policiais civis e militares, juízes, promotores e advogados que atuam na Justiça Criminal.[79]

Na amplitude da discriminação, pois, comprova-se na história o erro dos sucessivos legisladores. É fácil perceber, pelo inflado rol dos titulares das prerrogativas ou privilégios, como dito acima, que mais parecem permissividades, que se está indo longe demais de se consagrar o princípio da igualdade. E, neste particular, como frisa Guilherme de Souza Nucci, ao pontuar passagem na qual se situa contrário à existência da prisão especial no Brasil, "não se vai construir uma sociedade justa separando-se brasileiros por castas, ainda que em presídios".[80]

Especificamente quanto à aplicação do princípio da igualdade em âmbito penal, desde sua extração constitucional, disse José Afonso da Silva que "sabe-se por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da Justiça Penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condi-

78. Reflexões... cit., p. 4.

79. Assume-se aqui, portanto, que a Lei de Execução Penal, no artigo há pouco citado, poderia ter dito mais do que disse.

80. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 560.

cionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar de o princípio da isonomia, assegurado a todos pela Constituição (art. 5.º)".[81]

Além disso, o patrocínio à desigualdade e não à *diferenciação razoável* tem perna curta. Isso porque, como a prisão especial não tem natureza cautelar processual penal e, portanto, não visa proteger o escopo do processo ao qual está ligada, fosse para se ver alguma razoabilidade na medida de se separar tais e quais pessoas por razões que legitimassem o discrímen, ela perduraria ao longo não só do processo de instrução, mas também durante a execução penal; e não é isso o que ocorre.

A bem da verdade e de toda forma, mesmo que *referibilidade* e *instrumentalidade hipotética* houvesse, a medida – se cautelar – não poderia se desfigurar com o trânsito em julgado de decisão condenatória. E é essa uma razão pela qual se estabelece nítido paralelismo, no direito brasileiro e comparado, entre as medidas cautelares e a reprimenda imaginada abstratamente pelo legislador, como se vê não só pelas disposições brasileiras de direito projetado, constantes no PL 4.208/2001 (art. 313, I, da Legislação projetada), como sobretudo nos dispositivos do art. 274, *b*, do *Codice di Procedura Penale* da Itália, art. 503, 1, da Ley de Enjuiciamiento Criminal da Espanha e art. 202, 1, do Código de Processo Penal de Portugal.

Pelo visto, atualmente no processo criminal brasileiro, finda a fase declaratória-condenatória,[82] filtra-se a desigualdade para só a partir da execução da sanção criminal ver-se atendida a *adequação da diferenciação funcional*.[83] Aí, pelo visto, leva-se em conta o espírito maior que a justifique: o cumprimento integral da pena criminal com o menor risco possível ao próprio jurisdicionado. Nada mais que isso.

81. José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78.

82. Só se condena se reconhece, se se *declara* a prova da materialidade, a certeza da autoria e a presença de todos os elementos de tipicidade subjetiva e objetiva previstos no ordenamento jurídico.

83. Como dito por Pierpaolo Bottini ao comentar a reforma projetada do sistema processual penal de medidas cautelares, hoje "não há medida de proporcionalidade possível" (Medidas cautelares – Projeto de Lei 111/2008. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 454.

Diga-se, de outro lado e como aqui já se tratou, que as modalidades de prisões especiais, distintas do ideal uniformizador de 2001, igualmente não se justificam até porque estabelecem desigualdade de segundo grau entre os beneficiados do art. 295 do CPP e aqueles outros que, mais do que detentores do direito à prisão especial, fazem jus a uma *dulcíssima prisão*.

Aqui já se está além do prisma da diferenciação com alguma razão entre quem faz jus a algum tratamento distinto – atendida a adequação da medida ao fim ao qual se destina – com o que se cria classe de privilegiados específicos ou, como quer Gustavo Badaró, pessoas sobre quem recai um "encarceramento provisório diferenciado".[84]

E, além da doutrina que repete a consagração histórica da desigualdade em sentido processual-penal no Brasil, ao que parece, os tribunais se aferram, para patrocinar a longevidade da criticável distinção, ao precedente do STF, quando do julgamento da MC na ADIn 1.127/DF[85] em que se reconheceu a *constitucionalidade* do art. 7.°, V, do EOAB. É chamativo como se usa o precedente para outro fim, que não aquele que motivou o aforamento da ação objetiva, e a decisão que lhe foi correlata.

De fato, naquela ADIn, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, inquinava-se de inconstitucional, dentre tantos outros e por razões absolutamente diversas do que acabou se reproduzindo como se tivesse sido o entendimento do Supremo, o aludido dispositivo do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil porque, conforme as palavras, especificamente, dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, a previsão legal significava privilegiar a fiscalização corporativa da Ordem dos Advogados do Brasil em detrimento do controle judicial sobre as condições de validade da prisão especial, destacadamente sobre o que se poderia reconhecer como "instalações e comodidades condignas".

O Supremo, pois, e é preciso que isso seja dito, *não se debruçou sobre a constitucionalidade da prisão especial de segundo grau*, mas, apenas e tão-somente sobre a questão da fiscalização das "instalações e comodidades condignas" previstas no art. 7.°, V, do EOAB. O objeto da ação,

84. Reflexões... Op. cit., p. 4. No sentido do texto e conforme este autor, também, Guilherme de Souza Nucci, que toma as previsões legais esparsas atinentes à "prisão especial" em sala de Estado-Maior como prisão "mais especial ainda" (Op. cit., p. 561).

85. Pleno, j. 06.10.1994, rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* 29.06.2001, Ementário 2037-2.

aliás, nem era esse, o que deveria impedir que o precedente fosse utilizado no distorcido entendimento.

Mais que isso, a própria composição da Suprema Corte à época, distinta da atual, reflete a possibilidade de um novo olhar sobre a prisão especial e, particularmente no ponto, sobre essa especialíssima forma de prisão processual.[86]

É por isso que, quer ao se invocar o aludido precedente para privilegiar a interpretação *pro* prisão especial para categorias especiais e distintas do quanto previsto no art. 295 do CPP,[87] quer, a título de não privilegiar a interpretação que reconheça a prisão domiciliar na ausência de "sala de Estado-Maior", como faz a 5.ª T. do STJ,[88] não se atinge o cerne da questão. O posicionamento dos tribunais, pois, pode variar num ou noutro sentido, mas gira sobre o mesmo eixo a partir de precedente que não se aplica ao caso.

Na segunda hipótese, o flagrante erro da premissa é ainda mais grave, pois não se reconhece – o que é igualmente comprometedor – que a *prisão domiciliar* prevista na Lei 5.256/1967 não é *sinônimo* de prisão especial,[89] mas nova modalidade de cumprimento da prisão cautelar – *se*

86. Não se pode desconhecer que o *leit motiv* do aforamento da demanda foi a instituição da Lei 9.099/1995 com a conseqüente disputa entre Magistratura e Ordem dos Advogados do Brasil acerca da dispensabilidade ou não de advogados em questões cíveis de menor complexidade, notadamente porque o advogado é *indispensável à administração da Justiça* (art. 133 da CF/1988). Além disso, só para exemplificar a plausibilidade de se rever o posicionamento adotado à época, a hoje Ministra da Suprema Corte, Carmen Lúcia Antunes Rocha, ofereceu *memoriais* à Corte, em matéria que não feria a discussão aqui tratada. De mais a mais, e como acima se disse, o erudito voto do eminente Ministro Relator, Paulo Brossard, delineia e explicita que o cerne da questão não era, efetivamente, esse do qual agora se trata.

87. No STF, dentre tantas: AgRg no HC 91.089/SP, 1.ª T., rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 10.04.2008; AgRg no HC 82.850/SP, 2.ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 28.09.2007; HC 88.702/SP, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 24.11.2006; Rcl 4.535/ES, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 15.06.2007; Rcl 5.212/SP, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe* 29.05.2008. Na 6.ª T. do STJ: HC 86.246/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 09.06.2008; HC 45.393/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* 17.09.2007; HC 56.352/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 04.08.2008.

88. HC 62.867/SP, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 17.03.2008; HC 87.933/SP, rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 23.06.2008.

89. Como nem continuará a ser, caso o PL 4.208/2001 seja convertido em lei (na legislação projetada, arts. 317 e 318 do CPP com a futura redação).

cautelar ela fosse – diante da ausência de condições de salubridade e dignidade humana do local em que os ditos presos especiais possam aguardar o julgamento dos casos criminais. Em resumo: a prisão domiciliar não se dirige apenas e tão-somente àqueles presos *mais que especiais*, notadamente aqueles que, pelas categorias a que pertencem, fazem jus à distinção prevista em leis especiais que trazem situação de ainda maior distinção do que as previstas no art. 295 do CPP.[90]

7. Conclusões

Um estudo sobre a prisão especial não pode prescindir de analisá-la com os olhos voltados para a separação entre quem ostenta o rótulo de *especial* e quem, ao contrário, é *comum*. Assim, à mirada histórica se soma o necessário entendimento do processo penal brasileiro em obediência aos ditames da Constituição de 1988, sobretudo para se perceber se a continuidade da prisão especial, tal como posta, ofende ou não ao princípio constitucional da igualdade. Isso porque não se concebe matéria jurídica que não esteja constitucionalmente orientada.

Por outro lado e como se viu, já houve, no direito processual penal brasileiro, desenvolvimento teórico suficiente para poder se concluir que a prisão especial não tem aptidão para ser considerada como medida cautelar processual penal pessoal.

É, pois, tempo de se deixar de repetir lições antigas, ainda que por vezes propaladas por autores recentes, que não conseguem obscurecer a realidade de que efetivamente a separação por classes, por motivos de honorabilidade ou respeitabilidade adquiridas em virtude de situações específicas e alheias à possível distinção funcional que o processo penal deva levar em conta, não se sustenta.

E os tribunais brasileiros limitam-se a se posicionarem num ou noutro sentido, especificamente no que tange às aqui chamadas prisões

90. Não há, pois, saída senão admitir que a prisão domiciliar, não sendo modalidade específica de prisão especial – com o que se poderia admitir seu cabimento só aos presos especiais de segundo grau –, caso se mantenha a legislação em vigor como válida sob a luz da Constituição de 1988, deve se espraiar por todas as modalidades da prisão especial, nos termos do art. 295, *caput*, do CPP; por mais estranho que seja. Em verdade, pelo PL 4.208/2001, a *prisão domiciliar* se consubstancia em substitutivo à *prisão preventiva*, com o que tem abrangência muito maior, atendidas razões humanitárias que isso justifiquem.

especiais de segundo grau por uma questão de apreço maior ou menor às liberdades individuais (como se viu com os exemplos das 5.ª e 6.ª Turmas do STJ), mas sem enfrentar a problemática da constitucionalidade do instituto em sua raiz. Isso beira ao voluntarismo dos operadores do direito, em descuido com os aspectos constitucionais e processuais penais do tema. Negar isso seria, por exemplo, ter de se sustentar, também, que, na esteira do que decidiu na ADIn 1.127/DF, o Supremo também teria dito que as outras modalidades de prisão especial de segundo grau foram agasalhadas pela ordem constitucional. Ora, além de não se crer que a Suprema Corte poderia se "esquecer" de dizer isso caso enfrentasse a matéria, pelo visto isso não foi nem objeto daquela controvérsia constitucional.

Essa forma mitigada de cumprimento de medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro, em conclusão, merece ser reapreciada.[91] E o merece ainda porque há, no Brasil, setor doutrinário que já se mostra atento às peculiaridades funcionais que determinados sujeitos ostentam que justificam o cumprimento de medidas privativas de liberdade em situação distinta da regra geral de prisão *ante tempus*.

Se há quem defenda a tese de revogação do instituto *tout court* no Brasil e há quem postule a revogação apenas das prisões especiais de segundo grau, pode-se chegar a um critério justificável – e atento à prevalência da regra da liberdade enquanto pende de decisão irrecorrível hipotética condenação criminal – para a separação entre presos provisórios, baseado no art. 84, § 2.º, da LEP.

Assume-se aqui que a prisão especial, tal como hoje disciplinada, institui diferença injustificável entre os imputados e consagra idéia pré-republicana de distinção entre cidadãos mais qualificados que outros.

A República brasileira, democrática, não admite sangue azul; mas mesmo que se veja a prisão especial como forma distinta do cumprimento de medida cautelar processual penal pessoal, é justificável que funcionários da justiça criminal, policiais civis e militares, membros do Ministério Público, juízes, advogados que militam na área criminal e

91. E pelo que se vê, o legislador perderá importante possibilidade de reapreciar a matéria, pois não se nota novo tratamento da matéria no PL 4.208/2001. Quiçá por ter se constituído, o projeto que deu origem à Lei 10.258/2001, em parte autônoma e com motivações pontuais, que tramitou ao largo das fecundas e maduras discussões que redundaram nos demais projetos da Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover.

defensores públicos não possam ocupar a mesma cela que presos que não ostentem essas características.

A distinção funcional, pois, tratada na Lei de Execuções Penais, deve ser levada em conta, para fins de cautelaridade, em qualquer momento prévio ao trânsito em julgado de eventual condenação criminal.

Isso parece ser *adequado* ao cumprimento da medida cautelar que venha a ser imposta, sobretudo porque por um lado preserva a integridade dos presos provisórios como um todo; por outro não descuida da *necessidade* técnica de, justificadas as hipóteses fáticas de *risco do processo*, introjetar-se distinção razoável entre os destinatários da aplicação da lei penal.

Acredita-se, pois, que as várias disposições de leis esparsas que disciplinam, cada uma a seu modo e com peculiaridades que prendem a cada específico setor corporativo, devam ser revogadas e que a distinção no tratamento da prisão cautelar deva ser unificada em disposições do Código de Processo Penal. Afinal, já é difundida a idéia de que a noção de sistema traz segurança jurídica e segurança interpretativa aos próprios operadores do direito e jurisdicionados.

Enfim, caso se mantenha especial e distinta forma de cumprimento de prisão cautelar no direito processual penal brasileiro, o melhor argumento parece ser o que privilegia, única e exclusivamente, a distinção funcional supra descrita como motivação para a separação entre presos. De tão absurda, a leitura despreocupada com os valores constitucionais, que se apega à separação entre *especiais* e *comuns* colocada no art. 295, § 3.°, do CPP, não pode ser cogitada.

É que as condições mínimas de dignidade a todo e qualquer preso devem ser rigorosamente iguais, pois a dignidade humana não tem preço, não se mede, não se compra e nem se paga. Caso contrário *todos aqueles sujeitos ao cumprimento de medida cautelar processual penal pessoal deveriam ser agraciados com a* "prisão especial".

Nenhum cidadão pode pagar com sua dignidade o preço da carência estatal enquanto está custodiado *às custas e sob responsabilidade do Estado*. Há um dever estatal ético e legal de garantir a integridade e a dignidade do imputado, seja ele qual for, enquanto não há o acertamento do fato com a eventual cogitação de responsabilidade criminal contra a qual não caiba mais recurso. Esse postulado não admite distinções, pois o Estado não pode se preocupar, assumida a responsabilidade de ter um cidadão custodiado, só com os que são *especiais* e descurar-se dos tantos

outros, *comuns*. Todos são, neste particular, especiais; e todos são, ao mesmo tempo, igualmente comuns.

Este é o desafio: uniformizar-se até onde for possível; observar-se, apenas e tão-somente as distinções funcionais que não ofendam a igualdade entre os jurisdicionados, que são os destinatários da futura aplicação da lei penal; manter-se, durante o cumprimento de toda e qualquer medida coativa antes do trânsito em julgado de decisão judicial, as mesmas condições de dignidade entre os imputados. A exceção deve ser pura e simplesmente a de caráter funcional – para preservar os direitos dos próprios presos provisórios.

Todos são, quanto à titularidade de direitos que resguardam a dignidade inata do ser humano, rigorosamente iguais. Essa antiqüíssima lição é, talvez, dentre todas as aqui reproduzidas, a única que vale a pena ser repetida.

Bibliografia

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Almeida Júnior, João Mendes de. *O processo criminal brazileiro*. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. vol. 1.

Amodio, Ennio. *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè, 2003.

Aprile, Ercole. *Le misure cautelare nel processo penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006.

Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: Ribeiro, Bruno de Morais; Lima, Marcellus Polastri (coords.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t. II.

_____. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: Vilardi, Celso Sanchez; Pereira, Flávia Rahal Bresser; Dias Neto, Theodomiro (coords.). *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. Série GVLaw.

_____. Reflexões sobre a prisão especial. *Enfoque jurídico*, n. 15, Brasília: TRF-1.ª Reg., ago. 2001.

_____; Lopes Júnior, Aury Celso. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *RF* 304/151, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III.

_____. Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e julgamento em instância ordinária única. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. I.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares – Projeto de Lei 111/2008. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

CALMON FILHO, Petrônio. O decreto revogado sobre a prisão especial e a proposta de alteração legislativa imediata. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

_____. O fim dos privilégios da prisão especial. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942. vol. 2.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. *Processo penal. Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COGAN, Arthur. *Prisão especial*. São Paulo: Saraiva. 1996.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (orgs.) *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2000.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2006.

COSTA, Paula Bage Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar. Dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Prisão especial, sala de estado-maior e prisão domiciliar em face da Lei 10.258/2001. *RT* 793/493, São Paulo: Ed. RT, nov. 2001.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. vol. 3.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Livraria Jacinto, 1943. vol. 1.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. vol. 3.

GOMES, Luiz Flávio. Prisão especial sem regalias. *Enfoque jurídico*, n. 15. Brasília: TRF-1.ª Reg., ago. 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão especial e princípios constitucionais. *Enfoque jurídico*, n. 15, Brasília: TRF-1.ª Reg., ago. 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. A nova prisão especial. *Enfoque jurídico*, n. 15, Brasília: TRF-1.ª Reg., ago. 2001.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 8, t. I.

LARA, Silvia Hunold (org.). *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1.

_____. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. vol. 4.

MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão especial. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MOREIRA PORTO, Luiz Guilherme. Projeto de Lei 4.208/2001. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: FERRARI, Eduardo Reale (org.). *Código de Processo Penal. Comentários aos projetos de reforma legislativa.* Campinas: Millennium, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado.* 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PACHECO, Denílson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas.* 2. ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Breves notas em torno da coação processual penal. Ciência penal.* São Paulo: José Bushatsky, 1973. vol. 1.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, João Roberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Doutrina e jurisprudência.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. Preso de fino trato. *Folha de S. Paulo.* Tendências/Debates, 25.02.2007.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro. Obra de teoria e prática sobre o Código de Processo Penal brasileiro. Dec.-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941.* Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. vol. 2.

SEMER, Marcelo. A síndrome dos desiguais. *Boletim Juízes para a Democracia* 19/11, jan.-mar. São Paulo. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT* 798/23. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1/607, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____.*A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros. 2006

SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riaño. *Derecho procesal penal.* Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.

STRECK, Lenio. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: [www.leniostreck.com.br]. Acesso em: 11.11.2008.

_____; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. Prisão especial: direito ou privilégio? *Revista CEJ* 15/65, Brasília, set.-dez. 2001.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 9. ed. Milão: Giuffrè, 2008.

TORTOSA, Virginia Pujadas. *Teoria general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Prólogo de Teresa Armenta Deu. Barcelona: Marcial Pons, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Em que consiste a prisão especial? Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

_____. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. Indispensabilidade de nova regulamentação da prisão especial. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel* 19/8, São Paulo, jan.-mar. 2002.

_____. *Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____ et al. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado* 78/111. São Paulo: Aasp, set. 2004.

III Sistema Prisional

1
A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul

Luiz Antônio Bogo Chies

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Umsa (Argentina). Doutor em Sociologia pela UFRGS. Professor do Mestrado em Política Social e do curso de Direito da UCPel.

Ana Luisa Xavier Barros

Doutora em Serviço Social pela PUC-RS. Professora do curso de Serviço Social da UCPel.

Carmen Lúcia Alves da Silva Lopes

Mestre em Saúde e Comportamento pela UCPel. Professora do curso de Psicologia da UCPel.

Leni Beatriz Correia Colares

Mestre e doutoranda em Sociologia pela UFRGS. Professora da Furg.

Sinara Franke de Oliveira

Mestre em Educação pela UFPel. Professora do curso de Psicologia da UCPel.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: O texto apresenta as principais discussões e resultados de uma pesquisa acerca do encarceramento feminino em presídios originalmente masculinos. Utilizando dados coletados através de entrevistas, grupos de foco e prontuários, o artigo trata de práticas e opções políticas existentes na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul. Suas conclusões remetem à ampliação do encarceramento feminino associado a perfis de vulnerabilidade social e ao envolvimento com delitos de entorpecentes; à invisibilidade das encarceradas, motivada por práticas administrativas e judiciais que lhes ofuscam como sujeitos de direitos e por suportarem sobrecargas de privações e dores prisionais. Por fim, reconhece que às mulheres presas se exige um encaixe em dinâmicas que reproduzem os parâmetros de dominação masculina existentes na sociedade extra-muros.

Palavras-chave: Encarceramento feminino – Gênero – Sistema prisional.

Abstract: This article presents findings related to female imprisonment in prisons that were originally conceived to receive men in the 5th Penitentiary region of Rio Grande do Sul state (Brazil). Data was collected by means of interviews, group discussion and criminal antecedents. The conclusions show an increase in the number of female prisoners associated to profiles of social vulnerability and drug-related crime. Prisoners are invisible within the system. This occurs due to legal and administrative practices that do not see these prisoners as subjects of rights, inflicting deprivation and the pain of imprisonment. Finally, it could be observed that these women are subjected to routines that reproduce the parameters of society's male domination, which exist outside the prison's walls.

Keywords: Female imprisonment – Gender – Penitentiary system.

Sumário: Introdução – 1. O perfil do encarceramento feminino: um diagnóstico de vulnerabilidades – 2. Invisibilidade, exposição e "lusco-fusco" no encarceramento feminino em presídios "mistos" – 3. Mulheres encarceradas: sobrecargas de punição: 3.1 Sobrecargas de rompimento dos vínculos e das relações sócio-afetivas externas; 3.2 Sobrecargas de privações afetivas; 3.3 Sobrecargas de privações materiais; 3.4 Sobrecargas de responsabilidades materiais; 3.5 Sobrecargas na afetação da identidade e da auto-estima; 3.6 Sobrecargas de rótulos e estigmas; 3.7 Sobrecargas na violação de direitos – 4. Estratégias: o ambíguo "se virar" das encarceradas – 5. Considerações finais: ou, perplexidades... das análises do (im)possível – Referências bibliográficas.

Introdução

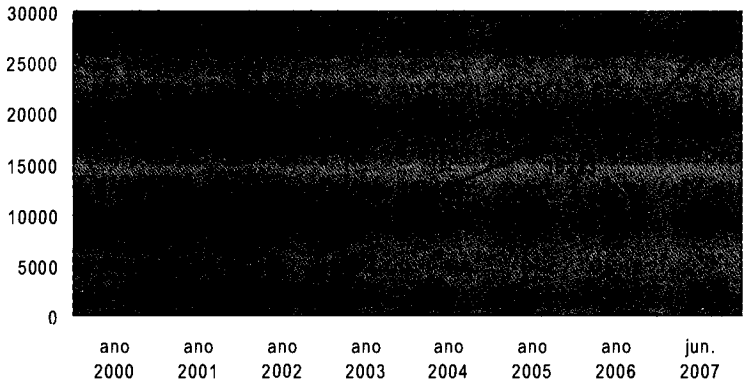
Neste texto apresentamos uma síntese dos resultados da pesquisa realizada pelo Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais-Penitenciários da Universidade Católica de Pelotas (Gitep/UCPel), no

período de 2006 a 2008, a qual adotou como objeto o encarceramento feminino na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul.[1]

A pesquisa parte do reconhecimento de que não obstante as mulheres estejam em minoria nas populações encarceradas, constata-se, atualmente (e como fenômeno que se globaliza), um incremento quantitativo nas taxas de encarceramento de mulheres.

No Brasil, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen),[2] a população carcerária feminina alcançou, em junho de 2007, o número de 25.909 selecionadas. Em dezembro de 2006 o encarceramento feminino representava 5,7% da população prisional brasileira, atingindo 16.877 mulheres; os números de junho de 2007, que elevam a taxa de encarceramento feminino para 6,2%, representaram 9.032 presas a mais, num lapso de seis meses.

Gráfico 1 – Evolução do encarceramento feminino no Brasil no período de 2000 a junho de 2007



Fonte: Depen, 2007.

1. A pesquisa foi realizada com fomento de recursos financeiros do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq – Brasil). Além dos autores, integraram a equipe, como colaborador, o Prof. Ms. Marcelo Oliveira de Moura (Direito), bem como com os seguintes voluntários e bolsistas de iniciação científica (PIC-UCPel) Alexandro Melo Correa, Ana Caroline Montezano Gonsales Jardim, Cátia Gomes Schmidt, Gabriel Prestes Espiga, Jackson da Silva Leal, Josiane Costa Espanton e Sabrina Rosa Paz.
2. Dados coletados a partir do site do Depen, disponível em: [www.mj.gov.br].

Este incremento tem confluído para sistemas prisionais desestruturados em relação ao atendimento das peculiaridades femininas, os quais tendem a ampliar as cargas/dores de punição e perversidade que lhe são inerentes, já que neste contexto os sistemas têm recorrido a uma estratégia bastante questionável, ou seja: o encarceramento em estabelecimentos prisionais que construídos originalmente para homens se tornam, nesta conjuntura, mistos.

No que se refere à realidade da 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul – a qual abrange a área geográfica do extremo sul do Estado –, esta estratégia já se consolidou em parte dos estabelecimentos prisionais.

Com sede no município de Pelotas, a 5.ª Região Penitenciária abarca seis estabelecimentos prisionais, localizados nos municípios de Camaquã, Canguçu, Jaguarão, Pelotas, Rio Grande e Santa Vitória do Palmar. Estes apresentam características distintas: o Presídio Regional de Pelotas possui uma população de cerca de 600 encarcerados; no Presídio Estadual de Rio Grande a marca atinge os 700, sendo um dos maiores do Estado; em Camaquã a população carcerária flutua no entorno de 150, sendo que a dos demais estabelecimentos não supera a marca de 100 encarcerados.

Destes seis estabelecimentos, quatro possuem a realidade do encarceramento misto, também em condições distintas. Em Pelotas e Rio Grande os estabelecimentos possuem "Alas Femininas"; em Camaquã e Santa Vitória do Palmar, em face do número reduzido de encarceradas, estas não estão em "Alas" específicas, mas sim em "celas".

Com efeito, são estas realidades, as dinâmicas peculiares que exigem, os resultados que produzem nas encarceradas e as possíveis perversidades que acarretam nas "invisibilidades carcerárias" que a pesquisa se propôs a enfrentar.

A hipótese de trabalho partiu da perspectiva de que tais práticas ampliam a invisibilidade da mulher presa, bem como maximizam as perversidades do encarceramento. A pesquisa ainda se dirigiu à cognição do perfil da mulher presa – e seletivamente alcançada pelo Sistema de Justiça Criminal – na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul.

Em sua dimensão metodológica envolveu, além dos procedimentos comuns de revisão bibliográfica sobre os tópicos de interesse do seu objeto, também a realização de entrevistas semi-estruturadas e de Grupos de Foco com mulheres encarceradas nos mencionados estabelecimentos e a coleta de dados sócio-demográficos e jurídico-penais nos prontuários da população carcerária feminina de cada estabelecimento.

O referencial teórico adotado se vincula ao âmbito de uma Sociologia do Castigo, como proposta por David Garland (1999), a qual é entendida como "o *corpus* que explora as relações entre castigo e sociedade" (p. 25 – trad. livre). A partir desta noção ampla, particulariza-se num enfoque sociológico penitenciário e assume como perspectiva de fundo o pressuposto de que, como registra Gresham Sykes (1958), existe um caráter especial nos sistemas sociais carcerários; assim, o sentido orientador da análise, interpretação e compreensão deve ver "a prisão como uma sociedade dentro da sociedade" (Sykes, p. 12 – trad. livre), ainda que ela não exista em condições de isolamento relacional com outras instâncias do sistema social extra-muros (Sykes, p. 9).

Sob o ponto de vista da especificidade de gênero, o trabalho de Olga Espinoza (2004) serve de especial referencial teórico para a inclusão da pesquisa no âmbito de uma Criminologia Feminina, como perspectiva capaz de:

a) "observar as mulheres no sistema punitivo, ou seja, para entender o sistema (e o cárcere) como construção social que pretende reproduzir as concepções tradicionais sobre a natureza e os papéis femininos e masculinos, segundo instituídos na modernidade" (Espinoza, p. 74);

b) possibilitar o estudo do sistema por meio de seus atores, como sujeitos (Espinoza, p. 75);

c) valorizar a interdisciplinaridade, a qual permite a "incorporação de disciplinas distintas na análise da problemática que envolve a 'criminalidade', gerando olhares alternativos para melhor entendê-la" (Espinoza, p. 75-76);

d) e, ainda, denunciar o caráter androcêntrico e parcial da criminologia, promovendo assim o distanciamento dos modelos de análise concebidos para o "homem branco médio" e demonstrando que estes não são aplicáveis para todos (Espinoza, p. 76).

Por fim, nesta introdução, cabe salientar que a expressão "prisão dentro da prisão" está – no imaginário e no concreto dos ambientes carcerários – imediatamente associada às celas de castigo disciplinar interno: espaços nos quais o(a) já punido(a) com o encarceramento em si – confisco da liberdade – suportará sobrecargas de privações. A expressão nos remete a algo que, não obstante se constitui como prática e estratégia de rotina, se deve considerar como excepcional e episódico na trajetória e no cotidiano do(a) recluso(a).

A expressão, portanto, é rica como um marco de referência num estudo sobre o encarceramento feminino em presídios mistos; sobretudo quando estes foram, inicialmente, projetados e construídos como estabelecimentos prisionais masculinos. Permite-nos, de imediato, acenar com a perspectiva de que estamos adentrando num território – espaço – de sobrecargas de punições dirigidas àqueles(as) que nele estão inseridos(as); permite-nos, então, avançar na exposição/análise dos dados com um prévio e suficiente alerta acerca daquilo que nos pode ser desvelado.

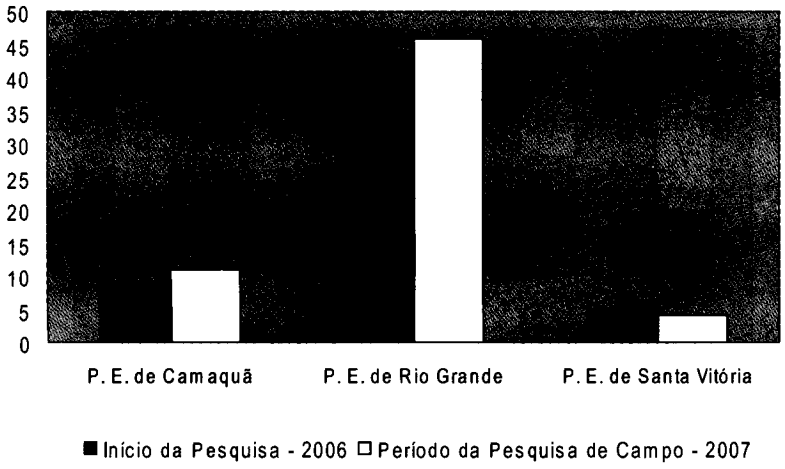
1. O PERFIL DO ENCARCERAMENTO FEMININO: UM DIAGNÓSTICO DE VULNERABILIDADES

Os dados que apresentaremos neste tópico se referem à síntese dos coletados em três dos quatro estabelecimentos prisionais envolvidos na pesquisa: Presídios Estaduais de Camaquã (Presídio 1), Rio Grande (Presídio 2) e Santa Vitória do Palmar (Presídio 3).[3]

Em números totais as populações femininas encarceradas nos três estabelecimentos, nos respectivos momentos de coleta de dados, computavam 11 mulheres no Presídio Estadual Camaquã; 46 no Presídio Estadual de Rio Grande; e quatro no Presídio Estadual de Santa Vitória. Esses números, quando apresentados em comparativo com os coletados numa preliminar sondagem no período inicial da pesquisa (2006), representam um indicativo de incremento quantitativo das práticas de encarceramento feminino também na 5.ª Região Penitenciária, acompanhando o panorama registrado como nacional, não obstante se deva levar em consideração as flutuações momentâneas das populações encarceradas.

3. A coleta de dados sócio-demográficos e jurídico-penais foi realizada pela própria equipe de pesquisa, a partir da análise dos prontuários de todas as mulheres encarceradas em cada estabelecimento prisional. Em relação ao Presídio Regional de Pelotas, sucessivas interdições – para fins de atividades de origem externa (pesquisa, estágios etc.) – motivadas pela superlotação do estabelecimento no decorrer de 2007, inviabilizaram (apesar do constante apoio das autoridades penitenciárias às atividades do Gitep/UCPel) a realização da segunda etapa do trabalho de campo neste estabelecimento (coleta de dados nos prontuários e realização do Grupo de Foco).

Gráfico 2 – Número total de encarceradas por estabelecimento prisional no início das atividades da pesquisa (2006) e no momento da pesquisa de campo (2007).

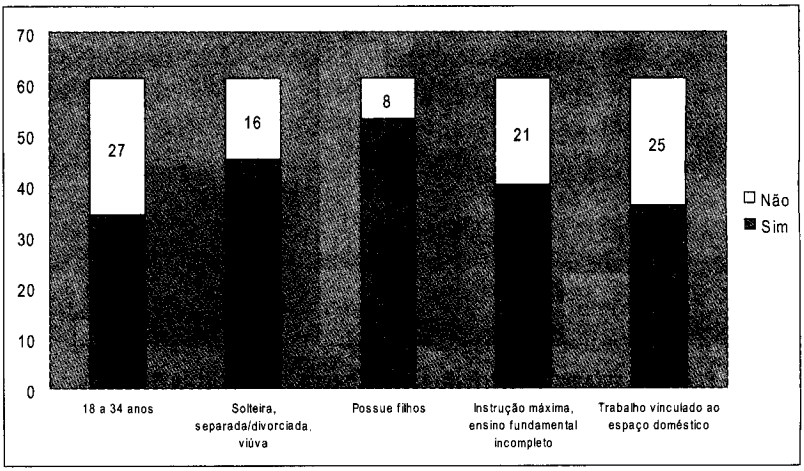


Fonte: 5.ª Delegacia Regional Penitenciária/Prontuários/Arquivos dos Estabelecimentos Prisionais

No que se refere aos indicadores demográficos e sócio-culturais das encarceradas, o que se confirma é, para além de uma perspectiva de delimitação de "categorias delinqüentes", a ação do Sistema de Justiça Criminal sobre um similar padrão de vulnerabilidade, eis que o perfil do encarceramento feminino encontrado coincide com perfis já identificados em estudos focados noutras realidades.[4]

4. Bárbara Musumeci Soares e Iara Ilgenfritz (2002), na população feminina encarcerada do Estado do Rio de Janeiro (anos de 1999 e 2000); Olga Espinoza (2004) na Penitenciária Feminina da Capital, São Paulo (ano de 2002); Maria Palma Wolff (2007), na Penitenciária Feminina Madre Pelletier – Porto Alegre/RS (para junho de 2006).

Gráfico 3 – Síntese, em números totais, das categorias predominantes no perfil sócio-demográfico do encarceramento feminino nos Presídios de Camaquã, Rio Grande e Santa Vitória do Palmar (5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul).



Fonte: Prontuários Arquivos dos Estabelecimentos Prisionais

No que se refere à idade das encarceradas, como se verifica no Gráfico 3, as concentrações maiores estão nas faixas até os 34 anos (34 das 61 que compõem o universo pesquisado). Em relação ao estado civil a predominância é de solteiras: sete de 11 mulheres no Presídio Estadual de Camaquã; 28 de 46, no Presídio Estadual de Rio Grande; e 3 das 4 recolhidas no Presídio Estadual de Santa Vitória. Agregando-se os dados às categorias Separada/Divorciada e Viúva, compõe-se um quadro que remete a 45 daquelas 61 mulheres. Também em sua maioria possuem filhos, ou seja, 53 são mães.

Os dados referentes ao estado civil e maternidade permitem a inferência de que significativa parte dessas mulheres ocupam posições de "chefe de família".

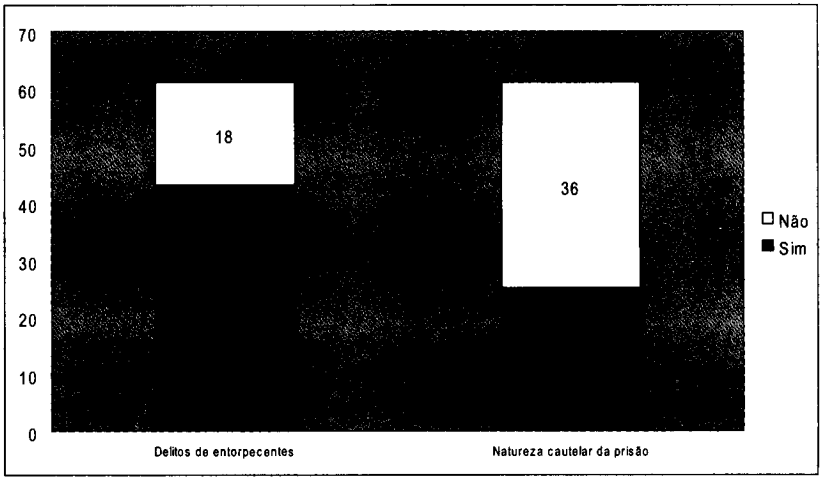
Em relação à escolaridade ganha destaque a faixa referente ao nível "até ensino fundamental incompleto", a qual corresponde a 40 reclusas. Já no que se refere às ocupações laborais registradas antes do encarceramento, agregando-se à categoria "Do lar" – 3 das encarceradas no Presídio Estadual de Camaquã; 18 do Presídio Estadual de Rio Grande; e 3 no Presídio Estadual de Santa Vitória – com a categoria "Atividades

vinculadas ao imaginário doméstico" (a qual incluiu o registro das seguintes atividades: auxiliar de cozinha, babá, cabeleireira, doméstica, faxineira, manicure), verifica-se não só a predominância de atividades vinculadas ao espaço doméstico – conforme Gráfico 3: 35 das 61 reclusas – como, também, a significância das atividades de baixa qualificação e remuneração:

Os dados sócio-demográficos, portanto, nos remetem a um perfil de encarceramento que atinge predominantemente mulheres jovens, chefes de família, fragilizadas em sua escolaridade e subalternizadas nas posições que ocupam no mercado de trabalho.

Já em relação aos dados jurídicos, dois merecem destaque: (a) a predominância de delitos cometidos ou imputados como vinculados a entorpecentes (tráfico e porte) – 6 no Presídio Estadual de Camaquã; 34 no Presídio Estadual de Rio Grande; e 3 no Presídio Estadual de Santa Vitória; totalizando 43 mulheres, o que corresponde a mais de 2/3 (dois terços) do universo pesquisado; e, (b) natureza da execução, se definitiva (sentença já proferida com trânsito em julgado) ou provisória, através do qual se verificou em relação ao Presídio Estadual de Rio Grande um acompanhamento das médias nacionais, ou seja, cerca de 1/3 (um terço) da população feminina encarcerada em formas de aprisionamento provisório. Nos demais estabelecimentos os dados superam significativamente essas médias, já que remetem a 7 das 11 reclusas do Presídio Estadual de Camaquã e a 3 das 4 recolhidas no Presídio Estadual de Santa Vitória; não obstante a contundência dos números, deve-se levar em consideração (até mesmo para relativizações críticas) que o número total de apenadas favorece alterações e significância "bruscas" de dados dessa ordem.

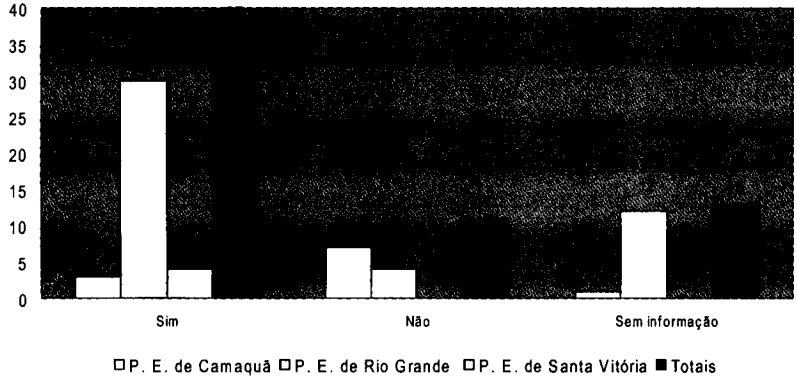
Gráfico 4 – Síntese, em números totais, das categorias predominantes de tipo de delito e natureza da execução no encarceramento feminino nos Presídios de Camaquã, Rio Grande e Santa Vitória do Palmar (5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul).



Fonte: Prontuários/Arquivos dos Estabelecimentos Prisionais

No que se refere à aproximação do local de aprisionamento em relação à localidade de residência familiar das encarceradas verificou-se, inicialmente – e não obstante a precariedade de muitos prontuários nessa informação – que o município do estabelecimento prisional é apontado como o de residência familiar de 3 das 11 reclusas no Presídio Estadual de Camaquã; 30 das 46 no Presídio Estadual de Rio Grande; e para a totalidade (4) no Presídio Estadual de Santa Vitória.

Gráfico 5 – Síntese, em números totais – por estabelecimento prisional e na totalização –, da relação entre equivalência do município de residência familiar e o de localização do estabelecimento, no encarceramento feminino nos Presídios de Camaquã, Rio Grande e Santa Vitória do Palmar (5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul).



Fonte: Prontuários/Arquivos dos Estabelecimentos Prisionais

Cabe registrar que na realidade do Presídio Estadual de Camaquã, apesar do significativo número de encarceradas não residentes no município de localização do estabelecimento (7 de 11 reclusas), foi possível verificar, na maioria dos casos, a indicação de residência em municípios adjacentes; fator favorecedor, portanto, de uma manutenção menos precarizada dos vínculos externos da aprisionada.

Com efeito, como encaminhamento e análise do encarceramento feminino na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul – correlacionando a perspectiva de um diagnóstico de perfil deste com a prática de alocação de mulheres em estabelecimentos originalmente construídos para o aprisionamento masculino – o olhar sobre os dados apresentados nos permite as seguintes considerações:

a) a confirmação de uma atuação seletiva do Sistema de Justiça Criminal, a qual se vincula a características peculiares e a padrões de vulnerabilidade social;

b) o incremento quantitativo, também em nível regional, do encarceramento de mulheres;

c) a vinculação de tal incremento com opções político-criminais que favorecem o aprisionamento provisório (e a larga manutenção deste), em especial nos delitos de entorpecentes;

d) a perspectiva de associabilidade da vulnerabilidade social das encarceradas, sobretudo como "chefes de família", e a prática de delitos que representam, sob determinada ótica, acesso à renda;

e) o reconhecimento de que a estratégia de aprisionamento feminino nos presídios já existentes no sistema regional – ainda que originalmente construídos para o exclusivo encarceramento masculino – possui a capacidade de diminuir a distância/afastamento das reclusas em relação às suas residências familiares, favorecendo (como já mencionado) uma manutenção menos precarizada de seus vínculos externos.

Trata-se, inicialmente e em perspectiva preliminar, de um aspecto positivo desta opção/estratégia de política penitenciária. Cabe, entretanto, mantê-lo em "tenso questionamento", haja vista que as dimensões qualitativas da pesquisa outros aspectos podem nos desvelar.

2. Invisibilidade, exposição e "lusco-fusco" no encarceramento feminino em presídios "mistos"

As mulheres encarceradas na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul – cativas em presídios mistos que originalmente foram construídos como estabelecimentos masculinos – desvelam a compreensão de estarem muito mais num presídio masculino que aloja mulheres do que num presídio misto, ainda que esse reconhecimento nem sempre seja explícito e esta condição, em alguns casos, seja inicialmente negada.

"Pra mim eu acho que o lugar foi feito pra homens e eles abriram uma brecha pra alojar mulheres. Porque eu acho que é masculino, só tem uma cela pras moças que tão aqui, e o resto é tudo para os homens" (sic) (Entrevistada 6/Presídio 4).

São as distinções em termos de espaços físicos o elemento mais imediatamente sensível do se estar num presídio masculino, no qual ser mulher é ficar num segundo/último plano, simbólico e concreto.

"A nossa cela fica aqui no final... vou te dar um exemplo simples: a comida... nós somos as últimas a ser servidas aqui... a comida começa lá na ponta da galeria e aí assim a raspa da panela é nossa..." (sic) (Entrevistada 3/Presídio 1).

Nos estabelecimentos prisionais pesquisados, a verificação dos distintos sistemas de utilização dos pátios – decorrentes das diferentes estruturas dos mesmos – foi desvelador de práticas que acabam sempre se caracterizando como atuações em detrimento das encarceradas.

Nos presídios menores, a existência de um único pátio implica em sistemas de rodízio entre homens e mulheres. Nestes, horários e números de saídas evidenciam a categoria privilegiada:

"(...) nós temos uma hora e meia de pátio... os homem tem pátio de manhã e de tarde... mas nós só temos da uma e meia às três da tarde... então a prioridade aqui são os homens" (sic) (Entrevistada 3/Presídio 1).

A estrutura dos presídios maiores permite a existência de pátios privativos das mulheres, contudo, verifica-se uma precarização destes.

Os espaços prisionais dos estabelecimentos da 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul não foram projetados para o encarceramento misto; tornaram-se mistos por pressões conjunturais e por opções político-penitenciárias. Nestes contextos, o compartilhar de alguns espaços produz situações dramáticas – como a relatada num dos grupos de foco – e que são mascaradas por ambigüidades que invisibilizam as perversidades carcerárias.

"Participante 1: Ah! Tem outra coisa que eu acho muito importante também! Já que a gente tá comentando das presas num presídio masculino. É assim oh! A gente não tem um espaço... a gente, como todo o ser humano, a gente erra, então assim oh! A mulher também é mais difícil errar. Até no errar tem que tomar cuidado porque pagar um castigo seria normal, mas eu acho assim oh! Tem um lugar aqui, não sei se vocês conhecem, que é chamado de triagem, que é o lugar onde uma parte dos presos vem; ficam ali antes de subir; aguardam o castigo ali. Só que assim oh! É um lugar muito sujo e é o lugar onde todos os homens passam. É muito sujo. A mulher paga o castigo ali também, sabe? Nas mesmas condições deles. Até pior porque ela fica sozinha ali. Eu fiquei duas vezes lá. Vinte dias eu tive que ficar lá dentro e aí eu não me agüentava. Juro por Deus! (...) Tem que pagar o castigo, mas que fosse pelo menos em condições de mulher, entendesse? Não ali daquela maneira que eles fizeram. Fizeram não, conseguiram fazer. O tratamento ali é desleixado. Eles te comandam totalmente, totalmente.

Fomentadora: O que é que tem nesse ambiente que fica sujo?

Participante 1: O que é que tem? Não tem nada! Só fezes pelo chão. Não tem luz, não tem água, quer dizer, não tem nada. Não tem colchão, não tem nada.

Participante 4: Não tem chuveiro, é só um cano lá.

Participante 1: É muito, muito, muito sujo, então, assim... até porque eu acho que a mulher é bem mais fácil de pegar uma doença. Eu sinceramente fiquei doente. Eu peguei infecção tudo.

(...)

Participante 1: (...) então porquê não ter uma triagem feminina. Não colocar assim... Também isso é uma coisa muito importante e quando eu tava na triagem veio... a auditoria teve aqui e eles passaram... o diretor do presídio passou ali junto com o corregedor e ele perguntou o que era ali e ele comentou que ali era a triagem feminina. Claro, se o corregedor olhasse ali, só eu de mulher tava ali, óbvio que no momento poderia ser uma triagem feminina, mas não é. É uma triagem masculina! E eu tava ali. É bem complicado... Tudo pra nós é mais difícil, desde o castigo, até... só a única coisa que a gente não pode muito reclamar assim é da alimentação" (sic) (Grupo de Foco no Presídio 3).

A precarização dos espaços destinados às mulheres se manifesta de formas distintas e peculiares a cada estabelecimento. Num dos presídios de maior porte na região, a existência da chamada Ala Feminina não implicou numa adequação mínima das condições de habitabilidade previstas pela legislação. Ainda que tais adequações não existam também em relação aos homens, a discrepância entre as realidades destes e das mulheres no mesmo estabelecimento é um sintoma e um efeito das importâncias políticas que cada gênero recebe.

Nestes presídios, o argumento da segurança é o principal para justificar a restrição da acessibilidade das encarceradas a determinados espaços. Trata-se, entretanto, de uma paradoxal "proteção" às mulheres.

Ainda que confinadas aos espaços precarizados dos presídios masculinos – que se fizeram mistos – e, por conseqüência, invisibilizadas, conotações possíveis do termo exposto nos permitem associá-lo às mulheres encarceradas na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul, sem que isso resulte num paradoxo, não obstante nos remeta à complexidade da(s) posição(ões) que ocupam nestes ambientes prisionais.

É a condição feminina, e suas presenças através da feminilidade de mulheres concretas – em todas as construções/representações que

esta noção pode ser tomada, haja vista não ser isenta de ambigüidades em nossa sociedade – num ambiente masculino e masculinizado que as expõe a um complexo jogo de peculiares "mortificações do Eu" (Goffman, 1990) e ataques à subjetividade, bem como de estratégias de manutenção de afetos, seguranças e perspectivas de saúde/sanidade.

Estão expostas, colocadas em evidência e se tornam visíveis, ainda que em minoria, por serem fêmeas e femininas, desejadas e desejantes, num ambiente em que as restrições dos desejos convivem com poderes e estratégias que só os fazem mais necessários à sobrevivência.

Sedução é também poder... empodera-se quem pode seduzir... e não há ambiente no qual convivam homens e mulheres – "Guardas" e encarceradas; apenados e apenadas – em que a sedução não paire sobre as relações. Talvez não por outro motivo nos relata uma entrevistada sobre a "beleza incômoda":

"Entrevistada: Então essa vaga de trabalho... as Agentes Penitenciarias, elas se ofendem, né!? Então a beleza incomoda, um sorriso incomoda, uma pessoa bem incomoda e aí eles resolveram me passarem pra [outro posto de trabalho] e eu vou continuar com a minha remição e nada vai mudar, só que presa dentro da galeria.

(...) e elas disseram que o problema não era, era que eu era muito simpática e que as colegas se revoltam porque eu acirro elas de uma maneira ou de outra, porque elas [presas] são casadas aqui dentro, elas têm os marido, eles passam e param pra olhar mesmo, né!? E isso incomoda horrores; fere o ego feminino..." (sic) (Entrevistada 10/Presídio 3).

"Participante 1: As agentes têm ciúmes das presas com os agentes... Mandam a gente trocar a blusa porque acham que está curta; aí tem que subir a galeria, voltar na cela. Eu vou visitar o meu marido, grande coisa uma roupa, uma calça apertadinha. Nem que seja no dia da visita entendesse? Não! Nem no dia das visitas" (sic) (Grupo de Foco/Presídio 3).

Como estratégia disciplinar, como processo peculiar de mortificação do "Eu", como dinâmica que se volta à segurança, mas também à anulação, é a feminilidade, o ser mulher, que se ataca com prioridade nestes espaços prisionais masculinamente mistos.

"Eles falam toda hora, vocês tão num presídio masculino, não podem usa brinco, não podem passa batom, não pode anda com uma 'calça suplex', que eu não sei que diferença faz" (sic) (Entrevistada 8/ Presídio 3).

Estão expostas, também, porque a prisão – de forma inerente, um espaço de insegurança – vulnerabiliza, quando mista, a mulher na dimensão da sua integridade sexual.

"Entrevistadora: Como é que é ser mulher dentro deste presídio, que tu tá dizendo que é um presídio de homens?

Entrevistada: É difícil... meu namorado tava preso comigo e agora faz uma semana que ele saiu... no momento em que ele saiu todos os solteiros vêm pra janela, porque é como uma solteira dentro do presídio, entendeu? então já fica aquele assédio...

Entrevistadora: Mais vulnerável?

Entrevistada: Mais vulnerável, muito mais...

Entrevistadora: Como é que é esse assédio, assim que tu diz?

Entrevistada: Ah... uma calcinha ou um lençol dentro de uma cadeia masculina vale muito né...

Entrevistadora: Como assim?

Entrevistada: Como assim, é difícil, têm presos aqui que não têm mulher há cinco, seis, sete, dez anos... no momento em que aparece uma solteira aqui dentro! Eu não tô solteira porque meu namorado vem me ver, mas a única que não está com o marido aqui dentro sou eu..." (sic) (Entrevistada 3/Presídio 1).

Ter – e até ser de – um homem é uma condição que confere segurança à mulher encarcerada nestes estabelecimentos. É uma regra do "proceder carcerário" que não se deve mexer com o "marido" de uma "casada" e, tampouco, os homens, solteiros ou não, devem mexer com alguma "casada".

Contudo, está-se exposta, porque as separações físicas entre homens e mulheres encarcerados(as) são porosas em variados e ambíguos (por vezes perversos) sentidos.

Por outro lado, estes presídios masculinamente mistos conferem diferentes matizes à relação homem/mulher. Não se pode desconsiderar que a proximidade da presença masculina, ainda que precarizada, é condição de preservação não só da segurança a uma vulnerabilidade sexual, mas, também, de dimensões afetivas e desejantes que dão sobrevida à capacidade de resistência do feminino nestas mulheres encarceradas.

"Pátio é a festa, porque todas as janelas estão dentro do pátio. Então tu conversa com um, conversa com outro. São vários homens. Nesse ponto, no aspecto, eu acho que um presídio misto, a cadeia fica mais

leve. Não pelo sexo, mas pelo fato de tu ter o homem ali... sabe, aquele companheiro que tu sente falta lá em casa, aqui dentro tudo é carência. E um toquinho na ponta do dedo já te faz aquele estalo que você está amando. Porque... sabe aquela manhã que tu te levanta, louca pra ganhar um abraço, deitar num colinho... aquela vontade de chorar, é isso! Então tudo que chegar a ti e vier em forma de carinho..." (sic) (Entrevistada 9/Presídio 4)

Não obstante isso, lógicas de uma cultura machista e patriarcal – de dominação masculina – se reproduzem numa conseqüente reprodução das dinâmicas concretas e simbólicas de subalternização feminina.

As práticas adotadas nas visitas íntimas nos desvelam estes aspectos. Em regra, e em adequada interpretação, não são as mulheres presas que recebem visita íntima. Salvo as que possuem companheiros/maridos em liberdade (situação excepcional no contexto do encarceramento feminino), que então, e na maioria dos presídios pesquisados, os receberão em suas celas, as demais "casadas" – expressão que no contexto destes estabelecimentos prisionais assume o significado de possuir um companheiro também recluso na casa carcerária –, ofertam a visita íntima, vão ao encontro de seus "maridos", nas alas e celas masculinas, como se continuassem a cumprir o ritual das companheiras/esposas livres.

Expostas em contextos nos quais o que se destaca é o afeto e os desejos serem alvos simbólicos e concretos da ação disciplinadora, as mulheres encarceradas são punidas por se constituírem no veículo da transgressão às regras (de horários, de comportamentos, de pudores, enfim, "de bons costumes").

"Participante em Grupo de Foco: (...) porque no meu caso, eu tava na visita íntima e me atrasei... tava namorando e é proibido usa relógio. E tu sabe que namorando não vai fica toda hora olhando o relógio, né!? eu pelo menos... e aí tá namorando, para um pouquinho que eu vou vê as horas... me distraí, aconteceu, e me deixaram dez dias de castigo. Mas eu fico pensando como é que uma briga, que é um caso mais sério, eles dão dez dias também... Dez dias só de punição pros homem que se pegam a pau, e dez dias porque eu me atrasei cinco minutos... Eu fico assim pela gravidade do caso... Tá me entendendo né!?" (sic) (Presídio 4).

Ofuscar é tornar menos visível; é fazer desaparecer; é afetar o "brilho". Se as prisões são, de forma inerente e inevitável, lugares ofuscados e de ofuscação, para as mulheres encarceradas em presídios masculinos os processos de invisibilização – os quais perpassam os espaços

prisionais destinados e as estratégias de afetação de subjetividades, de "mortificações do Eu" – avançam sobre uma dimensão que lhes deveria garantir dignidade na diferença e na igualdade; a dimensão dos direitos e das garantias judiciais. O Direito e o Judiciário, entretanto, ao se tratar do encarceramento feminino, tendem a se tornar lusco-fusco (vesgo, opaco e obscurecido).

Para além dos aspectos já mencionados, a desigualdade de acesso aos diretos tende a perpassar todas as dimensões da vida carcerária. No trabalho prisional – importante elemento para as populações encarceradas, sobretudo por ser um meio de acesso à remição (com o conseqüente abatimento do tempo da pena) – as mulheres mais uma vez aparecem, de forma concreta e simbólica, secundadas.

Os relatos revelam que os homens têm mais oportunidades de trabalho. Esta realidade se compreende como (pseudo) justificada não só pelo argumento de que se está num presídio masculino, com um maior número de homens a demandar ocupações laborais, mas, também, porque existem mais atividades para homens do que para mulheres:

"É. Aqui dentro tem mais serviço pra homem, porque tem pedreiro, eletricista, de tudo. Tem cozinheiro, como é a cozinha geral. Tem mais oportunidade pra os homens aqui dentro, de serviço" (sic) (Entrevistada 2/Presídio 2).

Em relação às oportunidades laborais ofertadas às mulheres, estas tendem a reproduzir atividades que associam e reconduzem as encarceradas aos papéis e aos espaços domésticos, à submissão masculina, seja como "do lar", seja como trabalhadora das posições subalternas num sistema de inclusão social precária.

"Entrevistadora: Então para as mulheres tem o quê?

Entrevistada: Costura, a cozinha da guarda e a faxina" (sic) (Entrevistada 2/Presídio 2).

"Entrevistadora: E quais são os trabalhos mais realizados pelas mulheres?

Entrevistada: Artesanato e faxina" (sic) (Entrevista 8/Presídio 3).

"Fomentadora: E quais trabalhos que vocês exercem? Qual o tipo de atividade?

Participante 1: Eu sou cozinheira da guarda. E limpo lá em cima.

(...)

Fomentadora: E tu?

Participante 2: Eu limpo em baixo" (sic) (Grupo de Foco no Presídio 1).

Não só ter acesso aos direitos da execução penal, mas também o tempo – e as diferenças do tempo – que se leva para se ter esse acesso, transforma-se numa medida capaz de desvelar práticas de desigualdade.

"Participante 1: Eu acho que tem menos oportunidade de trabalho pras mulheres. Eu acho que tem porque o meu irmão veio junto comigo e já arrumou serviço e eu não.

(...)

Porque eu acho assim... o meu irmão tem quatro meses. Eu vou fazer cinco mês já essa semana e ele já tem o serviço dele. Ele 'caiu' e não passou nem um mês e ele já tinha serviço.

(...)

Participante 2: Tem diferença. Tem diferença porque os homens arranjam serviço mais rápido do que as mulheres. Tem muita diferença" (sic) (Grupo de Foco no Presídio 3).

A demora, os lapsos temporais mais dilatados, para se alcançar o que é de direito – demora que se transforma em carga e sobrecarga de dores prisionais, haja vista que a expressão "matar o tempo" possui conotações com peso específico para os ambientes prisionais – é o que nos permite dar significância às manifestações (não unânimes) de que a "Justiça/Judiciário" oferta tratamentos desiguais a homens e mulheres, em se tratando dos trâmites jurídicos da execução penal, obscurecendo estas:

"Entrevistada: Eu acho que eles se beneficiam mais por que como eu falei, aqui é um presídio masculino, né!? Nós estamos aqui de enxeridas nesse presídio aqui, mas eles têm mais direito que nós em tudo, tanto que vários que eu já vi... voltaram, foram, voltaram, foram... eu já to aqui um monte de tempo e tenho visto vários ir embora... que às vezes dão oportunidades e eles voltam para o lugar de novo, quer dizer, então, eles têm direito e não dão valor e várias mulheres lá dentro já estão no direito de ir embora e não têm oportunidade que eles têm, então, eles têm mais oportunidade que nós mulheres.

Entrevistadora: Então tu achas que a justiça os trata com mais...

Entrevistada: Melhor do que nós" (sic) (Entrevistada 4/Presídio 2).

"Participante 2: (...) Eu acho que os papéis deles correm mais rápido do que os da gente. A gente bota um agravo lá pra cima e o agravo da gente demora uns seis meses e os deles demora três, dois meses" (sic).

"Participante 1: E até aqui mesmo, [referência ao Juízo de Execução Penal] dificulta bastante pras mulheres. (...) dificulta mesmo. Tanto é que no caso dos guris, às vezes nem precisam apelar lá pra cima porque eles até ganham aqui, agora pra mulher não. (...) nega aqui sempre (...) bota muito mais homem na rua do que... Muito mais homem na rua do que mulher" (sic) (Grupo de foco no Presídio 3).

Mas é na dimensão das necessidades específicas de uma população feminina que a ofuscação das encarceradas se dá de forma mais contundente; nestas, os episódios mais dramáticos se referem à maternidade.

"Olha, a negligência aqui dentro é brabo. Nós mesmo mulheres... como tem uma gestante na nossa galeria... médico, ginecologista, prénatal é difícil. A gente pede, mas dizem: Não dá, não sei o quê? Sempre tem um obstáculo no meio que acham que a gente não pode... não podemos adoecer, essa é a verdade. Se a gente adoecer, tem que se curar na marra porque atendimento a gente não tem. É difícil" (sic) (Entrevistada 2/Presídio 2).

3. Mulheres encarceradas: sobrecargas de punição

Desde o trabalho de Sykes (1958) se tem categorizadas as privações e dores prisionais: liberdade; bens e serviços; relacionamentos afetivos; segurança; identidade, entre outras que atingem a todos os prisioneiros. Em se tratando de mulheres encarceradas, tanto questões psicossociais, socioculturais, como questões conjunturais agregam outras dimensões a essas privações e dores. Acompanhando autores como Lemgruber (1999, p. 96-8), Matthews (2003) e Prado (2003), em seus diferentes contextos de análise, bem como os relatos das mulheres que contribuíram com esta pesquisa, nos foi possível elaborar as categorias de sobrecargas do encarceramento feminino, que expomos a seguir.

Esta tipologia, que talvez não se possa considerar exaustiva, é passível de se reconhecer como inerente ao encarceramento feminino, mesmo nos estabelecimentos que poderiam ser considerados exemplares; nos presídios mistos – ou masculinamente mistos – tende a ter suas condições e efeitos potencializados.

3.1 Sobrecargas de rompimento dos vínculos e das relações sócio-afetivas externas

Tal sobrecarga é favorecida, sob um ponto de vista estrutural dos sistemas prisionais, pela dimensão quantitativa do encarceramento feminino, o que faz com que as mulheres prisioneiras sejam, via de regra, concentradas em estabelecimentos distantes dos seus locais de residência.

"Entrevistadora: E a tua família não é daqui?

Entrevistada: Não, minha família é toda de (...) e eu já liguei pra minha mãe, pra minha mãe vir pra cá ficar comigo, e aquela coisa toda, pá, pá, pá... só que depois do fim do ano, até lá eu tenho que matar no osso do peito e agüentar sozinha..." (sic) (Entrevistada 12/Presídio 2).

Sob o ponto de vista sócio-cultural a percepção da mulher como uma dupla transgressora amplia o rompimento dos vínculos familiares; já a cultura machista favorece a ruptura das relações conjugais, sejam as formais, sejam as informais.

"Participante 1: Pra mulher é bem mais difícil, né!? Porque a gente puxa bem mais cadeia, porque homem estuprador, que mata... fazem horrores, mas sempre tá ali, a mãe vem ou a mulher sempre está ali na fila, na porta da cadeia... Tá certo que pode ter errado, mas a família está sempre... agora as mulheres não, né!? Eu vi até, eu acho que foi no Fantástico,[5] uma reportagem que comentava que realmente a mulher vem para a cadeia e geralmente 60% eram esquecidas pela família, ou pelo menos deixada mais de lado. A mulher sofre mais. E é difícil mesmo... São poucas as reportagens que falam mais desse lado da mulher.

Fomentadora: E na realidade de vocês isso se confirma?

Participante 1: Com certeza!" (sic) (Grupo de Foco no Presídio 3).

3.2 Sobrecargas de privações afetivas

A dimensão afetiva do feminino – característica e socialmente introjetada na mulher – faz com que o rompimento do contato contínuo com seus familiares e, sobretudo, com seus filhos, lhe seja mais doloroso e difícil de suportar.

"Entrevistadora: Como é ser presa neste presídio?

5. Programa televisivo dominical da Rede Globo.

Entrevistada: Ah, é difícil, ainda mais pra quem tem filho, saudade, desespero, depressão" (sic) (Entrevistada 11/Presídio 3).

"Participante em Grupo de Foco: Eu perdi tudo na cadeia, em relação a filhos... tudo" (sic) (Presídio 1).

Tais sobrecargas são, também, decorrentes do rompimento dos vínculos conjugais, muitas vezes favorecido por práticas que impedem ou dificultam o acesso dos companheiros à visita íntima, numa absurda durabilidade da concepção da "mulher honesta" como uma mulher assexuada e não desejante.

"(...) ele teve aqui, vinha nas visitas, duas vezes por mês; tudo bem, eu compreendia porque ele tinha o trabalho dele em (...); dizia pra mim que não tinha ninguém, tava sozinho e eu acreditava... e aí eu pedi pra ele, vem pra cá (...), passa comigo, porque eu tô passando trabalho sozinha, sem as crianças, sem ninguém, sem visita, cansei de passar as quartas, os domingos ali naquela (...) eu pedi ali sabe... que eu trabalhava vendo todo mundo ter visita e eu não. E aí um dia eu peguei e pedi pra ele e ele veio, disse que ia ficar. Eu, bah! Nossa! Só felicidade, só sorriso! Não demorou 15 dias e ele teve numa visita dizendo que ia embora. Quando ele disse isso eu chorava que Deus mandava, pedindo pra ele não fazer isso que ele fez. Ele nunca mais veio no presídio, nem na frente, nem um sedex perguntando (...)"(sic) (Entrevistada 12/Presídio 2).

3.3 Sobrecargas de privações materiais

Para além das necessidades masculinas, no que se refere aos recursos materiais exigidos a uma subsistência digna – alimentação, vestuário, higiene –, as mulheres possuem necessidades peculiares. Significativo exemplo é o relacionado aos ciclos menstruais. A ausência, a carência e inclusive a perversa recusa de bens materiais que satisfaçam essas necessidades são, portanto, formas ampliadas de controle disciplinar e de desumanização nos universos carcerários femininos.

"Mas você tem que adivinha quando tu vai ficar menstruada, e se tu estiver menstruada tem que aguardar a boa vontade do Agente" (sic) (Entrevistada 9/Presídio 4).

O rompimento dos vínculos externos é, aqui, mais uma vez um elemento de potencialização dessas sobrecargas, sobretudo em sistemas prisionais precarizados, nos quais a família do preso é responsável pela complementação dos recursos materiais não disponibilizados pelo Estado, ou por este providos de forma insuficiente.

"Participante 1: Eles não dão sabão, eles não dão uma pasta de dente, eles não dão... O que eu vi entra aqui, que entra de vez em quando, é um papel higiênico, né!?

Participante 2: Uma vez por semana...

Participante 3: Eles não dão nada... Olha barata aqui é a coisa mais triste do mundo...

Participante 1: Eles não dão nem saco de lixo, vão dá pasta de dente..." (sic) (Grupo de Foco no Presídio 4).

3.4 Sobrecargas de responsabilidades materiais

Agregando-se, muitas vezes, às sobrecargas de privações materiais, também se encontram as de responsabilidade materiais, sobretudo àquelas prisioneiras – situação cada vez mais comum em nossos contextos prisionais – que permanecendo como chefes do núcleo familiar extra-muros, ou pelo menos como principais provedoras, devem suportar o compromisso de continuar a obter recursos para a manutenção daquele, em especial dos filhos.

"(...) quem tá sozinha tem que ter dinheiro para se manter aqui na cadeia; é muito caro, aqui é muito mais caro, muito caro é mais caro do que na rua, né!? Mais caro que na rua (...)"(sic) (Entrevistada 10/ Presídio 3).

3.5 Sobrecargas na afetação da identidade e da auto-estima

Como bem observa Prado (2003) a aparência física e a imagem possuem outros significados sociais e psicológicos para as mulheres. As privações de materiais de higiene são, portanto, sentidas com mais sofrimento em termos da subjetividade e da auto-estima.

"Entrevistadora: Como é ser mulher dentro desse presídio?

Entrevistada: Ai, ai... como é ser mulher!? É assim, como é que eu posso me expressar, a gente só não perde, eu pelo menos, a feminilidade né!? porque não tem... antes, até no início, meus quatro anos, foi muito difícil assim... sabe!? Eu perdi a vaidade, eu não tinha, tudo foi trabalhado (...)"(sic) (Entrevistada 7/Presídio 4).

Tais sobrecargas também se relacionam com os estigmas e rótulos que a mulher tende a receber, seja na inerente condição de apenada e de egressa que resulta do encarceramento, seja como decorrência de estratégias de adaptação que são características do universo prisional feminino, como abordaremos no item seguinte.

3.6 *Sobrecargas de rótulos e estigmas*

Contribui para esta dimensão das sobrecargas o fato de que a característica afetiva do feminino conduz muitas encarceradas, na ausência ou carência de relacionamentos heterossexuais sólidos, ao homossexualismo como uma estratégia de adaptação e resistência às privações carcerárias; este, não obstante em muitos casos, desencadeado por motivações distintas da orientação sexual já anteriormente existente, ou dos critérios típicos do homossexualismo nas prisões masculinas, reforça os estereótipos de inadaptabilidade aos padrões de "normalidade".

"Fomentadora: (...) vocês acham que tem mais preconceito para a mulher que tenha cometido algum tipo de crime?

Participantes falando ao mesmo tempo: Com certeza! Com certeza!

Participante 1: Até da parte das crianças a gente vê assim: 'Bah! A tua mãe tá presa! A tua mãe tá presa! Quando é que vai sair de lá?' Às vezes comentam isso. Quer dizer, o pai foi preso, o irmão foi preso e ninguém fala, mas se a mãe foi presa a vizinhança toda comenta. Aí fica todo mundo discriminando. Fica todo mundo..." (sic) (Grupo de Foco no Presídio 3).

3.7 *Sobrecargas na violação de direitos*

Os traços sócio-culturais machistas e patriarcais que ainda permeiam e predominam a sociedade brasileira, os estereótipos de mães e esposas falhas, que balizam a imagem da mulher "delinqüente" como uma dupla transgressora, e o caráter androcêntrico do ordenamento jurídico, são elementos que confluem para um deturpado entendimento de que o chamado "Sistema de Justiça Criminal" (aparatos policial, judicial e penitenciário) está autorizado a punir e segregar ainda mais a mulher do que o homem.

No encarceramento feminino isto se reflete numa sobrecarga de violações e direitos que, se de certa forma abarca as sobrecargas anteriores, ainda se expressa das mais variadas formas, como as analisadas nos itens anteriores: precarização dos espaços físicos utilizados; restrições "moralizantes" no vestuário, nas visitas e no acesso a bens materiais; sexualização – positiva e negativa – das relações; maior demora e rigor na análise e concessão de direitos da execução penal; entre outras.

4. Estratégias: o ambíguo "se virar" das encarceradas

Ainda que se estabeleçam tipologias úteis para a análise das adaptações carcerárias, a complexidade dos ambientes prisionais implica no estabelecimento de estratégias que conjugam táticas complementares de sobrevivência e de busca de redução nas cargas e sobrecargas de sofrimento físico e psicológico; é o que Erving Goffman (1990), aproveitando a própria linguagem desses ambientes, denomina como o "se virar":

"Isso inclui uma combinação um pouco oportunista de ajustamentos secundários, conversão, colonização e lealdade ao grupo de internados, de forma que a pessoa terá, nas circunstâncias específicas, uma possibilidade máxima de não sofrer física ou psicologicamente. (...) Os internados que 'se viram' subordinam os contatos com seus companheiros ao objetivo mais elevado de 'não ter encrencas'" (p. 62).

Nos presídios masculinamente mistos da 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul alguns elementos se sobressaem como táticas componentes do "se virar" das encarceradas.

O "afastamento da situação", estratégia através da qual a internada "aparentemente deixa de dar atenção a tudo, com exceção dos acontecimentos que cercam o seu corpo, e vê tais acontecimentos em perspectiva não empregada pelos outros que aí estão" (Goffman, 1990, p. 59), é significativamente utilizada.

"(...) eu não dou bola, eu fico deitada quieta no meu canto com meus fones no ouvido, cai o presídio e eu tô lá... não dá pra se envolver porque depois, quando tu tá enredado, vai pro livro e isso aí prejudica a tua conduta carcerária pra embora..." (sic) (Entrevistada 12/Presídio 2).

"Eu não gosto de ir pro pátio, gosto de tá presa na cela, fazendo minhas coisas... não gosto de morar com ninguém, gosto de ser sozinha, no meu cantinho me sinto feliz. Ninguém me incomoda" (Entrevistada 14/Presídio 3).

A cooperação, ou colonização, como apresentada por Roger Matthews, sobretudo no sentido em que a reclusa operará buscando meios de uma data de liberação o mais próxima possível (2003, p. 86), é outro elemento na composição do "se virar" carcerário dessas mulheres.

Contudo, num contexto que tende a reproduzir e potencializar um sistema de submissão do feminino, as estratégias possíveis implicam, para além dos aprendizados da paciência, observação e cautela, no esgar-

çamento da capacidade feminina de se adaptar e sobreviver aos contextos de dominação:

"Participante em Grupo de Foco: Não é limites, aqui a gente entra e tem que baixar a cabeça" (sic) (Presídio 1).

"Anulação é a principal norma. A gente tem que se anula, tem que se o bode expiatório deles, nós já sabemos disso, nós já entramos no primeiro dia, no primeiro momento nós já sabemos disso" (sic) (Entrevistada 10/Presídio 3).

Paradoxalmente, entretanto, o principal elemento estratégico do "se virar carcerário" feminino nesses presídios está na busca da alteridade masculina, através do contato com os presos homens. Estes, no contexto carcerário, não representam um elemento de dominação; estão na condição de "companheiros de sofrimento"; são também vulneráveis perante o poder formal do Estado.

"Ser mulher aqui dentro é normal; todo mundo é preso (...). Tá todo mundo na mesma situação, tá todo mundo sofrendo do mesmo jeito. Todo mundo sabe o que é tá aqui um dia após o outro, aqui dentro, longe da família, longe dos filhos e cada um tenta ajudar o próximo como pode, tenta dar uma palavra de conforto, coisa assim" (sic) (Entrevistada 4/Presídio 2).

É no grupo dos presos homens que as encarceradas reconhecem a principal fonte de respeito que lhes é dirigido; não obstante, muitas vezes, isto reproduza em parte estereótipos da fragilidade feminina.

Como já mencionamos, a proximidade da presença masculina, ainda que precarizada, é condição de preservação não só da segurança a uma vulnerabilidade sexual, mas, também, de dimensões afetivas e desejantes que dão sobrevida à capacidade de resistência do feminino nestas mulheres encarceradas, o que faz com que ser de um homem e ter um homem se converta numa nota distintiva das estratégias do "se virar carcerário" das mulheres nestes presídios masculinamente mistos.

5. Considerações finais: ou, perplexidades... das análises do (im)possível

Perplexidades... esta a definição mais adequada para o que resulta do esforço analítico das instituições prisionais. Paradoxos e ambigüidades se desvelam e se ampliam a cada tentativa de enfrentamento das complexidades carcerárias.

A vivência/experiência desta pesquisa nos reforça uma tese que se vem consolidando no âmbito do Gitep: O "bom presídio" é um mito... mesmo as mais adequadas e salubres estruturas, acompanhadas de dignos serviços de hotelaria, não retiram – apenas anestesiam – os efeitos perversos da reclusão. A prisão é uma instituição anti-social, deturpa qualquer possibilidade de reprodução de condições mínimas de sociabilidade saudável, motivo pelo qual é muito difícil se realizar análises que, ao final, concluam pela pertinência maior deste ou daquele tipo de estabelecimento. Nenhuma conclusão será pelo melhor, mas sim pela maior possibilidade de "redução de danos".

Tal tese, bem como as perplexidades, com precisão se amoldam às questões que estão implícitas nesta pesquisa, as quais nos empurram para uma expectativa de resposta favorável a este ou aquele modelo de encarceramento.

No Rio Grande do Sul somente dois estabelecimentos prisionais são exclusivamente femininos: a Casa Albergue Feminino e a Penitenciária Feminina Madre Pelletier; ambos localizados na capital do Estado: Porto Alegre. Conforme as encarceradas ouvidas nesta pesquisa – as que já passaram pela experiência do "Madre Pelletier" –, a condição claramente feminina desta casa prisional não lhe confere maior capacidade de ofertar dignidade à mulher presa.

Para estas mulheres – que alegam que se sentem intrusas no presídio no qual se encontram; e que assim não se sentiriam acaso o estabelecimento fosse exclusivamente feminino –, o diferencial negativo da Penitenciária Feminina Madre Pelletier se constitui no seu "tamanho" e nas dinâmicas que se associam aos presídios de maior porte, sobretudo os localizados em áreas metropolitanas.

Trata-se, sem dúvida, de um dado relevante e também paradoxal. Mesmo em relação às realidades carcerárias diretamente envolvidas na pesquisa – as quais englobaram dois presídios de pequeno porte e dois que podem ser considerados de médio porte (ou mesmo de grande, para a realidade gaúcha) – este aspecto (tamanho, porte) pode ser considerado significativo para a minimização dos efeitos perversos do encarceramento.

Nesse sentido, numa percepção global da pesquisa, nos foi possível verificar que nos estabelecimentos menores as interações sociais são mais "face-a-face", o que favorece a preservação dos compromissos ético-morais e a não desumanização das partes. Não obstante isso, as

sobrecargas não deixam de ser registradas em diversas dimensões, até mesmo porque nestes estabelecimentos é que as restrições espaciais se fazem notar com maior contundência: a prisão dentro da prisão (no aspecto físico) se faz mais intensa.

As ambigüidades registradas em cada dimensão que compõe o encarceramento feminino nos presídios masculinamente mistos da 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul, bem como a percepção de que os estabelecimentos exclusivamente femininos existentes no Estado padecem dos mesmos males registrados nas instituições carcerárias masculinas, impedem-nos de ofertar qualquer conclusão simplista, que aponte para este ou para aquele modelo como o mais ajustado/adequado a nossa realidade e/ou às promessas de racionalidade pronunciadas pelas instâncias formais de controle social na modernidade.

Nossa única conclusão viável é no sentido de que não existem presídios mistos na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul. Existem, na mais positiva das interpretações, presídios masculinos que passaram, objetivamente, a recepcionar/encarcerar mulheres: presídios masculinamente mistos; entretanto, até esta interpretação encerra eufemismo; aqui – no sul do Rio Grande do Sul –, as mulheres estão presas em presídios de homens... na prisão dentro da prisão.

Permitimo-nos esta contundente conclusão a partir de dados que (como expostos) nos desvelam estar nas sutilezas dos cárceres pesquisados – concretos e simbólicos – a invisibilização da mulher presa. Estas:

a) estão invisibilizadas pela precarização dos espaços prisionais que lhes são destinados e pelas restrições que lhe são impostas em termos de utilização e acesso a estes;

b) estão invisibilizadas através das ambíguas e complexas situações de exposição a que são submetidas, como mulheres, num ambiente predominantemente masculino e caracterizado por potencializações de carências e desejos. São mortificadas na subjetividade feminina e, ao mesmo tempo, enfocadas sob prismas que hiper-sexualizam as relações estabelecidas e as intervenções do poder formal;

c) estão invisibilizadas por práticas administrativas e judiciais que lhes ofuscam como sujeitos de direitos na perspectiva do respeito à igualdade e à diferença;

d) estão invisibilizadas porque suportam sobrecargas de privações e dores prisionais, potencializadas nestes ambientes "masculinamente mistos";

e) estão invisibilizadas, enfim, porque nas estratégias de sobrevivência e adaptação a estes contextos carcerários acabam por se encaixar em dinâmicas que tendencialmente reproduzem os parâmetros de dominação masculina existentes na sociedade extra-muros.

Opções políticas produziram esta realidade, se nestas existem boas intenções, se pequenos ganhos – como o encarceramento mais próximo dos locais de residência familiar – são possíveis de se identificar; cumpre destacar que tanto os ganhos como as boas intenções tendem a se diluir nas ambíguas e paradoxais configurações carcerárias produzidas.

Em realidade os encaminhamentos político-criminais e penitenciários – acaso queiram avançar em sendas de redução das perversidades e de potencialização de práticas humano-dignificantes – devem se dirigir em outro sentido, este, pautado essencialmente na premissa de redução ao máximo das práticas de encarceramento – haja vista os inerentes efeitos perversos das instituições prisionais e o antagonismo destas em relação a qualquer perspectiva de estabelecimento ou reprodução de condições mínimas de sociabilidade saudável –, e no compromisso de respeito (também em seu grau máximo possível) da integridade física e psicossocial dos(as) encarcerados(as), o que implica em se dimensionar os ambientes prisionais às estruturas físicas, dotadas de recursos humanos qualificados, condizentes com a preservação maximizada de identidades e integridades (físicas, psicológicas, morais).

Referências bibliográficas

Espinoza, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004.

Garland, David. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI, 1999.

Goffman, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1990.

Lemgruber, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Matthews, Roger. *Pagando tiempo. Una introducción a la sociologia del encarcelamiento*. Barcelona: Bellaterra, 2003.

Prado, Antonio Carlos. *Cela forte mulher*. São Paulo: Labortexto, 2003.

Soares, Bárbara Musumeci; Ilgenfritz, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

Sykes, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prision*. New Jersey: Princeton University Press, 1958.

WOLFF, Maria Palma (coord.). *Mulheres e prisão: a experiência do observatório de direitos humanos da penitenciária feminina Madre Pelletier*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

IV História do Direito Penal

1
A punição à feitiçaria como paradigma de um direito penal irracionalista: obscurantismo e arbítrio no pré-iluminismo

Luciano Anderson de Souza

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP. Professor Coordenador de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Coordenador-chefe do Departamento de Internet do IBCCrim. Advogado.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: A perseguição criminal à feitiçaria é exemplo paradigmático do direito penal pré-iluminista, caracterizado pelo obscurantismo, desumanidade e irracionalismo. A peste negra e o esoterismo medieval apenas intensificaram tais características, as quais se fizeram sentir até o período subseqüente à Idade Média. A ignorância relativa à figura feminina somou-se a este quadro, traduzindo-se mais concretamente na perseguição à mulher tida como feiticeira. A tortura era o método investigativo padrão e a morte, a sanção penal típica. Tal situação perdurou até o Iluminismo.

Palavras-chave: Feitiçaria – Direito penal pré-iluminista – Irracionalismo punitivo – Peste negra – Perseguição à mulher – Tortura como método investigativo.

Abstract: The criminal persecution of witchcraft is a paradigmal example of pre-Enlightenment criminal law, characterized by obscurity, inhumanity and irrationality. The Black Death and medieval esotericism intensified these characteristics even more, and continued until the following period, the Middle Ages. Ignorance related to the female figure was added to this scenario, expressing itself more concretely through persecutions against women, who were considered witches. Torture was a standard investigation method and death the typical penalty. This situation lingered until the period of Enlightenment.

Keywords: Witchcraft – Criminal law pre-enlightenment – Punitive irrationality – Black death – Persecution against women – Torture as investigation method.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Concretude social européia lastreadora da perseguição à feitiçaria na época pré-iluminista – 2. A punição à feitiçaria – 3. O processo penal contra feiticeiras – 4. O Iluminismo e o Direito Penal nascente – 5. Conclusões – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal com os mínimos contornos com os quais o assimilamos nos dias que correm, isto é, a ciência penal, iniciou sua conformação no século XVIII, com os ideais da Ilustração,[1] tendo como paradigma a obra de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, datada de 1764.[2] Neste sentido, em movimento ao qual se soma, além da obra de Beccaria, o pensamento de Pietro Verri, François-Marie Arouet Voltaire, Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, dentre outros, passa a tomar corpo a preocupação com o limite ao poder do Estado, assegurando-se as liberdades individuais em face de um poder absoluto.[3] Indubitavelmente, o fortalecimento do poder central monárquico foi o fomentador dessa realidade. Segundo a idéia-força então desenvolvida, o poder político deve se fundar na racionalidade humana, e não na religiosidade, racionalidade meramente estatal[4] ou mesmo a divindade dos príncipes, que seria um ideário que mescla ambas as anteriores.

Nesse sentido, embora não tanto com intencionalidade de destruição do pensamento até então vigente, mas sim com influxo restaurador dos

1. Cf., dentre outros: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994, p. 93; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. 1, p. 59; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 37.
2. V., p. ex., BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción*... cit., p. 95 e ss.; DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal: parte general: fundamentos – teoría de la ley penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, t. I, p. 268-269; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2004, vol. 1, p. 81; SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 37 e ss.
3. Até então, a brutal realidade da repressão criminal era a de escopo punitivo, em detrimento de qualquer função de garantia. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso*... cit., p. 79.
4. CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Trad. Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1997, p. 321.

ideais da Antigüidade clássica,[5] retornando-se às fontes, o fato é que o Iluminismo culminou por representar a negação ao arbítrio e à insegurança jurídica do período medievo. Isto significa que não é possível uma producente cientificidade analítica do período jurídico-penal que poderíamos alcunhar como das trevas – o qual, aliás, ultrapassa o exato marco histórico medieval e avança até meados do século XVIII – sem sua confrontação com o pensamento iluminista, mesmo porque a influência deste até a atualidade é inegável.

Antes das modificações iniciadas a partir do pensamento iluminista, especificamente na Baixa Idade Média e até especialmente os séculos XVI e XVII, tomamos como modelo jurídico penal – material e processual – arbitrário, obscuro, indeterminado, inseguro e violento, a repressão à feitiçaria.[6] Esta, envolta numa época obscurantista, permeada de superstições, enorme poder da Igreja sobre corações e mentes, a qual, por um lado, buscava salvaguardar seu poder crescentemente minado pelo emergente poder político monárquico por meio da violência, e de outro, ensejava correspondentemente a demonstração de virulência do poder temporal que também necessitava afirmar-se enquanto poder, representou um paradigma a ser superado.

Tipos penais pouco precisos, mal redigidos, abertos, com punições desproporcionais – no mais das vezes tendo como consectário a morte – encetando a ceifa de vidas de muitos homens e mulheres impiedosamente torturados e condenados sem qualquer aferição de corpo de delito, e apenas e tão-somente alicerçadas em desconfianças ambíguas, "confirmadas" exclusivamente por confissões extorquidas, consiste no entorno da repressão criminal do período referido. A tônica é a do Direito Penal do autor,[7] e não do fato.

A constatação destes característicos, a qual se analisará criticamente com os olhos de uma confessada racionalidade humanista, atrelada ao entendimento de que o Direito é uma construção intelectiva condicionada e condicionante concernentemente à História, sendo, antes de mais nada, produto da realidade histórico-social, cultural e filosófica concreta na qual se encontra inserido,[8] é o objeto do presente estudo.

5. Idem, p. 316.
6. Embora o fascínio supersticioso com o temário tenha merecido inclusive menção na romana Lei das XII Tábuas (Tábua VII), no século V a.C.
7. Tendo em vista que a tônica punitiva é a repressão à hipotética condição pessoal de feiticeira ou mago.
8. Reale Júnior, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 15 e ss.

Por fim, há que se consignar que a confrontação do quadro histórico apontado com a presente conformação de nossa sistemática penal substantiva e adjetiva – expansionista, repressora, supressora de garantias e influenciada por uma postura midiático-teatral e popular de lei e ordem, ou contra o inimigo,[9] e, desta feita, simbólica e emergencial, garante a atualidade do temário.

1. Concretude social européia lastreadora da perseguição à feitiçaria na época pré-iluminista

Embora referida em outros momentos históricos, como se verá infra, a preocupação punitiva relativamente à feitiçaria disseminou-se no período medieval e perdurou de modo significativo até final do século XVII. Neste diapasão, constata-se que a época medieval foi a fomentadora do aprofundamento de tal ideário. Este período é comezinhamente conhecido também como Idade das Trevas, em razão da clara ignorância dos povos, da barbárie e da credulidade supersticiosa, fatores diretamente influenciadores do fenômeno ora estudado.

A despreocupação com qualquer ideário de livre iniciativa, numa sociedade agrária e pouco esclarecida, foi o fértil terreno em que campearam as preocupações espirituais e a forte influência da Igreja.

Segundo João Bernardino Gonzaga: "No final do século XII surgiu notável eclosão de espiritualidade popular (cfr. v.g. J. Lortz, op. cit., I, p. 464 e ss.), dentro da qual se desenvolveu entretanto o mau fruto da superstição. Nesta última se mesclavam o sobrenatural e o terreno, para o que muito contribuiu as cruzadas, quando trouxeram, em suas bagagens, fortes influências do Oriente (...)".[10]

Em meados de 1300 aumentavam-se os rumores quanto às conspirações malignas, as quais supostamente tencionavam destruir os reinos cristãos mediante magia e feitiçaria. A falta de desenvolvimento científico possibilitou a disseminação de tais pensamentos. Gonzaga observa que:"Naquelas épocas, as ciências naturais estavam absolutamente despreparadas para explicar muitos dos fenômenos, reais ou ilusórios, que se apresentavam (...)".[11]

9. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo/Coimbra: Ed. RT/Coimbra Ed., 2008, p. 233 e ss.
10. Gonzaga, João Bernardino. A inquisição em seu mundo. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 161.
11. Idem, p. 163.

Em 1348, iniciou-se na Europa uma terrível epidemia de peste negra (peste bubônica), a qual fez cerca de vinte e cinco milhões de vítimas, ensejando um renascimento religioso caracterizado pelo fanatismo. Sendo toda a tragédia atribuída às bruxas, as quais seriam propagadoras da praga, não se cogitava que aquele mal era decorrência clara das péssimas condições sanitárias e de saúde.[12]

Por volta de 1350, em razão de citada peste, a qual era considerada castigo divino para muitos, e.g., surgiram as denominadas irmandades flagelantes, compostas por pregadores leigos que percorriam grande parte da Europa a pé, cantando hinos religiosos e salmos, exortando a população à penitência e à laceração do corpo.

Assim sendo, a preocupação com o espiritual, ou sobrenatural, era algo absolutamente disseminado e crescente, ensejando a preocupação dos detentores do poder, seja leigo[13] ou religioso. Tal quadro foi se intensificando nos séculos seguintes, conforme se analisa abaixo.

2. A PUNIÇÃO À FEITIÇARIA

Segundo o *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, o substantivo feitiçaria[14] é sinonímia de feitiço, que significa, dentre outras diversas

12. Aliás, veja-se que tal mentalidade perdurou até o século XVII, conforme o estudo feito por Pietro Verri em um caso específico conhecido como o das unções pestilentas. Cf. VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

13. "No final do século XVI e durante o século XVII, a História ainda registra alguns casos em que os tribunais seculares sancionaram a magia e a bruxaria. Depois, tais práticas, em si, deixaram de ser consideradas delituosas, punindo-se tão-só as infrações penais comuns que costumavam acompanhá-las". GONZAGA, João Bernardino. A inquisição... cit., p.161.

14. Embora alguns estudiosos reconheçam uma sutil diferença entre magia, ou feitiçaria, e bruxaria, pois "(...) a bruxaria costuma ser mais aparatosa e com maior freqüência supõe a imediata intervenção demoníaca, v.g., a esteriotipada imagem de bruxas voando pelos ares, montadas sobre vassouras ou animais (este nada mais sendo do que o diabo). A magia, ao invés, está mais interessada em filtros, poções elixires, rezas de suposto efeito milagroso, adivinhações encantamentos, etc. (...)" (GONZAGA, João Bernardino. A inquisição... cit., p. 162), utilizar-se-ão as expressões indistintamente, como sinônimas, eis que todas se referem a um suposto poder sobrenatural de determinadas pessoas, as quais foram perseguidas do mesmo virulento modo no período histórico estudado.

explanações, a ação ou a prática própria de feiticeira ou feiticeiro; sortilégio, bruxaria, enfeitiçamento; ainda, a utilização de hipotéticas forças mágicas, com finalidade divinatória e intenções malfazejas; ou, também, a qualidade ou poder de fascinar, de exercer forte atração; fascinação, encantamento.[15] Nas línguas francesa e inglesa utilizam-se, respectivamente, as palavras *sorcellerie* e *sorcery* para feitiçaria, ou bruxaria, por derivação do latim *sorcerius*, atrelada à significação indicativa de quem diz a sorte.

A feitiçaria, assim, desde a época de Roma já impregnava o imaginário popular com a idéia de algo surpreendentemente inexplicável – efeitos sem causas racionalmente aferíveis –, ligada a poderes sobrenaturais de certas pessoas em efetuar previsões, encantamentos ou mudanças de cursos naturais. O sobrenatural sempre envolveu a compreensão do que seria bruxaria, mas jamais o sobrenatural religioso, qualquer que fosse a fé professada. Sempre se cuidou de poderes mágicos desconhecidos e, por conseqüência, a junção com a noção de algo maligno ou diabólico foi decorrência inexorável. Daí a ligação íntima que sempre mereceu a feitiçaria com a heresia, isto é, com o diferente – e supostamente agressivo – às sagradas concepções que a sociedade acreditava.

No século V a.C., a feitiçaria foi mencionada na Lei das XII Tábuas, merecendo punição na Tábua número VII (*De delictis*), que fixava: "(...) 17. Se alguém matou um homem livre e emprestou feitiçaria e veneno, que seja sacrificado com o último suplício".[16] Em 545, uma novela de Justiniano considerava que os hereges realizavam a obra do diabo.[17] O Código Visigótico (*Fuero Juzgo*), de 654, por sua vez, punia expressamente os feiticeiros e seus consulentes.[18]

15. Houaiss, Antônio et al. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 1.322.
16. Prado, Luiz Regis. *Curso*... cit., p. 70.
17. Batista, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 173.
18. A lei 3.ª do Código Visigótico estabelecia: "Os feiticeiros e provocadores de tempestades, que têm fama de fazer chover granizo nas vinhas e messes por meio de encantamento, e aqueles que por meio de invocação dos demônios perturbam as mentes dos homens ou que celebram sacrifícios noturnos aos demônios e os invocam com maldade mediante invocações perversas: onde quer que sejam achados ou descobertos por juiz, agente ou procurador local, sejam vergastados publicamente com duzentos açoites e sejam forçados, malgrado seu, a andar por dez vilas circunvizinhas após serem feiamente

Nesse sentido, a feitiçaria caminhou *pari passu* com a compreensão de ofensa aos dogmas religiosos vigentes numa sociedade. A oficialização do catolicismo romano apenas recrudesceu esse quadro.

Conforme observa Nilo Batista: "O processo criminalizador decorrente da oficialização do catolicismo tratará de interessar-se, além dos considerados desvios de fé 'erros pérfidos' de heréticos e cismáticos, também pelos que professam outra fé, pelos supersticiosos e por todos aqueles que pratiquem ou tolerem antigos ritos pagãos. As pessoas que cientemente permitissem uma reunião pagã em sua casa vê-la-iam confiscada, com perda de sua dignidade e grau militar; se humiliores, após sofrer penas corporais seriam perpetuamente exiladas para trabalhar nas minas (*post cruciatus corporis operibus metallorum deputabuntur exilio*). Paralelamente, como lembra Schiappoli, infrações puramente eclesiásticas passam a ser punidas com penas prescritas pelo direito secular, o que significa que tais ilícitos passam a configurar delitos civis".[19]

O combate aos hereges deflagrou-se de forma relevante no século XI,[20] com o aumento da influência da Igreja Católica Apostólica Romana na vida espiritual e política européia. Nos séculos XIII ao XV a concreção dos Tribunais do Santo Ofício, ou Inquisição, radicalizou a perseguição ao que não atendia aos interesses da Igreja, sedimentando a mais pura violência e arbítrio. Por via de conseqüência, sob a acusação de bruxaria, diversas pessoas, principalmente mulheres, foram torturadas e mortas sob as bênçãos dos clérigos.

Dentre os assuntos principais que ficaram a cargo dos Tribunais do Santo Ofício estavam a heresia, a apostasia, o cisma, o sacrilégio e a bruxaria.[21] No que diz respeito a esta última, foram vitimadas principalmente mulheres, pois perturbava o imaginário medieval cristão a figura feminina e sua sensualidade inerente.[22] Os religiosos Kramer e Sprenger, os quais elaboraram um verdadeiro manual de perseguição às feiticeiras,

descalvados, para que se corrijam os outros pelo seu exemplo" (cf. CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT/FGV, 2005, p. 54-55).

19. *Matrizes*... cit., p. 173.
20. LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 93.
21. GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição*... cit., p. 99.
22. BATISTA, Nilo. *Matrizes*... cit., p. 260.

nominado *Malleus maleficarum*,[23] escreveram, retratando o pensamento da época: "Mas a razão natural está em que a mulher é mais carnal que o homem, o que se evidencia pelas suas muitas abominações carnais. E convém ressaltar que houve uma falha na formação da primeira mulher por ter sido ela criada a partir de uma costela recurva, ou seja, uma costela do peito, cuja curvatura é, por assim dizer, contrária à retidão do homem. E como, em virtude dessa falha, a mulher é animal imperfeito, sempre decepciona e mente".[24]

Neste diapasão, após lançar que "(...) a mulher é perversa, por natureza, mais propensa a hesitar na sua fé e, conseqüentemente, mais propensa a abjurá-la – fenômeno que conforma a raiz da bruxaria",[25] os religiosos inquisidores concluem que toda bruxaria tem origem na cobiça carnal insaciável das mulheres.[26] Eis aí a idéia propagada à época, origem da bizarra noção de que a feiticeira mantinha relações sexuais com o diabo.

Desencadeadas pela Igreja, a qual tencionava combater qualquer foco de crenças da Antigüidade ou passado bárbaro, rotulados como de paganismo, formaram-se grande conjunto de crendices medievais.[27] Estas, por sua vez, viram-se disseminadas ao final da Idade Média, pois, com o crescimento econômico e demográfico, os leigos passaram a ostentar importância e o castelo senhorial, o qual se tornou foco cultural, onde o senhor e os camponeses afirmavam sua identidade em relação ao clero, ensejou um nascimento ou um renascimento de uma cultura popular,[28]

23. Descrevendo referida obra, cf. GONZAGA, João Bernardino. A inquisição... cit., p. 166: "Trata de trabalho que, a seu tempo, teve enorme difusão, porque serviu de guia como não só para o Santo Ofício, mas sobretudo, durante alguns séculos mais, para os juízes seculares, nos processos de bruxaria. Teólogos modernos não endossariam hoje, entretanto, inúmeras das suas afirmações". Sobre o tema, v. também, MICHELET, Jules. *A feiticeira*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992, p. 145 e ss.
24. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras:* malleus maleficarum. Trad. Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007, p. 116.
25. Idem, p. 117.
26. Idem, p. 121.
27. LE GOFF, Jacques. *As raízes*... cit., p. 93.
28. Idem, p. 93.

impregnada de superstição, visto que decorrente de uma identidade a princípio religiosa, não autônoma.

Dessa maneira, o fim da Idade Média e o encerramento de atividades da Inquisição não significaram a interrupção de *persecutio* à feitiçaria. Ao revés, os séculos XVI e XVII, ainda envoltos na disseminação da superstição e ignorância popular, representaram a máxima radicalização da postura, inclusive merecendo a precisa previsão legal de incriminação da bruxaria no incipiente movimento codificador, a que se aponta como exemplo paradigmático a previsão nas Ordenações do Reino de Portugal.

A expressão "Ordenações do Reino de Portugal" abarca as codificações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, promulgadas pela forte monarquia lusíada a partir do século XV.[29] Os textos que hoje conhecemos são aqueles publicados em Coimbra em 1792, como observa Caetano.[30]

As Ordenações Afonsinas vigoraram no reino lusíada de 1446 a 1514 e representaram muito mais uma compilação de legislação do que propriamente um código,[31] que pressupõe a idéia de sistematização. Era dividida em cinco livros, sendo que o Livro V cuidava da parte criminal (delitos, penas e processo penal). Referido Livro é conhecido por suas verdadeiras monstruosidades e arbitrariedades: as previsões eram obscuras; as penas gravíssimas, envoltas na idéia de expiação do mal cometido; fixavam-se privilégios e a tortura era o método investigativo por excelência.

O Título XXXXII deste Livro V tratava dos feiticeiros:

"El Rey Dom Joham meu Avoo, de muito louvada e muito excellente e muito esclarecida e famosa memoria, em seu tempo fez Ley em esta forma, que se segue.

1 Nom seja nenhuu tam ousado, que por buscar ouro, ou prata, ou outro aver, lance varas, nem faça circo, nem veja em espelho, ou em outras

29. Embora com uma visão menos crítica do que a aqui delineada, cf. a cuidadosa descrição da legislação penal editada pelos primeiros monarcas portugueses em: Azevedo, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 157 e ss.

30. Caetano, Marcello. *História do direito português*. Lisboa: Editorial Verbo, 1992, p. 529.

31. Em que pese sejam tais Ordenações consideradas como o primeiro código europeu completo. Cf. Prado, Luiz Regis. *Curso*... cit., p. 114-115.

partes. E qualquer que o fizer, seja preso ataa nossa mercee, e açoutado pubricamente polla Villa, honde esto acontecer. E o que d'outra guisa achar de ventura, aja-o, e faça delle sua prol. Feita foi, e apreguada em Santarem a desanove dias de Março. Era de mil quatrocentos e quarenta e hum annos.

2 E vista per nós a dita Ley, declarando em ella dizemos, que todollos Direitos assi Civis como Canonicos, estranhaarom sempre muito o peccado da feitiçaria; porque nom pode nenhuu de tal peccado usar, que nom participe da arte, e conversaçom diabollica; a qual he tam contraira, e odiosa ao Nosso Senhor Deos, e aos seus santos Mandamentos, que per nenhuã guisa nom pode com elles convir.

3 E porque todo Rey Catollico, e fiel Christão deve antre todallas outras cousas principalmente antepoer e esguardar o serviço de Deos, conhecendo que por elle veeo a Real Estado, e de sua Maão tem e governa todo seu todo seu Alto e Real Senhorio, assi como Logo-teente em seu lugar, e a seu juizo deve necessariamente hir dar razom de todo o que em este Mundo fezer, por justificaçom de suas obras; e por tanto deve sempre avorrecer, e estranhar todallas cousas a elle contrairas, e per conseguinte a dita arte de feitiçaria, e todos aquelles, que della usarem , o que ante Deos será contado por grande louvor: e porem querendo nós conseguir os Mandamentos do Nosso Senhor Deos, conformando-nos com a sua Santa Ley, estabellecemos e poemos por Ley em todos nossos Regnos e Senhorio, que nom seja nenhuu tão ousado, de qualquer estado e condiçom que seja, que daqui em diante use de feitiçaria; e o que for achado que della usou, trautando por ella morte, ou deshonra, ou alguu outro dampno d'alguã pessoa, ou seu estado e fazenda, mandamos que moira porem.

4 E lançando alguem varas, ou fortes pera buscar ouro, ou prata, ou alguum outro aver, tal como este mandamos, que por a primeira vez que esto fezer, se for pessoa vil, seja preso, e açoutado pubricamente polla Villa, onde esto acontecer, segundo em a dita Ley d'ElRey Dom Joham meu Avoo he contheudo; e se for vassallo, ou de mayor condiçom, polla primeira vez seja degradado por tres annos pera Cepta.

5 E quanto he aos que acham os averes, mandamos, que se guarde o que he contheudo no segundo Livro destas Hordenaçoões.

6 E com esta declaraçom mandamos que se guarde a dita Ley, segundo em esta he contheudo, e per nós declarado, como dito he" (sic).[32]

32. Disponível em: [http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas], pesquisa realizada em 17.10.2008. Manteve-se no texto a redação original, com seus erros e imperfeições.

Nota-se então no texto grande preocupação religiosa de repressão a qualquer forma de ofensa aos dogmas da Igreja, com margem à ampla abertura interpretativa por parte do aplicador da lei (tendo em vista que se refere simplesmente à feitiçaria, sem, por óbvio, poder dar uma dimensão racional a como se constatar este disparate lógico). Sobre o tema, escreveu Coelho da Rocha: "Os defeitos dos Códigos criminais da meia idade se acham neste de mistura com as disposições de Direito Romano e Canônico. O legislador não teve em vista tanto os fins das penas, e a sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o trato ilícito de cristão com judia ou moura, e o furto do valor de marco de prata, são igualmente punidos com pena de morte".[33]

Melhor sorte não mereceu em racionalidade e princípios humanitários as Ordenações Manuelinas e Filipinas, sendo inclusive esta bem mais rígida que a anterior, já em pleno século XVII. Neste sentido, em todas elas, para além da cristalina violação aos princípios da taxatividade, ofensividade e proporcionalidade,[34] consagravam-se preceitos desumanos e bárbaros, sendo o Direito Penal apenas um elemento caracterizador de um sistema normativo cruel e despótico.[35]

As Ordenações Manuelinas especificamente referiam-se à feitiçaria no Livro V, Título XXXII.[36] Em referido diploma, consagra-se o casu-

33. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 56.

34. A violação à taxatividade, *in casu*, se dá pela falta de previsão exata da conduta vedada (*lex certa*), enquanto que o vilipêndio à ofensividade afigura-se pela carência de séria lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico de relevo social pela mera suposta condição pessoal de bruxa. O desrespeito à proporcionalidade, por sua vez, consagra-se pela mais absoluta falta de adequada simetria entre a conduta ilícita e a resposta penal (no mais das vezes, a morte).

35. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2000, vol. 1, p. 96.

36. "Estabelecemos, que toda peflba de qualquer qualidade, e condiçam que feja, que de luguar fagrado, ou nom lagrado, pedra d'ara, ou corporaes, ou parte de cada húa delias tomar, ou qual. quer outra coufa fagrada, moura por e li o morce natural.

1 E isso mefmo qualquer peflba, que em circulo, ou fora delle, ou em encruzilhada, efpritos diabolicos inuocar, ou a algua peflba der a comer, ou beber qualquer coufa pera querer bem, ou mal a outrem, ou outrem

ísmo narrativo na descrição de condutas proibidas, contrário a tudo que

a elle, moura por ello morte natural. Pero em eftes dous cafos fobreditos nom fe fará execuçam, atee No-lo primeiro fazerem faber, pera Vermos a qualidade da peíToa, e o modo em que fe taees coufas. fczeram, e fobre ello Mandarmos o que fe aja de fazer.

2 Outro si nom feja algúa pefloa tam oufada, que pera adeuinhar lance fortes, nem varas, pera achar auer, nem veja em agoa, ou em criflal, ou em efpelho, ou em efpada, ou em outra qualquer coufa luzente, nem em efpadoa de carneiro, nem façam pera adeuinhar figuras, ou imagens algúas de metal, nem de qualquer outra coufa, nem fe trabalhe de adeuinhar em cabeça de homem morto, ou de qualquer alimaria, nem tragua comfiguo dente, nem baraço de enforcado, nem qualquer outro membro de homem morto, nem faça com as ditas coufas, ou cada hüa delias, nem com outra algúa (pofto que aqui nom feja nomeada) efpecie algua de feitiçaria, ou pera adeuinhar, ou pera fazer dano a algúa peflba, ou fazenda, nem faça coufa algúa, porque húa peíloa queira bem, ou mal a outra, nem pera liguar homem, ou molher pera nom poderem aver ajuntamento carnal. E qualquer que as ditas coufas, ou cada húa delias fezer, Mandamos que feja pubricamente açoutado com baraço e preguam pola Villa, ou Luguar, onde tal crime acontecer, e feja ferrado em ambas as faces com o ferro que pera iíTo Mandamos fazer de huú .ff., por que feja fabido polo dito ferro, que foram julguados, e condenados por o dito maleíício, e mais feja degradado pera fempre pera a Ilha de Sam Thome, ou pera cada húa das outras Ilhas a ella comarcaãs; e alem da dita pena corporal paguará tres mil reaes pera quem o acular.

3 E porquanto Nos he dito, que em Noflbs Reynos, e Senhorios, antre a gente ruflica fe vfam muitas abufoes, aífi como paflarem doentes por filuaõ, ou machieiro, ou lameira virgem, e aíTi vfam benzer com efpada que matou homem, ou que paffafle o Doyro, e Minho tres vezes. Outros cortam folas em figueira baforeira. Outros cortam cobro em lumiar de porta. Outros tem cabeças de faludadores cmcaíloadas em ouro, ou em prata, ou em outras coufas. Outros apreguoam os demoninhados. Outros leuam as imagens de alguús Santos acerca d'agoa, e ali fingem que os querem lançar em ella, e tomam fiadores, que fe atee certo tempo o dito Santo lhes nom der agoa, ou outra coufa que pedem, que lançaram a dita imagem na agoa. Outros reuoluem penedos, e os lançam na agoa pera auer chuiua. Outros lançam jueira. Outros dam a comer bolo pera faberem parte d'alguu furto. Outros tem mendracolas en fuas cafas, com intençam que tendo-as, por ellas aueram graças com fenhores, ou guanharam nas coufas, em que trautarem. Outros paftam agoa por cabeça de cam pera confeguir alguu proueito. E porque taees abufoés, e outras femelhantes nom Deuemos confentir, Mandamos, e Defendemos, que peflba algúa nom faça as ditas coufas, nem cada húa delias; e qualquer que o contrairo fezer, fc for piam, ou di pera baixo, feja pubricamente açoutado com baraço e preguam pola Villa, e mais pague dous mil reaes pera quem o acufar. E fe for Vaflã- lo, ou Efcudeiro, ou di

entendemos como um tipo penal, revelador de certeza quanto à previsão do específico fato ilícito.

Por sua vez, mantendo também a mais absoluta falta de técnica legislativa, que procura fixar tipos penais claros e precisos, assim como evitar o obscurantismo, crendices e arbítrio, note-se o tratamento penal da feitiçaria nas Ordenações Filipinas,[37] já em pleno século XVII:

> pera cima, ou molher de cada huu defies, feja degradado pera cada huu dos Noflbs Luguares d'Alem em África por dous annos, e mais pague quatro mil reaes pera quem o acufar. E eftas mefmas penas auerá qualquer peíToa que dif- fer algua coufa do que he por viir, moftrando, e dando a entender que lhe foi reuelado por Deos, ou por alguu Santo, ou em vifam, ou em fonho, ou por qualquer outra maneira; e efto íegundo a difc-rença, c qualidade das pelfoas: conuem afaber, d'açoutes, e dous mil reaes no piam, e de femelhante forte; e no Vaflalo, e di pera cima, de dous annos de degredo, e quatro mil reaes. Pero efto nom auerá luguar nos Aftrologos; que por fciencia, e arte de Aftrologia, vendo primeiro as nacenças da peflba, diflerem algúa coufa fegundo feu juizo, e regra da dita fciencia.
>
> 4 Outro si Defendemos, que peflba algQa nom benza caens, ou bichos, nem outras alimarias, nem vfe diflb fem pera ello primeiramente auerem NoíTa Auctoridade, ou dos Prelados, pera o poderem fazer; e qualquer que o contrairo fczer, feja pubricamen-te açoutado fe for piam, e di pera fundo, e pague mil reaes pera quem o acufar; e fe for Vaflalo, ou Efcudeiro, ou di pera cima, feja degradado por huú anno pera cada huú dos Noflbs Luguares d' África, e mais pague dous mil reaes pera quem o acufar.
>
> 5 Item Mandamos, que peflba algúa nom faça vodos, nem vigílias de dormir, e comer, e beber em Igrejas, nem fe ajuntem a comer, e beber por razam das MilFas, que mandam dizer, que chamam MiíTas dos Sabados, nem guardem por deuoçam o Sabado, ou quarta feira, nom fendo cada huú dos ditos dias mandado guardar por ordenança da Igreja, ou por conftituiçam do Prelado: e qualquer peflba que cada húa deítas coufas nefte capitolo contheudas fezer, feja prefa, e da cadea pague quinhentos reaes pera quem o acufar.
>
> 6 E isso mefmo Defendemos, que nom façam vodos de comer, e de beber, pofto que fora das Igrejas fejam, e que diguam , que os fazem por de-uoçam d'alguús Santos, fob pena de todo o que pera o tal vodo fe receber fe paguar em dobro da ca-dea per aquelles, que o aífi pedirem e receberem, nom tolhendo porem os vodos do Santo Efprito, que fe fazem na fefta do Penrecofte; por que foomente eftes Concedemos que fe façam, e outros ninhuus nom.
>
> 7 Porem nos luguares onde cuftumam comer, quando lenam os finados, o poderam fazer fem pena algúa, nom comendo dentro no corpo das Igrejas" (sic). Disponível em: [http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas]

37. Disponível em: [http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas]. Importante observar que as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil por mais de dois

"Stabelecemos, que toda pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, que de Lugar Sagrado, ou não Sagrado tomar pedra de Ara ou Corporaes, ou parte de cada huma destas cousas, ou qualquer outra cousa Sagrada, para fazer com ella alguma feitiçaria, morra morte natural.

1 E isso mesmo, qualquer pessoa, que em circulo, ou fora delle, ou em encruzilhada invocar spíritos diabolicos, ou der a alguma pessoa comer ou a beber, qualquer cousa para querer bem, ou mal a outrem, ou outrem a elle, morra por isso morte natural.

Porém com estes dous casos, primeiro que se faça execução, nol-o farão saber, para vermos a qualidade da pessoa, e modo, em que se taes cousas fizeram, e sobre isso mandarmos o que se deve fazer.

2 Outrosi não seja, alguma pessoa ousada que para adivinhar lance sortes, nem varas para achar thesouro, nem veja em agoa, crystal, spelho, spada, ou em outra qualquer cousa luzente, nem em spadoa de carneiro, nem faça para adivinhar figuras, ou imagens algumas de metal, nem de qualquer outra cousa, nem trabalhe de adivinhar em cabeça de homem morto, ou de qualquer alimaria, nem traga consigo dente, nem baraço de enforcado, nem membro de homem morto, nem faça com cada huma das ditas cousas, nem com outra (postoque aqui não seja nomeada) specie alguma de feitiçaria, ou para adivinhar, ou para fazer dano a algum a pessoa, ou fazenda, nem faça cousa, perque huma pessoa queira bem, ou mal a outra, nem para legar homem, nem mulher para não poderem haver ajuntamento carnal.

E qualquer, que as ditas cousas, ou cada uma dellas fizer, seja publicamente açoutado com baraço e pregão pela Villa ou lugar, onde tal crime acontecer, e mais que seja degradado para sempre para o Brasil, e pagará trez mil réis para quem o accusar (...)" (sic).

Segundo Coelho da Rocha, a "falta de método e economia da compilação, as máximas e espírito das leis, e as matérias são as mesmas que se achavam nas Ordenações Manuelinas (...)".[38]

A superstição, a falta de clareza e o despotismo penal, então, avançam no século XVII. Apenas o movimento iluminista, no século XVIII, vai despontar como uma força de refração ao Direito Penal irracional até então vigente, apontando expressamente o absurdo da punição à feitiçaria. Beccaria expressamente manifesta-se contrário a tal punição,

séculos.

38. ROCHA, Coelho da apud MARQUES. José Frederico. Elementos... cit., p. 96.

em razão de ser injusto punir-se por um crime relativamente ao qual não se constata corpo de delito, apenas com base em testemunhos, os quais em verdade deveriam se presumir falsos.[39] Por sua vez, coube a Paschoal José de Mello Freire dos Reis, no final do século XVIII, referir-se de modo crítico pela primeira vez no reino lusíada à repressão às feiticeiras nas Ordenações Filipinas, alcunhando-a de tola.[40]

3. O PROCESSO PENAL CONTRA FEITICEIRAS

No período histórico em foco no presente estudo – o qual abarca precipuamente a Baixa Idade Média e o início da Idade Moderna –, se não bastasse o fato de que o procedimento repressivo penal era inequivocamente voltado para a punição do indivíduo, sem qualquer noção atinente à representação de um sistema de garantias do cidadão em face do poder estatal,[41] acrescido à sua verdadeira violência[42] e falta de racionalidade, a realidade era a de que tal procedimento ostentava uma radicalização de característicos relativamente às supostas bruxas. Ou seja, se a normalidade já era ruim, a *persecutio criminis* contra as ditas feiticeiras revelava-se muito mais severa que as demais – inclusive sendo capaz, ao longo do tempo, de influenciar mais negativamente ainda o procedimento penal comum.[43] A título exemplificativo, dentre as maiores impiedades então perpetradas, constata-se a sutil, porém reveladora, diretiva de Kramer e Sprenger para que as bruxas fossem conduzidas de costas à presença do juiz, com fulcro de evitar-se que, por meio do olhar do que chamavam de "velhas serpentes", fosse perdido o ódio que o julgador alimentava contra as mesmas.[44]

A confusão entre acusador e julgador, a noção de que o acusado representava o mal – inclusive com a possibilidade de receber o auxílio

39. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996, p. 26.

40. CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito*... cit., p. 133-134.

41. PRADO, Luiz Regis. *Curso*... cit., p. 79.

42. Para uma visão precisa do processo penal caracterizado pela tortura na Península Ibérica dos séculos XVI a XVIII, cf. SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

43. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40-41.

44. BATISTA, Nilo. Matrizes... cit., p. 258.

do demônio durante o processo –, o fascínio e a obstinação pela obtenção da confissão –[45] num período com total menosprezo e parco desenvolvimento da investigação criminal –, o obscurantismo e a superstição, são algumas das feições do processo inquisitório do período. Os processos contra feiticeiras e magos eram ainda apoiados em textos publicados sobre a ciência diabólica, os quais ensinavam que estes deveriam ser condenados à fogueira.[46]

A morte na fogueira era, assim, a resposta penal comezinha fruto desse processo penal arbitrário. A assimilação popular dessa monstruosidade era enorme, como observou Beccaria: "Não descrevi esses espetáculos terrificantes em que o fanatismo erguia permanentemente fogueiras, onde corpos humanos alimentavam as chamas, onde o populacho se alegrava em escutar os gemidos abafados dos desgraçados, onde os cidadãos corriam, como a um divertimento, para contemplar a morte de seus irmãos, em meio a turbilhões de negro fumo, onde os locais públicos ficavam repletos de restos palpitantes e de cinzas humanas".[47]

45. Batista, Nilo. *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 109.

46. Verri, Pietro. Observações... cit., p. 129-130.

47. *Dos delitos*... cit., p. 84. O paralelo entre o passado descrito e o presente constatado diuturnamente faz-se com a comparação entre a adesão popular à punição apontada por Beccaria e a enorme exploração midiática criminal da contemporaneidade. Há nos dias que correm programas televisivos que claramente exaltam a perseguição criminal. Dessa forma, o presente estado de arbítrio, fomentado por ampla espetacularização da persecução penal em nosso país, com as desenfreadas grandiosas operações policiais televisionadas, afigura-se quase que como um encaminhamento à fogueira das honras subjetiva e objetiva dos suspeitos da prática de crimes, forçando-nos a profunda reflexão sobre o que se dá atualmente, comparando-o mesmo ao ocorrido com a perseguição criminal de feiticeiras e magos no passado. Isto pois, embora com suposta maior civilidade, nota-se um procedimento irracional claramente voltado à punição, com vasta violação de garantias dos cidadãos, visto que, exemplificativamente: interceptações telefônicas são disseminadas e efetuadas para descoberta de crimes e não para corroborar elementos de convicção já existentes; prisões desnecessárias são amplamente levadas a efeito apenas para desmoralização e execração pública dos imputados, assim como configuração de espécie de troféu aos agentes públicos envolvidos na investigação; utiliza-se desnecessariamente de algemas como meio de humilhação e simbologia de poder; os perseguidos criminalmente no mais das vezes apenas tomam conhecimento de que eram objeto de investigação no momento da prisão, quando só então poderão, já

O anseio popular por punição, potencializado pelas crendices disseminadas, ignorância[48] e exploração demagógica destas por governos tirânicos, apenas consagrou o triste quadro neste período de verdadeiras trevas jurídico-penais.[49] A perseguição ao suposto inimigo – político, religioso ou simplesmente estranho ao padrão subjetivo do algoz do momento – era a tônica de uma coibição criminal caótica, agressora e injusta, muito mais voltada ao autor do que ao fato.

Apenas depois de desmascaradas as falácias que haviam triunfado até então naqueles séculos, com a Ilustração, as atrocidades passaram a ser evitadas e a elas se sucedeu um sistema mais humano razoável.[50]

encarcerados, apresentar sua versão sobre os fatos – aliás, no mais das vezes enormemente complexos e rotulados com formulações penais porosas, com tipos imprecisos e abertos; as operações ostentam-se essencialmente midiáticas, eis que, incrivelmente, os policiais fazem-se acompanhar da imprensa; os defensores dos alvejados pela espada de Dâmocles da repressão criminal são sistematicamente desrespeitados em suas prerrogativas de consulta aos autos, pois as dificuldades propositadamente criadas são imensas (haja vista os inúmeros ilegais sigilos quase absolutos decretados e "apensos" só conhecidos durante o curso do processo), e, por fim, conclui-se que há de fato uma condenação antecipada decorrente de tudo isso, pela mídia, com a comezinha complacência do Poder Judiciário, ensejando-se conseqüências infamantes perpétuas aos – muitas vezes, sequer – réus. O quadro é tão gritante e vulgarizado que recentemente gerou manifestações contrárias do presidente da Excelsa Corte brasileira (v. RECONDO, Felipe. Presidente do STF critica algemas e "espetáculo", *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 09.07.2008, p. A9). Sobre o tema, cf., e.g., DELMANTO JÚNIOR, Roberto. O fim do protesto por novo júri e o julgamento pela mídia. *Boletim IBCCrim 188/7-8, São Paulo, ano 16*, jul. 2008, e SOUZA, Luciano Anderson de; LUYTEN, Maurício de Albuquerque Araújo. Utilitarismo penal e violação das comunicações telefônicas. *Boletim IBCCrim* 178/17, São Paulo, ano 15, set. 2007. Destarte, tanto na forma como no conteúdo, a triste situação da *persecutio criminis* da sociedade da informação nos remonta ao período da obscuridade penal.

48. A ignorância era tamanha que sequer se formulava a seguinte simples pergunta: se tal pessoa possui de fato poderes mágicos, por que não escapa à punição?

49. V. prefácio de DALLARI, Dalmo, in: VERRI, Pietro. Observações... cit., p. XVII.

50. VERRI, Pietro. Observações..., cit., p. 12. Relembrando ainda pontuais casos de iniqüidades cometidas na busca por punição por feitiçaria, como em Würsburg, Provença, Genebra, etc., cf. VOLTAIRE, François-Marie Arouet. O preço da justiça. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-44.

4. O Iluminismo e o Direito Penal nascente

O período da Ilustração é, neste influxo, marcado pela clara revolução intelectual ocorrida na Europa no século XVIII, que representou o ápice das transformações culturais iniciadas no século XIV pelo movimento renascentista. Embora não com o intuito de ruptura, mas mais propriamente de resgate das fontes de pensamento da Antigüidade clássica, os ideais iluministas culminaram por se contrastar sobremaneira com o até então vigente.

A investigação científica engendrada neste período desencadeou a gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência) e, conseqüentemente, profundas alterações no modo de pensar e agir do homem. A razão humana era o meio de atingimento da verdade. Passou então o ser humano a deixar de atribuir toda a responsabilidade por eventos naturais a conspirações malignas ou explicações sobrenaturais.

Foi com a difusão dos ideais iluministas que a razão passou a ser o único guia da sabedoria capaz de esclarecer qualquer problema, possibilitando ao homem a compreensão e o domínio da natureza.

A racionalidade do século XVIII foi capaz de afastar a idéia de mal cósmico. Neste sentido, o Direito Penal passa por uma humanização, gradativamente abandonando-se a violência até então reinante. Segundo Zaffaroni: "El discurso jurídico penal de la segunda mitad del siglo XVIII y de la primera mitad del siglo XIX no es uniforme por cierto, pero se caracterizo por esta búsqueda de racionalidad (...)".[51]

A noção cotidiana de Direito Penal, norteada pelo ideário de limite garantidor do cidadão em face do arbítrio do Estado, foi paradigmaticamente forjada no período do Iluminismo, tendo como modelo máximo a figura de Beccaria, como referido supra. Nota-se que o preço pago pela humanidade para tal avanço intelectivo e político-institucional foi assaz elevado. Portanto, espera-se que tais rememorações sirvam para contribuir com a devida correção de prumo que se faz necessária ante o Direito Penal simbólico, ou emergencial, que graça hodiernamente.

5. Conclusões

– A repressão penal à feitiçaria, embora constatada já em Roma, disseminou-se a partir das crenças supersticiosas do período medieval,

51. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Apuentes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 84.

apresentando foco de radicalização nos séculos XVI e XVII. A peste negra e a formação de uma identidade cultural popular não autônoma, mas decorrente de idéias sobrenaturais de raiz religiosa, foram contributos de relevo para tanto;

– Referida punição sobressaiu-se ao período do Direito Penal medieval, atingindo o momento das codificações, oriunda do fortalecimento dos Estados nacionais, ao que se observa como paradigmático exemplo as Ordenações do Reino de Portugal;

– As características da previsão legal punitiva à feitiçaria são as de falta de clareza, certeza e precisão, com punição desproporcional – no mais das vezes a pena de morte, a qual se popularizou pela prática de envio dos condenados à fogueira. Por crendices e desconhecimento científico das nuances físio-psíquicas da figura feminina, a mulher foi a principal vítima da perseguição à feitiçaria;

– Não bastasse a violência do procedimento persecutório criminal, carente de qualquer isenção e técnica racional investigativa, reveladora do fascínio pela confissão, extorquida sempre pela prática da tortura, constata-se que relativamente às supostas feiticeiras e magos tal prática ainda recebia impiedoso recrudescimento;

– A punição penal à feitiçaria é aferida então como protótipo de arbítrio, violência, irracionalidade e desumanidade, o que somente foi idealmente superado por meio do pensamento iluminista, que erigiu a razão como o foco da realização humana;

– O Direito Penal tal como é concebido nos dias que correm foi forjado no período da Ilustração, tendo como símbolo o Marquês de Beccaria, por conta de sua obra *Dos delitos e das penas*;

– Espera-se, assim, que a rememoração do gritante irracionalismo de outrora desperte a reflexão capaz de corrigir os rumos da repressão criminal atual, crescentemente exasperada.

Bibliografia

Asúa, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal: concepto del derecho penal y de la criminologia, historia y legislacion penal comparada*. Buenos Aires: Editorial Losada. t. I.

Azevedo, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Batista, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994.

CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Lisboa: Editorial Verbo, 1992.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT/FGV, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo/ Coimbra: Ed. RT/Coimbra Ed., 2008.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Trad. Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1997.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. O fim do protesto por novo júri e o julgamento pela mídia. *Boletim IBCCrim 188/7-8, São Paulo, ano 16*, jul. 2008.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal: parte general: fundamentos – teoría de la ley penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. t. I.

GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

HOUAISS, Antônio et al. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007.

LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2000. vol. 1.

MICHELET, Jules. *A feiticeira*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2004, vol. 1.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuricidade concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

_____. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1.

_____. *Parte geral do código penal: nova interpretação*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

_____. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

RECONDO, Felipe. Presidente do STF critica algemas e "espetáculo". *O Estado de S. Paulo*, 09.07.2008.

SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____; LUYTEN, Maurício de Albuquerque Araújo. Utilitarismo penal e violação das comunicações telefônicas. *Boletim IBCCrim* 178/17, São Paulo, ano 15, set. 2007.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *O preço da justiça*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuentes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

V Seção Especial: Direitos Humanos

1
O direito ao respeito pela vida privada e familiar dos doentes mentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Pedro Correia Gonçalves

Doutor e mestre em Direito Penal pela Universidade Católica Portuguesa.

Área do Direito: Internacional

Resumo: O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o mais poderoso organismo internacional na arena dos Direitos Humanos, tem vindo a construir, ao longo das últimas décadas, o estatuto jurídico do doente mental internado compulsivamente. No presente artigo, começaremos por fazer uma breve história do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e, posteriormente, iremos analisar a construção jurisprudencial do direito ao respeito pela vida privada e familiar dos doentes mentais. Qual o seu alcance? Qual a sua dimensão? Qual o seu conteúdo? São três das questões a que daremos resposta nas linhas que se seguem.

Palavras-chave: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – Direito ao respeito pela vida privada e familiar – Doente mental – Direito a indenização.

Abstract: The European Court of Human Rights, the most powerful international body in the arena of Human Rights, has been building over the last decades, the legal status of the compulsively hospitalized mentally ill. In this article, we start by showing a brief overview of the European Court of Human Rights and then we examine the jurisprudential construction of the Right to Respect for the Private and Family Life of the mentally ill. Its range, the dimension and the content of that right are three of the questions that will be addressed along the following lines.

Keywords: European Court of Human Rights – Right to the respect of private and family life – Mental illness – Right to compensation.

SUMÁRIO: 1. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: breve história – 2. O direito ao respeito pela vida privada e familiar dos doentes mentais – Referências bibliográficas.

1. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM: BREVE HISTÓRIA

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) foi estabelecido pelo Conselho da Europa em 1959 com o intuito de reforçar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH). Ao combinar as normas desta com a sua filosofia, numa interpretação viva, tornou-se com o passar dos anos o mais poderoso organismo internacional na arena dos Direitos Humanos. Com a sua influência tem não só marcado a jurisprudência e a doutrina internas dos países membros do Conselho da Europa (actualmente 47), como também contribuído decisivamente para cimentar e desenvolver o chamado Direito Internacional Humanitário.

A história do TEDH passa necessariamente pela história do Conselho da Europa e assim sendo convém dedicar algumas linhas a este organismo internacional.

Fundado em Londres em 05.05.1949, na sequência da Conferência preparatória de novembro de 1948, realizada em Paris, o Conselho da Europa é uma das mais antigas organizações internacionais europeias. O Conselho tem a sua sede em Estrasburgo, onde se encontra em actividade o seu Secretariado Permanente, e propõe-se promover a união entre os Estados-membros com o objectivo de salvaguardar os ideais e princípios que constituem a sua herança comum, bem como facilitar o seu progresso económico-social.[1]

O Conselho da Europa dispõe essencialmente de dois órgãos: o Comité de Ministros e a Assembleia Parlamentar, geralmente considerada como o primeiro parlamento internacional da História, se bem que os seus membros não sejam eleitos directamente. Efectivamente, esta Assembleia Parlamentar é constituída por representantes de cada país membro do Conselho da Europa, eleitos pelos respectivos parlamentos nacionais de entre os seus parlamentares ou designados de entre estes de acordo com o processo fixado em cada parlamento. Por sua vez, o Comité de Ministros é constituído pelos ministros dos Negócios Estrangeiros

1. Vide art. 1.º, *a*, do Estatuto do Conselho da Europa. Disponível em: [www.fd.uc.pt]. Acesso em: 15.08.2008.

dos países membros, sendo as suas decisões tomadas por unanimidade, nos assuntos considerados de grande importância, não sendo admitida a abstenção.

Baseado nos princípios da liberdade individual, da liberdade política e do primado do Direito, o Conselho da Europa é sobretudo conhecido pelo sistema de protecção dos Direitos Humanos, que criou e desenvolveu no seu âmbito, de acordo com a CEDH de 1950 (completada por 11 Protocolos Adicionais).

A CEDH foi aberta para assinatura em Roma, em 04.11.1950 e entrou em vigor em 03.09.1953.

Originalmente eram três os mecanismos de reforço da CEDH, a saber: o Comité de Ministros, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, estabelecida em 1954, e o TEDH, que foi criado em 1959. Este último foi estabelecido pela Secção IV da Convenção original e a primeira eleição dos seus juízes verificou-se em inícios de 1959. Tal como a Comissão, o TEDH não funcionava a tempo inteiro. Com efeito, nos primeiros anos os juízes chegaram a reunir-se somente uma vez por ano. Enquanto isso, os casos iam sendo cada mais.

Dado o aumento exponencial do número de casos submetidos à Comissão e ao TEDH, que ficou a dever-se ao aumento significativo de adesões ao Conselho da Europa, o Protocolo 11 estabeleceu, em 01.11.1998, o chamado "Novo" Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que ao contrário do Tribunal inicial, passou a funcionar em permanência. O Protocolo acima referido que, exigia a ratificação por parte de todos os Estados-membros do Conselho da Europa, dissolveu a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, assim como eliminou a função adjudicatória do Comité de Ministros. Como afirma Ireneu Cabral Barreto (1999, p. 243), "a estrutura tripartida, Comissão, Tribunal e Comité de Ministros, (...) foi vítima do seu próprio sucesso".

Com estas alterações, o TEDH passou a ser o garante e o baluarte dos Direitos mais fundamentais de cada ser humano!

2. O DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E FAMILIAR DOS DOENTES MENTAIS

Um dos princípios basilares em que assentam os modernos sistemas de tratamento psiquiátrico é o do respeito pelos vínculos privados e familiares dos doentes, afim de se evitar "o seu afastamento do núcleo familiar" (João Paulo II, 1993, p. 706). O facto de alguém se encontrar internado ou detido por motivos do foro psiquiátrico não altera ou faz

desaparecer o seu direito a ver respeitada a sua vida privada ou familiar.[2]

O princípio do respeito pela vida privada e familiar encontra-se consagrado, desde logo, no art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual "ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação". Este artigo remata dizendo que "toda a pessoa tem direito à protecção da lei contra as interferências ou ataques". Em termos similares, o art. 8.º, n. 1, da CEDH dispõe que "qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência", acrescentando no n. 2 que "não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros". Também a Constituição da República Portuguesa consagrou, no art. 34.º, n. 1, o princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, dispondo que "o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis". Do que já dissemos e atendendo ao teor do dispositivo convencional podemos retirar duas conclusões iniciais. Em primeiro lugar, o art. 8.º da Convenção tem uma vertente positiva e uma vertente negativa. Por outro lado, podemos afirmar que os Estados-Membros podem criar nos seus ordenamentos jurídicos limitações ou restrições ao direito agora em causa, mas que tais restrições apenas se mostram como admissíveis se forem proporcionais às circunstâncias do caso concreto[3] ou aos objectivos a prosseguir. Vejamos mais detalhadamente o que está em jogo no art. 8.º da CEDH sem perder de vista o nosso objecto de estudo.

2. A Declaração de Princípios para a Protecção de Pessoas com Doença Mental e para a melhoria dos Serviços de Saúde (MI Principles) estabelece na al. *b*, do ponto 1, do Princípio 13 que "every patient in a mental health facility shall, in particular, have the right to full respect for his or her (...) Privacy".

3. Foi esta a origem dos casos apreciados pelo TEDH nos Acórdãos Koniarska/Reino Unido, 12.10.2000, Warren/Reino Unido, 30.03.1999, Valle/Finlândia, 16.03.2000 e no Acórdão Herczegfalvy/Áustria, 24.09.1992, que analisaremos mais adiante.

Para tanto, torna-se imperioso dilucidar o conceito de *unsound mind*, conceito utilizado pelo TEDH e que nós traduzimos por "doente mental", embora na versão portuguesa da CEDH se utilize a locução *alienado mental*[4] (n. 1 do art. 5.º da CEDH).

Se é verdade que "les problèmes de la détention des malades mentaux a présenté un intérêt particulier depuis l'affaire Winterwerp/Pays-Bas" (Douraki, 1986, p. 220), de 24.10.1979, também é correcto afirmar que as dificuldades encontradas, ainda hoje, ao nível da construção de uma definição precisa e definitiva de *unsound mind* surgiram nesse mesmo Acórdão. Pela sua importância histórica e interesse prático importa dar conta do que estava em causa naquele que foi o primeiro Acórdão produzido pelo TEDH relativamente a uma situação de internamento compulsivo. O requerente, Frits Winterwerp, era um cidadão holandês, casado e pai de vários filhos nascidos desse casamento. Em 1968, por decisão de uma autoridade local – Burgomestre (Presidente da Câmara/Prefeito) –, foi internado de urgência num hospital psiquiátrico. Seis semanas mais tarde, a requerimento da sua mulher e por decisão do Tribunal Distrital, foi mantido internado. Posteriormente, também a requerimento da sua mulher e, subsequentemente, a pedido do Procurador Distrital, o internamento do requerente foi sendo renovado, anualmente, por decisão do Tribunal Regional tomada com base em relatórios periciais elaborados pelo médico pessoal do requerente. Este, veio então queixar-se ao TEDH da forma como o procedimento que culminou com o seu internamento compulsivo e sua manutenção foi conduzido, afirmando que nunca foi notificado do procedimento ou ouvido em Tribunal, que não recebeu qualquer apoio legal e que não teve a oportunidade de contestar o conteúdo dos relatórios médicos. Para tanto invocou o art. 5.º, n. 1, *e* e o n. 4 do mesmo artigo da CEDH. Como aquilo que nos importa agora é reflectir sobre o conceito de *unsound mind* diga-se que o TEDH declarou no Acórdão Winterwerp/Holanda que a noção de *person of unsound mind* está em constante desenvolvimento e mutação e, devido a

4. "Le terme 'aliéné' ('person of unsound mind') utilisé dans l'alinéa de l'article 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, est largement dépassé. Il met l'accent sur la différence, due à la maladie, qui rend la personne 'étrangère à l'humanité' ('aliénée'). Cette marginalisation de la personne atteinte de maladie mentale, synonyme de son exclusion de la collectivité, a été vivement critiquée par le Mouvement de la Psychiatrie Démocratique en Italie dans les années 60." Douraki, Thomaïs, 1986, p. 50.

essa constatação, eximiu-se de apresentar qualquer definição.[5] Contudo, o TEDH veio elucidar que a al. *e* do n. 1 do art. 5.º da CEDH não pode ser interpretada no sentido de admitir-se a detenção ou o internamento de pessoas cujas opiniões e comportamentos se desviam daquilo que é considerado como aceitável, admissível ou normal pela sociedade onde se encontram inseridas.[6]

Feitos os esclarecimentos que se impunham a respeito do conceito de *unsound mind* e para melhor compreender o verdadeiro alcance do art. 8.º da CEDH, torna-se imprescindível abordar os conceitos de "vida privada", de "domicílio" e de "correspondência". Uma vez delimitados estes conceitos, e porque estamos perante um direito não absoluto, deverá apreciar-se as derrogações admitidas pelo n. 2 do art. 8.º da CEDH.

O conceito de "vida privada" tem levantado sérias dúvidas e questões que se prendem essencialmente com a sua latitude. Com efeito, estamos perante um conceito extremamente vago, lato e difícil de concretizar, até para o TEDH. Como já dissemos, estamos perante um direito de carácter não absoluto e, por isso, quando se fala em direito ao respeito pela vida privada estamos, particularmente, a pensar nas expectativas pessoais que cada indivíduo acalenta de não ver a sua intimidade devassada por terceiros. Por isso, Ronald Standler (1997, § 1.º) define "privacidade" como "the expectation that confidential personal information disclosed in a private place will not be disclosed to third parties, when that disclosure would cause either embarrassment or emotional distress to a person of reasonable sensitivities. Information is interpreted broadly to include

5. "The Convention does not state what is to be understood by the words 'persons of unsound mind.' This term is not one that can be given a definitive interpretation: as was pointed out by the Commission, the Government and the applicant, it is a term whose meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society's attitude to mental illness changes, in particular so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more widespread." Acórdão Winterwerp/Holanda, 24.10.1979, § 37. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

6. "In any event, sub-paragraph (e) of Article 5 par. 1 (art. 5-1-e) obviously cannot be taken as permitting the detention of a person simply because his views or behaviour deviate from the norms prevailing in a particular society. To hold otherwise would not be reconcilable with the text of Article 5 par. 1 (art. 5-1) which sets out an exhaustive list." Acórdão Winterwerp/Holanda, 24.10.1979, § 37. Idem.

facts, images (e.g., photographs, videotapes), and disparaging opinions". O mesmo autor acrescenta ainda que "the right of privacy is restricted to individuals who are in a place that a person would reasonably expect to be private (e.g., home, hotel room, telephone booth)". Consciente das dificuldades que se levantam quando se intenta construir uma definição consistente de "vida privada", o TEDH veio afirmar que não considera "possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of 'private life'. However, it would be too restrictive to limit the notion to an 'inner circle' in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude there from entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings".[7] Interpretando o conceito desta forma, "la notion de vie privée est devenue très large". (Pradel; Corstens, 1999, p. 391). Daí que se fale em meras expectativas e não em certezas. O TEDH aproximou-se desta concepção no Acórdão Ludi/Suíça, de 15.06.1992, ao declarar que concordava com o argumento apresentado pelo Governo Suíço de que a utilização de um agente infiltrado "did not, either alone or in combination with the telephone interception, affect private life within the meaning of article 8".[8] Em sua opinião, "the cantonal authorities, who had been warned by the German police, selected a sworn officer to infiltrate what they thought was a large network of traffickers intending to dispose of that quantity of drugs in Switzerland. The aim of the operation was to arrest the dealers when the drugs were handed over. Toni thereupon contacted the applicant, who said that he was prepared to sell him 2 kg of cocaine, worth 200,000 Swiss francs (see paragraphs 9 and 13 above). Mr. Lüdi must therefore have been aware from then on that he was engaged in a criminal act punishable under article 19 of the Drugs Law and that consequently he was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him".[9]

7. Acórdão Niemietz/Alemanha, 16.12.1992, § 29. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008. No mesmo sentido, vide o Acórdão Pretty/Reino Unido, 29.04.2002, § 61 onde o TEDH afirmou que "the concept of 'private life' is a broad term not susceptible to exhaustive definition". Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.
8. Acórdão Ludi/Suiça, 15.06.1992, § 40. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.
9. Idem.

Não obstante o TEDH ter entendido que é desnecessário tentar circunscrever exaustivamente o conceito de "vida privada" veio, no entanto, esclarecer que a integridade física, moral e psicológica da pessoa se encontram abrangidas pelo conceito. Com efeito, o TEDH sustentou no Acórdão Pretty/Reino Unido, de 29.04.2002, que "the concept of 'private life' (...) covers the physical and psychological integrity of a person. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity.[10] Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees".[11]

Ainda a propósito do conceito de "vida privada" e da incorporação em si da dimensão física e psicológica da pessoa, importa chamar à colação o Acórdão Storck/Alemanha, de 16.06.2005. Antes refira-se que, até este momento, não foram muitos os Acórdãos produzidos pelo TEDH em que este apreciasse uma eventual violação do art. 8.º da CEDH no âmbito de um internamento compulsivo de um doente mental. Na verdade, "so far, the Strasbourg court has not found it necessary to consider complaints about treatment in prison or hospital under article 8 separately from complaints under article 3" (Hale, 2007, p. 25). Ainda assim, no conjunto dos 30 Acórdãos que analisámos para a feitura do presente artigo encontrámos três onde o TEDH apreciou queixas, apresentadas por indivíduos que haviam sido internados compulsivamente, referentes à violação do art. 8.º da CEDH. Em dois deles, o TEDH considerou estar perante uma violação do art. 8.º da Convenção. Um desses Acórdãos é o Acórdão Stork/Alemanha e o outro é o já citado

10. Em sentido idêntico, vide Acórdão X e Y/Holanda, 26.03.1985, § 22 e o Acórdão Botta/Itália, de 24.02.1998, § 32, nos termos do qual "private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity; the guarantee afforded by Article 8 of the Convention is primarily intended to ensure the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with other human beings". Disponíveis em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

11. Acórdão Pretty/Reino Unido, 29.04.2002, § 61. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

Acórdão Herczegfalvy/Áustria, de 24.09.1992, a que faremos novamente referência aquando do estudo do conceito de "correspondência".[12]

No Acórdão Storck/Alemanha, o TEDH apreciou o caso de Waltraud Storck, cidadã alemã, nascida em 1958 e residente em Niederselters (Alemanha), que passara 20 anos da sua vida em hospitais e em instituições psiquiátricas. Com efeito, a pedido de seu pai, e na sequência de vários conflitos familiares, a requerente foi internada numa ala de segurança de uma clínica psiquiátrica privada no dia 29.07.1977, tendo estado aí até 05.04.1979. A requerente, que naquela altura havia atingido a maioridade, não estava sob qualquer regime de tutela nem assinou qualquer declaração autorizando o seu internamento naquela instituição. Nem tampouco existiu uma decisão judicial autorizando a sua detenção na clínica psiquiátrica. Tentou fugir da clínica mas foi trazida à força pela polícia em 04.03.1979. Depois de receber tratamento para a esquizofrenia nessa mesma clínica psiquiátrica, a requerente desenvolveu o chamado "Síndroma pós-poliomielite" (havia tido poliomielite aos três anos de idade). Internada depois em vários hospitais, perdeu a capacidade de falar entre 1980 e 1991/1992 e encontra-se hoje totalmente incapacitada.

Em 1994 um relatório médico veio afirmar que a requerente nunca havia sofrido de esquizofrenia e que o seu comportamento se devia essencialmente aos conflitos familiares (um segundo perito veio corroborar as conclusões deste primeiro relatório). Com base neste relatório médico a requerente interpôs, em 12.02.1997, um processo judicial contra a clínica privada onde havia estado internada, pedindo uma indemnização pelos danos advenientes do seu internamento e do tratamento a que esteve sujeita. Em 09.07.1998, o Tribunal Regional de Bremen concluiu que a detenção da requerente havia sido ilegal à luz da lei germânica, pois a mesma não havia sido consentida pela requerente, nem esta tinha autorizado qualquer tratamento médico. Posteriormente, em 22.12.2000, o Tribunal de Recursos de Bremen anulou aquele julgamento e rejeitou a demanda da requerente. Não só considerou o pedido de indemnização como extemporâneo como considerou que havia sido firmado, em seu interesse, um acordo implícito de natureza contratual entre o seu pai e a clínica psiquiátrica. Por outro lado, não considerou que o tratamento médico ou a dosagem de medicação tivessem sido errados. A requerente

12. O terceiro acórdão é o Acórdão Bensaid/Reino Unido, 06.02.2001. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

recorreu para o Tribunal Federal e para o Tribunal Constitucional mas ambos os Tribunais não aceitaram os recursos apresentados. Entre outras coisas, a requerente alegou ter sido tratada contra a sua vontade durante o internamento a que foi sujeita e o TEDH relembrou que uma interferência, mesmo que ligeira, na integridade física de um indivíduo deve ser entendida como uma ingerência no seu direito ao respeito pela vida privada, previsto no art. 8.º da CEDH, isto se tiver ocorrido contra sua vontade. No caso em apreço, na medida em que a requerente sempre manifestou resistência ao seu internamento na clínica de Bremen e ao tratamento que aí lhe era dado, havendo inclusive episódios em que a medicação lhe foi administrada à força, o TEDH estabeleceu que o tratamento médico a que a requerente esteve sujeita foi prestado contra sua vontade. Por outro lado, não se pode esquecer que segundo o relatório pericial de 1994 a requerente nunca havia sofrido de esquizofrenia e portanto a medicação que a obrigaram a tomar não estava indicada para o seu estado e, consequentemente, causou-lhe danos físicos extremamente gravosos. Segundo o TEDH, o art. 8.º da CEDH cria uma obrigação para os Estados no sentido de tomarem todas as medidas que sejam necessárias para garantir que o direito dos indivíduos ao respeito pela sua vida privada seja integralmente respeitado. E para garantir o direito à integridade física e moral dos cidadãos, em suma, o respeito pela sua vida privada, os Estados estão também obrigados a exercer um controlo sobre a actividade das instituições psiquiátricas privadas. No caso em análise, o Estado alemão não cumpriu essa sua obrigação e por isso não protegeu a requerente de ingerências ilegais na sua vida privada, violando-se assim o disposto no art. 8.º da CEDH.

Como acima dissemos, outro dos conceitos que importa dilucidar é o conceito de "domicílio". Tal como acontece com o conceito de "vida privada", o TEDH defende uma definição ampla e um conceito extensivo de "domicílio". Este deve englobar várias realidades. Assim, entende-se por domicílio não só a casa morada de família como também os locais onde se encontra sedeada e é desenvolvida a actividade profissional como, por exemplo, o escritório de um advogado. O TEDH defendeu esta sua visão em vários Acórdãos, entre os quais salientamos o Acórdão Niemietz/Alemanha, de 16.12.1992, onde o TEDH apresentou argumentos de carácter linguístico, teleológico, sistemático e prático para defender o seu conceito lato de "domicílio". Com efeito, "as regards the word 'home', appearing in the English text of article 8, the Court observes that in certain Contracting States, notably Germany, it has been accepted

as extending to business premises. Such an interpretation is, moreover, fully consonant with the French text, since the word 'domicile' has a broader connotation than the word 'home' and may extend, for example, to a professional person's office. In this context also, it may not always be possible to draw precise distinctions, since activities which are related to a profession or business may well be conducted from a person's private residence and activities which are not so related may well be carried on in an office or commercial premises. A narrow interpretation of the words 'home' and 'domicile' could therefore give rise to the same risk of inequality of treatment as a narrow interpretation of the notion of 'private life'. More generally, to interpret the words 'private life' and 'home' as including certain professional or business activities or premises would be consonant with the essential object and purpose of article 8, namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities. Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to 'interfere' to the extent permitted by paragraph 2 of article 8; that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case".[13]

Seguindo esta via de argumentação, entendemos que a instituição psiquiátrica onde um doente mental se encontra internado deve ser considerada, durante o período de internamento, como sendo o seu domicílio. Alargando desta forma o conceito de domicílio de forma a abranger o local de internamento, garante-se ao doente mental uma ampliação da sua protecção jurídica e assegura-se uma aplicação mais certa e segura dos direitos consagrados na CEDH. Um desses direitos, que importa agora analisar, é o direito à inviolabilidade da correspondência.

Analisando o dispositivo convencional, facilmente nos apercebemos que o termo "correspondência" não é seguido ou acompanhado pelo adjectivo "privada". De acordo com Jean Pradel e Geert Corstens (1999, p. 373), a ausência de tal adjectivo conjugada com a interpretação extensiva dos conceitos de "vida privada" e de "domicílio" "sont en faveur de la thèse qu'également la correspondance de caractère mixte, c'est à dire partiellement privée et partiellement professionnelle, doit bénéficier de la protection de l'article 8". Para não fugir à regra, o TEDH tem defen-

13. Acórdão Niemietz/Alemanha, 16.12.1992, § 30 a 31. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

dido um conceito amplo de "correspondência" de forma a proteger todas as comunicações, sejam elas feitas por carta,[14] por telefone,[15] por fax, por *e-mail*[16] ou por outra forma de comunicação electrónica análoga.

O direito à inviolabilidade da correspondência não implica apenas que a correspondência enviada e recebida esteja a salvo de qualquer interferência ilegal ou desnecessária mas assegura igualmente o direito à comunicação que pode ser realizada de plúrimas formas. Assim, "impeding someone from even initiating correspondence constitutes the most far-reaching form of 'interference' (paragraph 2 of article 8) with the exercise of the 'right to respect for correspondence'".[17] Neste sentido, caberá aos Estados-Membros não criarem interferências desnecessárias e restritivas nas comunicações. Se isto é verdade em relação aos cida-

14. "The Commission finds – in agreement with the parties – that there has been an interference by a public authority with the exercise of the applicants' right, under article 8 paragraph 1, to respect for their correspondence, namely in that the first applicant's letter to the second applicant was intercepted and withheld by the District Attorney's Office." Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem relativamente ao Caso Schonenberger e Durmaz/ Suíça, 12.12.1986. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008. Este é apenas um dos muitos exemplos que poderiam ser citados.

15. A título de exemplo, cite-se o Acórdão Klass e Outros/Alemanha, 06.09.1978, § 41, segundo o qual "although telephone conversations are not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1), the Court considers, as did the Commission, that such conversations are covered by the notions of 'private life' and 'correspondence' referred to by this provision" e a Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem relativamente ao Caso Halford/United Kingdom, 18.04.1996, segundo a qual "in the first place, the Commission recalls that telephone conversations are covered by the notion of 'private life' – as well as the notion of 'correspondence'". Disponíveis em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

16. "According to the Court's case-law, telephone calls from business premises are *prima facie* covered by the notions of 'private life' and 'correspondence' for the purposes of Article 8 § 1. It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal internet usage." Acórdão Copland/ Reino Unido, 03.04.2007, § 41. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

17. Acórdão Golder/Reino Unido, 21.02.1975, § 43. No mesmo sentido, vida Acórdão Campbell e Fell/Reino Unido, 28.06.1984, § 118 a 120. Disponíveis em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

dãos livres e mentalmente sãos, coloca-se agora a questão de saber o que acontece aos cidadãos que se encontram internados em virtude de sofrerem de uma doença mental. Na resposta a esta questão, terá de fazer-se uma distinção consoante tais doentes tenham sido internados porque representavam um perigo para si mesmos e/ou para terceiros ou porque cometeram um ilícito penal. No primeiro caso, parece ser de admitir que não deverão existir quaisquer restrições ao nível da correspondência enviada e recebida, a não ser que, em virtude da gravidade da doença, os médicos considerem contraproducente uma liberdade total de comunicação que, a existir, poderá pôr em causa, pelo conteúdo das comunicações, a estabilidade, a segurança ou o sossego dos comunicantes. Significa isto que poderão ser impostas, legalmente, restrições ao direito à correspondência destes doentes, aliás como é admitido no n. 2 do art. 8.º da CEDH. A outra situação que referenciámos é a que diz respeito aos criminosos que são doentes mentais e que, devido a esse facto, se encontram internados numa instituição psiquiátrica e não a cumprirem pena numa prisão. Quanto a nós, entendemos a sua situação como sendo análoga à situação dos demais detidos. Em relação a estes, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem à muito que admitiu que o director do estabelecimento prisional ou qualquer outra autoridade penitenciária pode proibir a correspondência do recluso com determinadas pessoas, se isso puser em perigo a segurança e a ordem do estabelecimento prisional ou se for de recear que essa correspondência tenha efeito nocivo no recluso ou dificulte a sua reinserção social. Tendo por base um caso em que precisamente se colocava a questão de saber se a interrupção da correspondência entre dois reclusos não constituiria uma violação do art. 8.º da CEDH, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem concluiu não se verificar qualquer violação, por tal interrupção se ter verificado por razões ligadas à defesa da ordem numa sociedade democrática.[18] No caso referido, o queixoso também alegava que lhe tinham sido impostos limites ao número de cartas e de postais que poderia enviar e receber. Mais uma vez, tendo por base os mesmos argumentos, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem entendeu não haver qualquer violação do art. 8.º da CEDH.[19]

18. Vide § 56 da Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem de 17.05.1990, relativamente ao caso Peter Chester/Reino Unido. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.
19. Vide § 61 e § 62 da Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem de 17.05.1990, relativamente ao caso Peter Chester/Reino Unido. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

Também em relação à correspondência escrita pelos reclusos ou a estes dirigida coloca-se a questão de saber se o controlo e a censura dessa correspondência não põem em causa o princípio da inviolabilidade da correspondência, à luz do art. 8.º da CEDH. A resposta à nossa dúvida é-nos dada por Ireneu Cabral Barreto na anotação que faz àquele artigo. Segundo este autor, "se o n. 1 obriga as autoridades a conceder aos presos os meios necessários para a circulação efectiva da sua correspondência (...), já a defesa da ordem e a prevenção de infracções penais justificam o controlo da correspondência dos detidos, mesmo em prisão preventiva (...), bem como a sua censura" (Barreto, 1999, p. 196). Como dissemos, entendemos a situação dos doentes mentais internados por motivos criminais como sendo semelhante à situação vivenciada pelos reclusos nas penitenciárias. Desta forma, cuidamos que se deverá aplicar, *mutatis mutandis*, aos doentes mentais internados em virtude de condenação em processo penal tudo quanto acima dissemos em relação à correspondência dos reclusos.

Um dos aspectos, porventura dos mais importantes, que se prende ainda com a questão da correspondência de pessoas detidas tem a ver com a correspondência que é mantida com os advogados e com os tribunais. Estará esta correspondência sujeita a quaisquer restrições? Em primeiro lugar, afirme-se que em todas as sociedades democráticas se reconhece aos cidadãos o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário, em suma assegura-se um direito geral à protecção jurídica. Este direito pressupõe, desde logo, a possibilidade de se estabelecer e de manter relações de comunicação e de correspondência com os advogados constituídos. Em relação a esta problemática, o TEDH veio já estabelecer que "correspondence with lawyers which, whatever their purpose, concern matters of a private and confidential character. In principle, such letters are privileged under article 8".[20] Estar ao abrigo do art. 8.º da CEDH significa, antes de mais nada, que toda a interferência não justificada ao nível desta correspondência consubstancia uma violação ao princípio da inviolabilidade da correspondência. Não obstante, convém referir uma vez mais não estamos perante um direito de carácter absoluto, mas perante um direito que admite restrições. Também em relação a este aspecto o TEDH veio esclarecer, no Acórdão Campbell/Reino Unido, de 25.03.1992, que admitir restrições neste âmbito "means that the prison

20. Acórdão Campbell/Reino Unido, 25.03.1992, § 48. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

authorities may open a letter from a lawyer to a prisoner when they have reasonable cause to believe that it contains an illicit enclosure which the normal means of detection have failed to disclose. The letter should, however, only be opened and should not be read. Suitable guarantees preventing the reading of the letter should be provided, e.g. opening the letter in the presence of the prisoner. The reading of a prisoner's mail to and from a lawyer, on the other hand, should only be permitted in exceptional circumstances when the authorities have reasonable cause to believe that the privilege is being abused in that the contents of the letter endanger prison security or the safety of others or are otherwise of a criminal nature. What may be regarded as 'reasonable cause' will depend on all the circumstances but it presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the privileged channel of communication was being abused".[21] Em conclusão, podemos afirmar que também em relação à correspondência que os doentes mentais internados ou detidos mantêm com os seus advogados valem, *mutatis mutandis*, as regras estabelecidas pelo TEDH no Acórdão Campbell/Reino Unido, que podem resumir-se do seguinte molde de forma a adaptá-las à matéria em estudo:

1 – As autoridades da instituição psiquiátrica podem abrir a carta enviada para um advogado ou dele provinda quando existir forte motivo para crer que a mesma tem um conteúdo ilícito indetectável pelas vias normais de detecção;

2 – Tal carta apenas poderá ser aberta e não lida (deverão ser tomadas todas as medidas que se reputem necessárias para garantir que a carta não é lida. Por exemplo, ser aberta na presença do destinatário);

3 – A carta apenas pode ser lida pelas autoridades da instituição de internamento em circunstâncias excepcionais ou quando exista fundada suspeita de que o conteúdo da carta poderá pôr em causa a segurança da instituição psiquiátrica ou de terceiros ou quando se presuma que o teor da mesma possa ter natureza criminal.

Acima mencionámos que o Acórdão Herczegfalvy/Áustria, de 24.09.1992, foi um dos dois Acórdãos em que, estando em causa um internamento compulsivo de um doente mental, o TEDH concluiu estar

21. Acórdão Campbell/Reino Unido, 25.03.1992, § 48. Consulte-se, *mutatis mutandis*, o Acórdão Fox, Campbell e Hartley/Reino Unido, 30.08.1990, § 32. Disponíveis em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

perante uma violação do art. 8.º da CEDH. Com efeito, o TEDH reconheceu neste Acórdão que a decisão tomada pelo Hospital no sentido de enviar todas as cartas do requerente para o seu curador, para que este as seleccionasse, consubstanciou uma violação do disposto no art. 8.º da CEDH na medida em que não se havia reunido todos os requisitos exigidos pelo n. 2 daquele artigo, requisitos esses a que faremos referência mais adiante. Nas palavras do TEDH, "it would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality. For all that, in the absence of any detail at all as to the kind of restrictions permitted or their purpose, duration and extent or the arrangements for their review, the above provisions do not offer the minimum degree of protection against arbitrariness required by the rule of law in a democratic society".[22]

Já referimos, mais de uma vez, que o direito ao respeito pela vida privada e familiar é um direito de carácter não absoluto e que, por isso, admite restrições à sua aplicação. Esta possibilidade encontra-se prevista no n. 2 do art. 8.º da CEDH que dispõe que "não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros". Atendendo à formulação e ao conteúdo do n. 2, deste art. 8.º da CEDH, podemos afirmar que os fundamentos justificativos da excepção prevista têm um carácter taxativo, não se admitindo que se crie ou prediga qualquer outra excepção ou restrição ao direito consagrado.[23] A este propósito, o TEDH afirmou no Acórdão Golder/Reino Unido, de 21.02.1975, que "the restrictive formulation used at paragraph 2 (art. 8-2) ('There shall be no interference (...) except such as(...)') leaves no room for the concept of implied limitations".[24] Mais acrescentou, no Acórdão Klass/Alemanha, de 06.09.1978, que "since it provides for an exception to a right guaranteed

22. Acórdão Herczegfalvy/Áustria, 24.09.1992, § 91. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

23. Neste sentido vide, entre outros, PRADEL, Jean; CORSTENS, Geert, 1999, p. 395.

24. Acórdão Golder/Reino Unido, 21.02.1975, § 44. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

by the Convention, is to be narrowly interpreted".[25] Por outro lado, para que uma restrição ao direito consagrado ocorra ou seja tolerada torna-se necessário que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

1 – A restrição tem de estar *prevista na lei*;

2 – A restrição prevista na lei deve *perseguir objectivos legítimos*;

3 – A restrição deve aparecer como *necessária numa sociedade democrática* para se alcançar qualquer um dos objectivos legítimos fixados na lei.

Vejamos muito rapidamente cada um dos requisitos identificados.

Quando se refere no art. 8.º, n. 2, da CEDH que a restrição ao direito consagrado no n. 1 do mesmo artigo tem de estar prevista na lei está-se a pensar não apenas na lei escrita e formal, mas também na lei não escrita.[26] Não podemos esquecer que a CEDH também vincula o Reino Unido cujo ordenamento jurídico assenta na *common law*. Isto mesmo foi afirmado pelo TEDH no Acórdão Kruslin/França, 24.04.1990, segundo o qual "in relation to paragraph 2 of article 8 of the Convention and other similar clauses, the Court has always understood the term 'law' in its 'substantive' sense, not its 'formal' one; it has included both enactments of lower rank than statutes and unwritten law. The Sunday Times, Dudgeon and Chappell judgments admittedly concerned the United Kingdom, but it would be wrong to exaggerate the distinction between common-law countries and Continental countries, as the Government rightly pointed out. Statute law is, of course, also of importance in common-law countries. Conversely, case-law has traditionally played a major role in Continental countries, to such an extent that whole branches of positive law are largely the outcome of decisions by the courts. The Court has indeed taken account of case-law in such countries on more than one occasion. Were it to overlook case-law, the Court would undermine the legal system of the Continental States almost as much as the Sunday Times judgment of 26 April 1979 would have 'struck at the very roots' of the United Kingdom's legal system if it had excluded the common law

25. Acórdão Klass/Alemanha, 06.09.1978, § 42. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

26. "In any event, even if the applicant's view were to be adopted, there would in the Court's opinion still have been a sufficient legal basis for the interference complained of, since 'law' includes unwritten or common law." Acórdão Chappell/Reino Unido, 30.03.1989, § 52. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

from the concept of 'law'. In a sphere covered by the written law, the 'law' is the enactment in force as the competent courts have interpreted it in the light, if necessary, of any new practical developments".[27] Com esta posição, o TEDH "a relativisé l'opposition classique entre common law et droit continental". (Pradel; Corstens, 1999, p. 396). Se formos ainda mais fundo na jurisprudência do TEDH, facilmente divisamos que não basta que exista uma lei que preveja uma qualquer restrição ao direito em causa. Com efeito, é necessário que tal lei seja acessível, clara e precisa. Como afirmou o TEDH, "the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate, in the circumstances, of the legal rules applicable to a given case".[28] Como se satisfaz esta exigência? Em nosso entender, bastará que os textos legislativos e jurisprudenciais sejam publicados periodicamente em ordem a dar-lhes a publicidade necessária. Como dissemos, para além da acessibilidade, impõe-se ainda que a lei seja clara e precisa. Esta preocupação demonstrada pelo TEDH em vários Acórdãos[29] prende-se com a necessidade de evitar qualquer actuação arbitrária e injustificada por parte dos poderes públicos e judiciais motivada ou permitida por uma redacção imprecisa ou truncada da lei e permitir aos cidadãos conhecerem de antemão as consequências dos seus procedimentos. Não obstante, o TEDH veio reconhecer que "frequently laws are framed in a manner that is not absolutely precise. This is so in spheres such as that of competition, in which the situation is constantly changing in accordance with developments in the market and in the field of communication. The interpretation and application of such legislation are inevitably questions of practice".[30] Por outro lado, temos de reconhecer que em certas áreas jurídicas não é possível, nem tampouco aconselhável, elaborar leis com uma precisão

27. Acórdão Kruslin/França, 24.04.1990, § 29. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

28. Acórdão Silver e Outros/Reino Unido, 25.03.1983, § 87. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

29. "A norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail". Acórdão Olsson/Suécia, 24.03.1988, § 61. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

30. Acórdão Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beermann/Alemanha, 20.11.1989, § 30. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

absoluta. Neste sentido, o TEDH veio admitir que "experience shows that absolute precision is unattainable and the need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague".[31]

O segundo requisito identificado exige que a lei que preveja uma restrição ao direito à intimidade da vida privada e familiar almeje prosseguir objectivos legítimos com essa mesma restrição. Tais objectivos foram estabelecidos taxativamente no n. 2 do art. 8.º da CEDH, a saber:

1 – Preservação da segurança nacional e da segurança pública;

2 – Protecção do bem-estar económico do país;

3 – Defesa da ordem e prevenção das infracções penais;

4 – Protecção da saúde e da moral;

5 – Protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Por último, a restrição deve aparecer como necessária numa sociedade democrática para se alcançar qualquer um dos objectivos acima identificados. Nas palavras do TEDH, cabe às autoridades nacionais "make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of 'necessity' in this context"[32] e mostrar-se a restrição "necessary in a democratic society for achieving the legitimate aim pursued".[33] Segundo o TEDH, "necessidade" "in this context does not have the flexibility of such expressions as 'useful', 'reasonable', or

31. Acórdão Olsson/Suécia, 24.03.1988, § 61. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

32. Acórdão Handyside/Reino Unido, 07.12.1976, § 48. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008. Sobre a margem de discricionariedade que as autoridades nacionais gozam em relação esta matéria vide, entre outros, o Acórdão Klass e Outros/Alemanha, 06.09.1978, § 49, segundo o qual "the Court stresses that this does not mean that the Contracting States enjoy an unlimited discretion to subject persons within their jurisdiction to secret surveillance. The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate". Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

33. Acórdão Weber/Suíça, 22.05.1990, § 52. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

'desirable', but implies the existence of a 'pressing social need' for the interference in question".[34]

Em resumo, recuperando o nosso objecto de estudo e as conclusões que tirámos a propósito da inviolabilidade da correspondência que os doentes mentais internados ou detidos mantêm com terceiros e com os seus advogados, acrescentamos agora que quaisquer restrições àquela correspondência têm de estar previstas na lei, têm de prosseguir objectivos e valores legítimos e mostrarem-se como imprescindíveis no contexto de uma sociedade de cariz democrático.

Com esta conclusão, damos assim por findo este estudo dedicado ao direito ao respeito pela vida privada e familiar dos doentes mentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conscientes, no entanto, de que muito haveria ainda por escrever, pensar e reflectir. Todavia maiores desenvolvimentos tornar-se-iam incompatíveis com a natureza e o objectivo deste artigo. Esperamos sinceramente que este modesto estudo possa contribuir de alguma forma para, pretensões à parte, incentivar o estudo e promover o conhecimento da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Referências bibliográficas

Barreto, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

Douraki, Thomaïs. *La Convention Européenne dés droits de l'homme et le droit a la liberté de certains malades et marginaux*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986.

Hale, Brenda. Justice and equality in mental health law: The European experience. *International Journal of Law and Psychiatry* 30/18-28. Amsterdam, 2007.

João Paulo II. Carta Encíclica "Centesimus Annus". In: Stilwell, Peter (coord.). *Caminhos da justiça e da paz*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1993.

Pradel, Jean; Corstens, Geert. *Droit penal europeen*. Paris: Dalloz, 1999.

Standler, Ronald B. *Privacy law in the USA*. Disponível em: [www.rbs2.com/privacy.htm]. Acesso em: 14.08.2008.

34. Acórdão Dudgeon/Reino Unido, 22.10.1981, § 51. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int]. Acesso em: 15.08.2008.

VI O Direito em Ação

1
Suprema Corte dos Estados Unidos – Herring *vs.* United States

Área do Direito: Internacional; Penal-Processo Penal

Suprema Corte dos Estados Unidos – Herring *vs.* United States

Termo outubro, 2008

Suprema Corte dos Estados Unidos

Ementa[1]

Herring vs. United States

Na ordem de avocação[2] dirigida ao Tribunal de Apelações da 11.ª Circunscrição dos Estados Unidos.[3]

1. Traduzido por Aldo de Campos Costa, bacharel em Direito pela USP, pós-graduado pelas Universidades de Buenos Aires e Valência. Foi pesquisador visitante no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Freiburg i. Br. Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Barcelona.
2. No original, *writ* of *certiorari*. O trabalho de tradução, a propósito, buscou aproximar o sintagma da língua de chegada anulando ou diminuindo as diferenças culturais, de modo a facilitar a compreensão de termos técnicos pelo leitor portador de conhecimentos jurídicos. Daí a adoção de soluções como ministro para *justice*, desembargador para *court judge*, justiça federal de primeiro grau para *district court*, entre outras, sempre que foi possível fazê-lo sem perder as nuances do idioma de origem (N. do T.)
3. No original, *United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit*. Encontra-se localizado na cidade de Atlanta, no Estado da Geórgia (N. do T.).

N. 07-513. Debatido em 07.10.2008 – Julgado em 14.01.2009.

Policiais do condado de Coffee prenderam o peticionário Herring amparados por um mandado registrado no banco de dados do condado vizinho de Dale. Uma busca realizada após a prisão de Herring encontrou drogas e uma arma em seu poder. Soube-se então que o mandado em questão havia sido recolhido meses antes, apesar dessa informação jamais ter constado do referido banco de dados. Herring foi acusado pela Justiça Federal por porte de arma e possessão de drogas, e buscou excluir a prova colhida em seu desfavor, sob o argumento de que havia sido afetada por vício decorrente de sua prisão. Ao admitir ter havido uma violação à Quarta Emenda, a primeira instância entendeu que a regra da exclusão probatória não era aplicável ao caso, e denegou o pedido da defesa para anular a prova. A 11.ª Circunscrição manteve esse entendimento, ao afirmar que os agentes que efetivaram a prisão do peticionário agiram absolutamente sem culpa ou desatenção alguma, e que a omissão do condado de Dale na atualização dos registros em questão não passou de mera displicência. O Tribunal concluiu que, no caso concreto, os benefícios alcançados com a exclusão da prova seriam marginais ou inexistentes, e que aquela deveria ser tida por lícita, em conformidade com a regra de boa-fé proclamada no caso *United States vs. Leon* U. S. 897.[4]

Decidido: Não se aplicará a regra da exclusão probatória quando os erros da polícia conducentes a uma busca ilegal se verificarem resultantes de descuido isolado atenuada pelo resultado da busca, e não fruto de um erro sistêmico ou de descaso aos requisitos constitucionais. p. 4-13.

4. Inexiste nos Estados Unidos um Diário Oficial que publique decisões judiciais. No tocante à Justiça Federal, os repertórios que contém a indicação U. S. referem-se às decisões da Suprema Corte publicadas pelo *American Law Institute*. As indicações F., F. 2d ou F 3d dizem respeito às decisões dos Tribunais de Apelações federais, e a indicação F. Supp., por sua vez, às decisões dos juízos federais de primeiro grau, lançadas no *Federal Reporter*, editado pelo grupo editorial West Publishing. O primeiro número que aparece na citação indica o do volume da coletânea em que se encontra a decisão em questão, o último número é o da página, e entre parênteses, nem sempre citado, o ano em que foi proferida. A referência 492 F. 3d 1212 (2007), por exemplo, indica uma decisão da Justiça Federal proferida em 2007, e que pode ser encontrada na página 1212 do 492.º volume da 3.ª série da coleção *Federal Reporter*.

(a) O fato de uma busca ou apreensão ter sido considerada desarrazoada não significa, necessariamente, que a regra da exclusão probatória terá de ser aplicada. *Illinois vs. Gates*, 462, U. S. 213, 223. A regra não constitui um direito subjetivo individual e só será aplicável quando o seu efeito dissuasório se sobrepuser ao custo substancial de livrar defendentes culpados e eventualmente perigosos. *Leon*, 468 U. S., p. 908-090. A regra não será aplicável, por exemplo, se a polícia tiver agido "amparada com razoável objetividade" em um mandado inválido. Idem, p. 922. Ao aplicar a regra de boa-fé do caso Leon à polícia que se amparou razoavelmente em uma informação equivocada constante de uma base de dados judicial no sentido de que um mandado de apreensão encontrava-se pendente de cumprimento, *Arizona vs. Evans*, 514 U. S. 1, 14-15, o Tribunal deixou em aberto a questão ora enfrentada: se a prova deve ser excluída quando o erro tiver sido cometido pela polícia, idem, 16, n. 5, p. 4-7.

(b) A medida pela qual a regra da exclusão probatória é justificada por seus efeitos dissuasórios varia em função do grau de culpabilidade da conduta dos agentes dos órgãos repressores. Vide, e.g., *Leon*, supra, p. 911. Com efeito, os abusos que deram no passado origem à regra em questão eram característicos de uma conduta intencional claramente inconstitucional. Vide, e.g. *Weeks vs. United States*, 232 U. S. 383. Um erro proveniente de um ato não-recorrente e atenuado de negligência deve ser afastado do cerne da preocupações que levaram à adoção daquela regra. p. 7-9.

(c) Para que a regra da exclusão probatória possa ser aplicada, a conduta da polícia deve ser intencional a ponto da exclusão impedir de forma significativa a sua ocorrência, e culpável a ponto da exclusão valer o preço pago pelo sistema judicial.

A análise apropriada é objetiva, e não uma indagação sobre o conhecimento subjetivo dos agentes que efetivaram a prisão. Vide, e. g. *Leon*, supra, em 922, n. 23. p. 9-11

(d) A conduta no caso concreto não foi tão culpável a ponto de se exigir a exclusão da prova. Os benefícios marginais que podem se seguir à exclusão da prova obtida nessas circunstâncias não justificam os custos substanciais da exclusão. *Leon*, supra, p. 922. p. 11-13.

492 F. 3d. 1212, mantida.

O M. P. Roberts elaborou a declaração de voto da Corte, à qual aderiram os M.M. Scalia, Kennedy, Thomas e Alito. A M. Ginsburg

apresentou uma declaração de voto divergente, à qual os M.M. Stevens, Souter e Breyer aderiram. O M. Breyer apresentou uma declaração de voto divergente, à qual aderiu o M. Souter.

Suprema Corte dos Estados Unidos

N. 07-513

Bennie Dan Herring, peticionário vs. United States

Na ordem de avocação dirigida ao Tribunal de Apelações da 11.ª Circunscrição dos Estados Unidos.

[14.01.2009]

O Ministro Presidente Roberts redigiu a declaração de voto da Corte.

A Quarta Emenda proíbe "buscas e apreensões desarrazoadas", e isso normalmente requer que a polícia tenha uma suspeita ou disponha de um mandado antes de prender alguém. Mas e se um agente acredita, com relativa razoabilidade, que há um mandado de prisão pendente de cumprimento, mas aquela convicção se verifica equivocada, em face de um erro cometido por outro policial no que diz respeito ao armazenamento daquela informação? As partes concordam em afirmar que essa prisão de fato constitui uma violação à Quarta Emenda, mas divergem sobre a necessidade de se excluir do processo o material ilícito encontrado no curso da busca realizada subseqüentemente àquela prisão.

Nossa jurisprudência entende que a exclusão probatória não é uma consequência automática de violações aos preceitos da Quarta Emenda. Pelo contrário, a questão se volta para a culpabilidade da polícia, e até que ponto a exclusão da prova afetará as más-práticas policiais. No caso concreto, o erro foi o resultado de um ato de descuido isolado, que foi atenuado pela prisão. Nós entendemos que em circunstâncias assim, o júri não deve ser impedido de levar em consideração toda a prova colhida.

I

No dia 07.07.2004, o investigado Mark Anderson tomou conhecimento de que Bennie Dean Herring havia se dirigido ao pátio da delegacia de polícia do condado de Coffee para reaver um objeto que estava em sua caminhoneta, e que ali se encontrava custodiada. Herring era um velho conhecido da polícia, e por isso mesmo, Anderson solicitou à responsável pelas ordens de capturas daquele condado, Sandy Pope, para

que checasse a existência de mandados de prisão expedidos em nome de Herring. Como nenhum fora encontrado, Anderson pediu a Pope para que verificasse essa mesma informação com Sharon Morgan, sua contrapartida no condado de Dale. Após checar o banco de dados do condado de Dale, Morgan constatou haver um mandado de prisão pendente de cumprimento em nome de Herring, por não ter comparecido a uma audiência criminal. Pope repassou essa informação a Anderson e solicitou a Morgan para que lhe transmitisse uma cópia daquele mandado por fax para posterior confirmação. Anderson e um assistente então seguiram Herring após ele ter deixado o pátio de veículos apreendidos, aproximaram-se, e o prenderam. Uma busca realizada logo após a prisão revelou que Herring portava metanfetamina em seu bolso, e um revólver (que ele não tinha autorização para portar) em seu veículo. Ap. 17-23.[5]

Havia, entretanto, um problema com o mandado. Os registros do computador da polícia do condado de Dale deveriam guardar correspondência com os documentos que aquele órgão mantém em meio físico. Mas quando Morgan foi até os arquivos em busca do mandado para enviá-lo por fax para Pope, Morgan não conseguiu encontrá-lo. Morgan telefonou então para um funcionário do fórum local e ficou sabendo que aquele mandado havia sido recolhido há cinco meses atrás. Normalmente, quando um mandado é recolhido, um funcionário do fórum ou o próprio juiz telefona para Morgan, que cadastra a informação na base de dados da polícia local e inutiliza a cópia em meio físico. Por alguma razão, a informação sobre o recolhimento do mandado de Herring não estava aparecendo na base de dados. De súbito, Morgan telefonou para Pope a fim de alertá-la sobre aquela confusão, e Pope, por sua vez, contatou Anderson através do rádio. Tudo isso levou cerca de 10 a 15 minutos, mas Herring já havia sido preso e encontrado com a arma e com as drogas, apenas a alguns metros da delegacia de polícia. Idem, p. 26, 35-42, 54-55.

Herring foi indiciado pela Justiça Federal do Meio Distrito do Alabama[6] por porte ilegal de arma e drogas, violações do Título 18,

5. Disponível em: [http://tinyurl.com/8u6xsg] (N. do T.).

6. No original, *United States District Court for the Middle District of Alabama.* Essa Seção Judiciária tem jurisdição sobre os condados de Autauga, Barbour, Bullock, Butler, Chilton, Coosa, Covington, Crenshaw, Elmore, Lowndes, Montgomery, Pike, Chambers, Lee, Macon, Randolph, Russell, Tallapoosa, Coffee, Dale, Geneva, Henry e Houston, todos no Estado do Alabama. Para

§922, g, 1 e Título 21, §844, *a*, do U.S.C.[7] A defesa de Herring buscou anular a prova sob o fundamento de que a prisão fora ilegal, uma vez que já havia sido determinado o recolhimento do mandado que lhe dera causa. O magistrado de primeiro grau, entretanto, denegou o pedido, por entender que os policiais haviam agido de boa-fé ao acreditar que o mandado em questão encontrava-se de fato pendente de cumprimento. Além do mais, ainda que se tratasse de uma violação à Quarta Emenda, não havia "nenhuma razão para acreditar que a aplicação da regra de exclusão no caso concreto teria evitado a ocorrência de erros futuros". Ap. 70. O entendimento da primeira instância, 451 F. Supp. 2d 1290 (2005), foi mantido pelo Tribunal de Apelações da 11.ª Circunscrição, 492 F. 3d 1212 (2007).

A 11.ª Circunscrição entendeu que os agentes que efetivaram a prisão de Herring no condado de Coffee "agiram absolutamente sem culpa ou desatenção alguma" idem, p. 1218. O Tribunal também admitiu ser um policial a pessoa que deixou de atualizar os registros da delegacia do condado de Dale, mas observou que "a conduta em questão foi apenas um ato omissivo displicente, e não uma opção intencional ou tática de ação". Ibidem. E como o erro não passou de um ato displicente, atenuado pelo resultado da prisão, a 11.ª Circunscrição chegou à conclusão de que os benefícios alcançados com a exclusão da prova no caso concreto seriam "marginais ou inexistentes", ibidem (omitiu-se as aspas contidas no original), e que aquela deveria ser tida por lícita, em conformidade com a regra de boa-fé proclamada no caso *United States vs. Leon*, 468 U. S. 897.

Outros tribunais já determinaram a exclusão da prova obtida através de erros similares cometidos pela polícia, e. g., *Hoay* vs. *State*, 348 Ark. 80, 86-87, 71 S. W. 3d 573, 577 (2002), de modo que nós decidimos admitir o pedido de avocação de Herring para solucionar esse conflito, 552 U. S. ___ (2008). E, agora, nós estamos mantendo a decisão proferida pela 11.ª Circunscrição.

informações adicionais a respeito da divisão administrativa da justiça federal no Estado do Alabama, vide os gráficos disponíveis em: [http://www.almd.uscourts.gov/courtdir/divisions.htm] (N. do T.).

7. No original, *United States Code*. Trata-se de uma compilação das leis federais editadas pelo Congresso dos Estados Unidos ao longo dos anos. Disponível em: [http://www4.law.cornell.edu/uscode/] (N. do T.).

II

Quando a decisão de que há fundada suspeita se apoiar em suposições razoáveis, porém equivocadas, a pessoa que tiver se sujeitado a uma busca ou apreensão não terá sido necessariamente vítima de uma violação de suas garantias e liberdades constitucionais. A própria expressão "fundada suspeita" está a confirmar que nem mesmo a Quarta Emenda exige tamanha precisão. O fato de o erro vir a ser atribuído a um agente estatal ou a uma outra fonte também poderá, eventualmente, interferir na análise proposta. Para os fins de julgamento desse caso, entretanto, nós aceitamos a assunção das partes no sentido de que houve, de fato, uma violação da Quarta Emenda. A questão é saber se a regra de exclusão deveria ser aplicada no caso concreto.

A

A Quarta Emenda protege "o direito do povo de resguardar as suas próprias pessoas, casas, papéis, e bens de buscas e apreensões desarrazoadas", mas não contém previsão expressa proibindo a utilização da prova obtida através da violação de seus comandos, *Arizona vs. Evans*, 514 U. S. 1, 10 (1995). Nada obstante, nossa jurisprudência estabeleceu uma regra de exclusão que, quando aplicável, proíbe o uso da prova ilegalmente obtida em juízo. Vide, e.g. *Weeks vs. United States*, 232 U. S. 383, 398 (1914). Nós já tivemos a oportunidade de afirmar que essa regra de criação judicial foi "elaborada para salvaguardar os direitos da Quarta Emenda através de seus efeitos dissuasórios". *United States vs. Calandra*, 414 U. S. 338, 348 (1974).

Ao analisar a aplicabilidade da regra, o caso *Leon* nos adverte sobre a necessidade de se considerar as ações de todos os policiais envolvidos na hipótese sob análise. 468 U. S., p. 923, n. 24 ("É preciso considerar a razoabilidade objetiva, não apenas dos agentes que eventualmente executaram o mandado, mas também dos agentes que o obtiveram ou que proporcionaram material informativo para que fosse tomada a decisão de fundada suspeita"). Os agentes do condado de Coffee não fizeram nada de impróprio. A bem da verdade, o erro só foi noticiado de maneira tão rápida porque o condado de Coffee requereu uma confirmação, por fax, do mandado.

A 11.ª Circunscrição concluiu, entretanto, que alguém no condado de Dale deveria ter atualizado o banco de dados da polícia de modo a refletir o recolhimento do mandado de prisão. O magistrado de primeiro

grau também entendeu que esse erro se deu por um ato de displicência, não havendo encontrado elementos que pudessem caracterizá-lo como temerário ou intencional. 492 F. 3d, p. 1218.[8] Esse dado é crucial para o entendimento de que esse erro não é suficiente por si próprio a ponto de exigir a "extrema sanção da exclusão". *Leon*, supra, p. 916.

B

1. O fato de ter havido uma ofensa à Quarta Emenda – i.e., uma busca ou apreensão ter sido considerada desarrazoada – não significa, necessariamente, que a regra da exclusão probatória terá de ser aplicada. *Illinois vs. Gates*, 462 U. S. 213, 223 (1983). Com efeito, a exclusão da prova "sempre foi o nosso último recurso, e nunca o nosso primeiro impulso", *Hudson vs. Michigan*, 547 U. S. 586, 591 (2006), e nossos precedentes estabelecem princípios importantes no sentido de restringir a aplicação da regra da exclusão probatória.

Primeiro, a regra da exclusão probatória não constitui um direito subjetivo individual e só é aplicável nos casos em que "resulte em considerável intimidação". *Leon*, supra, p. 909 (citando *United States* vs. *Janis*, 428 U. S. 433, 454 (1976)). Nós temos rejeitado repetidamente o argumento no sentido de que a exclusão da prova é a consequência lógica de uma ofensa à Quarta Emenda. *Leon*, supra, p. 905-906; *Evans*, supra, n. 13-14; *Pennsylvania Bd. of Probation and Parole vs. Scott*, 524 U. S. 357, 363 (1998). Em seu lugar, nós temos focalizado na eficácia da regra a fim de desencorajar violações à Quarta Emenda no futuro. Vide *Calandra*, supra, p. 347-355; *Stone vs. Powell*, 428 U. S. 465, 486 (1976).

No mais, os benefícios da intimidação devem ser maiores que os seus custos. *Leon*, supra, p. 910. "Nós jamais sugerimos que a regra da exclusão probatória devesse ser aplicada nos casos em que gerasse efeitos dissuasórios marginais". *Scott*, supra, página 368. "Na medida em que a

8. No início de sua decisão, a 11.ª Circunscrição descreveu o erro como "no mínimo displicente" 492 F. 3D 1212, 1217 (2007) (citando *Michigan vs. Tucker*, 417 U. S. 433, 447 (1974)). Mas no parágrafo seguinte, esclareceu que o erro fora "apenas um ato omissivo displicente, e não uma opção intencional ou tática de ação", 492 F. 3d, na página 1218. O caso trata o erro em questão como um ato "displicente", vide o Ped. de Avocação (disponível em: [http://tinyurl.com/73q9vc]) (N. do T.); Contra-razões (1) (disponível em: [http://tinyurl.com/8jldyq]) (N. do T.), sendo que ambas partes se referiram à questão daquela forma.

aplicação da regra da exclusão probatória propicie alguma intimidação, seus eventuais benefícios deverão ser sopesados em face de [seus] custos sociais". *Illinois vs. Krull*, 480 U. S. 340, 352-353 (1987) (omitiu-se as aspas contidas no original). O principal custo de aplicação da regra, é, certamente, livrar defendentes culpados e eventualmente perigosos – algo que "ofende os conceitos básicos da sistema de justiça criminal". *Leon*, supra, p. 908. "O caro pedágio cobrado pela regra em favor dos objetivos da busca da verdade e da aplicação da lei penal representa um grande obstáculo para aqueles que anseiam pela aplicação daqueles princípios". *Scott, supra*, p. 364-365 (omitiu-se as aspas contidas no original); vide também *United States vs. Havens*, 446 U. S. 620, 626-627 (1980); *United States vs. Payner*, 447 U. S. 727, 734 (1980).

Esses princípios estão refletidos no caso *Leon*: sempre que a polícia agir com base em um mandado de busca inválido por ausência de fundada suspeita, a regra da exclusão probatória só terá aplicabilidade se a ação policial tiver tido "amparo razoavelmente objetivo" naquele mandado de busca. 468 U. S., p. 922. Nós (talvez de maneira confusa) denominamos esse amparo razoavelmente objetivo de "boa-fé". Ibidem, n. 23. Em um caso parecido, *Massachussets vs. Shepard*, 468 U. S. 981 (1984), nós decidimos que a regra da exclusão probatória não tinha aplicação nas hipóteses em que um mandado era inválido porque o juiz havia esquecido de fazer "correções clericais" nele. Idem, p. 991.

Pouco tempo depois, nós acabamos por estender essas decisões a buscas administrativas desprovidas de mandados, amparadas na boa-fé de uma lei posteriormente declarada inconstitucional. *Krull*, supra, p. 349-350. Finalmente, no caso *Evans*, 514 U. S. 1, nós aplicamos a regra da boa-fé aos agentes de polícia que se amparavam de forma razoável em informações equivocadas originadas de um banco de dados judicial, e que davam conta de que um mandado de apreensão encontrava-se pendente de cumprimento. Nós entendemos naquela oportunidade que o erro de um funcionário judicial não poderia dar causa à exclusão probatória por três motivos: a regra da exclusão probatória foi elaborada para controlar a polícia e não as más-práticas judiciais; não é de se esperar que funcionários judiciais tentem sabotar a Quarta Emenda; e "o mais importante, não havia razão para acreditar que a aplicação da regra naquelas circunstâncias" teria proporcionado efeitos dissuasórios significativos a ponto de impedir aqueles erros de serem cometidos. Idem, p. 15. O caso *Evans* não resolveu, entretanto, "se a prova deveria ser excluída nos casos em que a polícia fosse responsável pelo erro que dera

causa à sua produção",[9] uma questão que não foi levantada pelo Estado naquele caso, idem, p. 16, n. 5, mas que agora nós enfrentaremos.

2. A medida pela qual a regra da exclusão probatória é justificada por seus efeitos dissuasórios varia em função do grau culpabilidade da conduta dos agentes dos órgãos repressores. Conforme nós já tivemos a oportunidade de manifestar no caso *Leon*, a "avaliação da quantidade de más-práticas policiais constitui um importante passo para a aplicação da regra da exclusão probatória". 468 U. S., p. 911. Similarmente, ao decidir o caso *Krull*, nós firmamos posicionamento no sentido de que "a prova só deve ser anulada se se puder afirmar que o agente de polícia sabia, ou deveria saber, que a busca era inconstitucional nos termos da Quarta Emenda" 480 U. S., p. 348-349 (citando *United States vs. Peltier*, 422 U. S. 531, 542 (1975)).

Antecipando a exceção da boa-fé para a regra da exclusão probatória, o juiz Friendly[10] escreveu que "o propósito beneficente da regra da exclusão probatória para desencorajar má-conduta policial pode ser suficientemente alcançado pela prática (...) de declarar a ilicitude da prova obtida por flagrante ou deliberada violação de direitos". The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure, 53 Calif. L. Rev. 929, 953 (1965) (notas de rodapé omitidas); vide também *Brown vs. Illinois*, 422 U. S. 590, 610-611 (1975) (M. Powell, concordando parcialmente) ("O valor dissuasório da regra da exclusão probatória é mais efetivo" quando "a conduta dos agentes estatais for flagrantemente abusiva em relação aos direitos previstos na Quarta Emenda").

9. É por isso que nós rejeitamos o voto do ministro Breyer no sentido de que o caso Evans era integralmente "baseado em uma distinção entre erros judiciais e policiais" (voto divergente). Se fosse esse o único fundamento para a nossa decisão, não teria havido razão para que nós deixássemos sem apreciar a questão relativa aos erros cometidos pela polícia. No mais, na medida em que o caso *Evans* é visto como presságio de um resultado em particular para o caso concreto, é válido notar que a concepção da divergência no caso *Evans* refere-se a uma distinção que Ministro Breyer vê aqui como decisiva, mas que lá foi considerada, ao contrário, "artificial". 514 U.S., p. 29 (voto divergente da M. Ginsburg).

10. Henry Friendly foi um magistrados mais brilhantes e respeitados da história dos Estados Unidos. Funcionou como desembargador federal do Tribunal de Apelações da 2.ª Circunscrição de 1959 até 1974, tendo exercido a presidência daquele tribunal de 1971 até 1973. Suicidou-se em 1986, aos 82 anos de idade (N. do T.).

Com efeito, os abusos que deram causa à regra da exclusão probatória eram característicos de práticas intencionais claramente inconstitucionais. No caso *Weeks*, 232 U. S. 383, uma das decisões que contribuíram para a formação da regra da exclusão probatória, agentes da polícia entraram na casa do defendente (utilizando uma chave fornecida a eles pelo vizinho), confiscaram papéis incriminadores, e depois, retornaram novamente com um oficial de justiça para confiscar ainda mais documentos. Idem, p. 386. Além de não dispor de um mandado de apreensão, o que era exigido pelo Tribunal, eles poderiam não ter conseguido obtê-lo, caso tivessem tentado. Faltavam tantas declarações juramentadas e informações específicas que "nem mesmo uma determinação do Tribunal teria justificado aquele procedimento". Idem, p. 393-394. O caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, 251 U. S. 385 (1920), no qual o peticionário se apóia, é semelhante; agentes federais "sem a menor sombra de autoridade" entraram no escritório do defendente e "fizeram uma limpeza" de todos os papéis que puderam encontram pela frente. Idem, p. 390. Mesmo o governo pareceu admitir que a "busca foi abusiva". Idem, p. 391.

Uma conduta de semelhante flagrância foi o objeto do caso *Mapp vs. Ohio*, 367 , U. S. 643 (1961), cuja decisão prevaleceu sobre a que foi proferida no caso *Wolf vs. Colorado* 338 U. S. 25 (1949), e que acabou estendendo a regra da exclusão probatória para os Estados. Agentes da polícia forçaram a porta da casa de Mapp, impediram o seu advogado de entrar, exibiram ostensivamente um mandado que posteriormente o Tribunal concluiu ser falso, colocaram algemas nela e revistaram minuciosamente a casa em busca de material obsceno. 367 U. S., p. 644-645. Vide Friendly, supra, p. 953, e n. 127 ("a situação relatada no caso *Mapp*" caracterizava uma "flagrante ou deliberada violação de direitos"). Um erro proveniente de displicência não-recorrente e atenuada deve, portanto, ser afastado do núcleo das preocupações que nos levaram inicialmente à adoção da regra. E, de fato, desde o caso *Leon*, nós jamais aplicamos a regra para anular provas obtidas em ofensa à Quarta Emenda, em que a conduta da polícia não tivesse sido mais intencional ou culpável do que a relata nesse caso.

3. Para que a regra da exclusão probatória possa ser aplicada, a conduta da polícia deve ser intencional a ponto da exclusão impedir de forma significativa a sua ocorrência, e culpável a ponto da exclusão valer o preço pago pelo sistema judicial. Conforme se encontra bem delineado em nossa jurisprudência, a regra da exclusão probatória se presta para

impedir conduta intencional, temerária e absolutamente displicente, ou, em algumas hipóteses, displicência recorrente ou sistêmica. O erro, no caso concreto, não é dessa espécie.[11]

A decisão que tomamos no caso *Franks vs. Delaware*, 438 U. S. 154 (1978) nos permite fazer uma analogia. Cf. *Leon*, supra, p. 914. No caso *Franks*, nós decidimos que a displicência da polícia em obter um mandado sequer poderia ser considerada uma ofensa à Quarta Emenda, de longe o exame mais difícil que já fizemos com vista à aplicação da regra da exclusão probatória. Nós entendemos ali que a Constituição permitia aos defendentes, em algumas circunstâncias, "desafiar a veracidade das declarações juramentadas que davam suporte ao mandado", mesmo depois que o mandado já havia sido expedido. 438 U. S., p. 155-156. Se aquelas declarações falsas tivessem sido determinantes para a "fundada suspeita" do magistrado, elas teriam sido consideradas "nulas". Ibidem. Mas nós não achamos que todas as declarações falsas eram relevantes: "É preciso que haja declarações intencionalmente falsas ou que façam pouco caso da verdade" e "alegações de displicência ou de equívocos inocentes não são o bastante". Idem, p. 171.

Tanto o caso em tela quanto o de *Franks* referem-se a informações falsas prestadas pela polícia. Neste último, as displicentes falhas de comunicação da polícia não tiveram o condão de determinar a nulidade do mandado, nem a invalidez de uma busca ou apreensão. No caso concreto, as falhas de comunicação ocorreram em um contexto distinto – depois que o mandado havia sido expedido e recolhido – mas esse fato também não tem o condão de anular a prova obtida.

A análise apropriada dos efeitos dissuasórios e da culpabilidade é de natureza objetiva, e não uma "investigação sobre a consciência subjetiva dos agentes que efetivaram a prisão". Memorial da Réplica do Peticionário 4-5.[12] Vide também *post*, p. 10, n. 7 (voto divergente da M.

11. Nós não discutiremos a alegação da Ministra Ginsburg no sentido de que a "responsabilidade pela displicência (...) cria um incentivo para agir com maior cuidado", *post*, p. 7, e nós não estamos afirmando aqui que a exclusão da prova poderia não ter um efeito dissuasório. Mas a nossa jurisprudência requer que qualquer desencorajamento seja "sopesado em face dos custos sociais substanciais cobrados pela regra da exclusão probatória", *Illinois vs. Krull*, 480 U. S. 340, 352-353 (1987) (citando *Leon*, 468 U. S., p. 907), e a exclusão aqui não paga seu custo.

12. Disponível em: [http://www.abanet.org] (N. do T.).

Ginsburg). Nós já nos posicionamos no sentido de que "nossa indagação de boa-fé limita-se a uma questão de razoável objetividade, se um agente bem treinado teria sabido que a busca que realizava era ilegal, à luz de "todas as circunstâncias". *Leon*, 468 U. S., p. 922, n. 23. Essas circunstâncias incluem freqüentemente o conhecimento e a experiência de um agente em particular, mas isso não isso não torna essa análise ainda mais subjetiva do que a da fundada suspeita, voltada para o conhecimento e experiência do agente, *Ornelas vs. United States*, 517 U. S. 690, 699-700 (1996), e não para o elemento subjetivo, *Whren vs. United States*, 517 U. S. 806, 812-813 (1996).

4. Nós não estamos afirmando aqui que todos os erros cometidos pela policia referentes ao armazenamento de dados são imunes à aplicação da regra da exclusão probatória. Mas no caso concreto, a conduta em questão não foi tão culpável a ponto de requerer a exclusão da prova produzida. No caso *Leon*, nós havíamos sustentado que os benefícios marginais ou inexistentes proporcionados pela exclusão da prova obtida – que se ampara, com relativa objetividade, em um mandado de busca que foi subseqüentemente invalidado – não tem o condão de justificar os custos substanciais da exclusão. 468 U. S., p. 922. O mesmo é vale sempre que a prova obtida encontrar-se amparada, com relativa objetividade, em um mandado que for subseqüentemente recolhido.

Se a polícia tivesse se mostrado desidiosa no que se refere à manutenção da central de mandados, ou tivesse ingressado dados falsos para fundamentar prisões ilegais no futuro, a exclusão da prova teria sido certamente justificada por nossa jurisprudência, se a conduta em questão implicasse em uma ofensa à Quarta Emenda. Nós dissemos isso no caso *Leon*, ao explicar que um agente não pode "obter um mandado com base em uma declaração juramentada de 'carne e osso' e, depois, se apoiar em colegas que ignoravam as circunstâncias pelas quais o mandado havia sido obtido, visando proceder à busca". Idem, p. 923, n. 24 (citando *Whiteley* vs. *Warden, Wyo. State Penitentiary*, 401, U. S. 560, 568 (1971)). O receio do peticionário de que nossa decisão fará com que a polícia incentive intencionalmente a ignorância de seus agentes, Memorial do Peticionário 37-39,[13] é, portanto, infundado.

A divergência também adverte para a eventual falta de segurança de alguns bancos de dados, que não são relevantes para esse caso. *Post*,

13. Disponível em: [http://www.abanet.org] (N. do T.).

p. 8-9. Em um caso em que se logrou demonstrar a existência de erros sistêmicos, pode ser temerário para os agentes confiar em uma central de mandados que gera desconfiança. Vide *Evans*, 514 U. S., p. 17 (voto concorrente da M. O'Connor) ("Certamente *não* seria razoável que a polícia confiasse (...) em um sistema de armazenamento de dados (...) que rotineiramente leva a prisões indevidas" (adicionou-se o último destaque)); Hudson, 547 U. S., p. 604 (voto concorrente do M. Kennedy) ("Se um padrão comum de ofensas tivesse sido demonstrado (...) teria havido motivo para sérias preocupações" (o destaque é nosso). Mas não há evidência de que os erros ocorridos nos sistema do condado de Dale sejam rotineiros ou comuns. O agente Anderson declarou que ele jamais teria razão para questionar informações relativas aos mandados do condado de Dale, Ap. 27, e tanto Sandy Pope, quanto Sharon Morgan declararam jamais ter presenciado uma falha de comunicação de tal natureza, idem, p. 33, 61-62. Trata-se de um episódio ainda menos errático que o do caso Evans, cujo banco de dados nós entendemos ter sido uma fonte de relativa objetividade. 514 U. S., p. 15 (erro parecido "a cada três ou quatro anos"). Como isso não foi demonstrado aqui, vide 451 F. Supp. 2d, p. 1292,[14] a 11.ª Circunscrição agiu corretamente ao manter a denegação do pedido de exclusão da prova.

A alegação do peticionário de que a displicência da polícia acarreta automaticamente na exclusão da prova não se alinha com os princípios que fundamentam a regra da exclusão probatória, tal qual eles vêm sendo explicados por nossa jurisprudência. À luz de nossas repetidas decisões no sentido de que os efeitos dissuasórios devem ser efetivos a ponto de fazer valer os prejuízos causados ao sistema judicial, e. g. Leon, 468 U. S., p. 909-910, nós concluímos que sempre que os erros da polícia forem

14. z Ministra Ginsburg observa que em uma das audiência designadas para a análise da ilicitude da prova, Morgan testemunhou – aparentemente perturbada – que teria havido falhas de comunicação em "várias oportunidade". *Post*, p. 3, n. 2 (citando a Apelação do Peticionário, 17a). Quando mais tarde ela viu que havia se equivocado, Morgan corrigiu de maneira enfática sua declaração. Ap. 61-62. Notando isso, a primeira instância entendeu que a expressão "várias oportunidades", que fora utilizada por Morgan, era "obtusa e, em sua essência, imprestável", concluindo não ter havido "indícios críveis de que existiam problemas rotineiros relacionados a mandados já recolhidos". 451 F. Supp. 2d, p. 1292. Essa decisão fatual, que tem apoio nos autos e que foi creditada pelo Tribunal de Apelações, vide 492 F. 3d, p. 1219, deve ser levada, por óbvio, em consideração.

o resultado de uma displicência tal qual a descrita no caso concreto, e não fruto de um erro sistêmico ou de descaso aos requisitos constitucionais, não será qualquer efeito dissuasório marginal que irá "pagar o seu preço". Idem, p. 907-908, n. 6 (omitiu-se as aspas contidas no original). Em um caso assim, o criminoso não deve "livrar-se solto por conta de uma mancada da polícia". *People vs. Defore*, 242 N. Y. 13, 21, 150 N. E. 585, 587 (1926) (declaração de voto da Corte a cargo do M. Cardozo).

Mantemos, portanto, a decisão proferida pelo Tribunal de Apelações da 11.ª Circunscrição.

E assim está determinado.

Suprema Corte dos Estados Unidos

N. 07-513

Bennie Dan Herring, peticionário vs. United States

Na ordem de avocação dirigida ao Tribunal de Apelações da 11.ª Circunscrição dos Estados Unidos.

[14.01.2009]

Declaração de voto divergente da Ministra Ginsburg, à qual aderem o Ministro Stevens, o Ministro Souter e o Ministro Breyer.

O peticionário Bennie Dean Herring foi preso e submetido a uma busca, embora não houvesse nenhum mandado pendente de cumprimento em seu desfavor, e faltasse fundada suspeita à polícia para acreditar que ele estivesse envolvido em uma atividade ilícita. A prisão e a busca que se seguiu àquela violaram, portanto, os direitos de Herring previstos na Quarta Emenda de se "resguardar (...) contra buscas e apreensões desarrazoadas". O Tribunal de Apelações assim o decidiu, e a acusação não contestou esse ponto.

A regra da exclusão probatória possibilita que as ofensas à Quarta Emenda sejam reparadas ao demonstrar para o Estado a posição em que este se encontraria caso a busca e apreensão não tivesse sido declarada inconstitucional. A regra, portanto, encoraja vigorosamente a obediência aos preceitos da Quarta Emenda em atos futuros. A Corte, nada obstante, entende que essa regra não se aplica ao caso concreto porque foi o descuidado armazenamento de dados por parte da polícia – e não más-práticas flagrantes ou intencionais – o que teria causado a prisão de Herring.

Eu não reduziria o campo de aplicação da regra da exclusão probatória, e teria me socorrido dela no caso concreto: "Se os tribunais devem ter algum poder para desencorajar a polícia de cometer erros como os que foram vistos aqui, isso tem que ser feito por meio da regra da exclusão probatória". *Arizona vs. Evans*, 514 U. S. 1, 22-23 (1995) (voto divergente do Ministro Stevens). A busca ilegal ocorrida no caso em tela foi impugnada em juízo porque a polícia encontrou metanfetamina no bolso de Herring e uma pistola em sua caminhoneta. Mas o "impacto mais grave" da decisão da Corte será percebido por pessoas inocentes "injustamente presas com base em informações errôneas cuidadosamente mantidas em um banco de dados virtual". Idem, p. 22.

I

O mandado de prisão em nome de Herring foi recolhido em fevereiro de 2004, aparentemente porque havia sido expedido por equívoco. Vide o Memorial do Peticionário 3, n. 1 (citando a Ap., 63). A central de mandados da polícia do condado de Dale, entretanto, não sofre atualizações automáticas a ponto de refletir esse tipo de modificação. Ap. 39-40, 43, 45. Um funcionário da polícia do condado de Dale – que as partes não identificaram – devolveu a cópia do mandado em meio físico para o fórum, mas deixou de corrigiu o banco de dados da polícia, no sentido de indicar que o mandado havia sido recolhido. A informação equivocada permaneceu então no banco de dados, intocada, por cinco meses.

Em uma tarde de julho de 2004, Herring foi à delegacia de polícia do condado de Country para reaver alguns pertences em um veículo que se encontrava apreendido no pátio daquela unidade. Idem, p. 17. O investigador Mark Anderson, que se encontrava na delegacia naquele dia, conhecia Herring de oportunidades anteriores: Herring havia comentado ao promotor de justiça local, entre outros, que suspeitava do envolvimento de Herring na morte de um adolescente do condado, e, em face disso, Anderson estava no encalço de Herring para incriminá-lo. Idem, p. 63-64. Informado de que Herring encontrava-se no pátio da delegacia, Anderson perguntou à responsável pela central de mandados do condado de Coffee se havia uma ordem de prisão em nome de Herring pendente de cumprimento. Idem, p. 18. A agente, Sandy Pope, não encontrou nenhum mandado. Idem, p. 19.

Anderson então pediu a Pope para que telefonasse para a delegacia do condado vizinho de Dale para indagar se por acaso havia ali algum mandado de prisão em nome de Herring pendente de cumprimento. Após receber o telefonema de Pope, Sharon Morgan, a agente responsável pela central de mandados da polícia do condado de Dale, checou o banco de dados virtual da delegacia. Conforme já exposto, o banco de dados da delegacia havia retido equivocadamente um mandado em nome de Herring. A busca de Morgan, então retornou – indevidamente – a notícia de um mandado válido de prisão para Herring. Idem, p. 41. Morgan passou essa informação equivocada para Pope, *ibid.*, que, por sua vez, a repassou para o investigador Anderson, idem, p. 35. Municiado da informação da existência de um mandado, Andeerson prontamente prendeu Herring, e procedeu, na seqüência, a uma busca, minutos antes do equívoco ser descoberto.

O Tribunal de Apelações concluiu, e a acusação não contestou, que a "falha em proceder à atualização do banco de dados [da polícia do condado de Dale] foi, no mínimo, um ato um tanto quanto displicente". 492 F. 3d 1212, 1217 (CA11 2007) (citando *Michigan vs. Tucker*, 417 U. S. 433, 447 (1974)). E é incontestável aqui que a prisão de Herring violou os direitos que lhe são garantidos pela Quarta Emenda. Por isso mesmo, a única controvérsia resulta em saber se a exclusão probatória deverá ou não ser determinada pelo efeito de contaminação da busca ilegal.[15] A Corte sustenta que a exclusão probatória não se justificaria no caso concreto porque o "núcleo das preocupações" da regra da exclusão probatória não pode ser afetado por um equívoco isolado e displicente no armazenamento de dados, atenuado pela prisão. Ante, p. 9, 12.[16] No meu ponto de vista, a declaração de voto da Corte subestima a necessidade de

15. É irrelevante para a análise da exclusão probatória suscitada saber se o erro de armazenamento ocorreu no condado de Dale e não no condado de Coffee. Conforme a Corte apontou, "nós devemos considerar as ações de todos os agentes de polícia envolvidos". Ante, p. 4. Vide também *United States vs. Leon*, 468 U. S. 897, 923, n. 24 (1984).

16. Não está de todo claro o quão "isolado" foi o equívoco no caso concreto. Quando o responsável pela central de mandados da polícia do condado de Dale foi indagado: "Quantas vezes a senhora ou o condado de Dale tiveram problemas, quaisquer problemas com a comunicação de mandados", ela respondeu: "Muitas vezes". Ap. 17a (omitiu-se as aspas contidas no original).

uma regra da exclusão probatória enérgica, bem como a gravidade dos erros no armazenamento de dados por parte dos agentes repressores.

II

A

A Corte afirma que a regra da exclusão probatória não constitui um direito subjetivo do defendente, ante, p. 5; trata-se, antes, de um remédio aplicável sempre que a exclusão probatória puder resultar em uma dissuasão apreciável que venha a se sobrepor ao custo do sistema judicial, ante, p. 12. Vide também, ante, p. 9 ("A regra da exclusão probatória se presta para impedir conduta intencional, temerária e absolutamente displicente, ou, em algumas hipóteses, displicência recorrente ou sistêmica").

A discussão da Corte invoca uma concepção famosa da regra da exclusão probatória, sustentada por renomados juristas como Henry J. Friendly e Benjamin Nathan Cardozo. Há mais de 80 anos atrás, Cardozo, então desembargador do Tribunal de Apelações de Nova York, criticou a aplicação da regra da exclusão probatória na Justiça Federal, que até então não havia se estendido aos Estados. Sua Excelência sugeriu que em pelo menos alguns casos, a regra excedia um pouco o preço pago pelo sistema de justiça criminal. Vide *People vs. Defore*, 242 N. Y. 13, 24-25, 150 N. E. 585, 588-589 (1926). Em palavras frequentemente citadas, Cardozo questionou se o criminoso deveria "livrar-se solto por conta de uma mancada da polícia". Idem, p. 21, 150 N. E., p. 587.

O juiz Friendly reelaborou, mais tarde, a indagação de Cardozo. "A única razão para decretar-se a exclusão probatória", escreveu Friendly "é que a experiência tem demonstrado ser essa o único método efetivo para dissuadir a polícia de violar a Constituição". The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure, 53 Calif. L. Rev. 929, 951 (1965). Sua Excelência imaginou tratar-se de uma medida excessiva, à luz da finalidade da regra em dissuadir a conduta da polícia, decretar-se a exclusão da prova quando a polícia tivesse cometido apenas uma "mancada" – quando um agente de polícia tivesse cometido um erro técnico, em um juízo imediatista, idem, p. 952, ou tivesse cometido um "pequeno erro involuntário de julgamento", idem, p. 953. Conforme relatado pela Corte, o juiz Friendly sugeriu que a dissuasão das impropriedades cometidas pela polícia deveria ser "competentemente executada", confinando-se a regra

à "prova obtida através da violação flagrante ou intencional de direitos". Ibidem; ante, p. 8.

B

Já houve quem descrevesse "uma concepção mais majestosa" da Quarta Emenda e de sua auxiliar, a regra da exclusão probatória. *Evans*, 514 U. S., p. 18 (voto divergente do M. Stevens). Protetora do fundamental "direito do povo de resguardar as suas próprias pessoas, casas, papéis, e bens de buscas e apreensões desarrazoadas", a Emenda é uma "restrição ao poder soberano, e não apenas ao poder de alguns de seus agentes". Ibidem, (omitiu-se as aspas contidas no original); vide Stewart, The Road to *Mapp vs. Ohio* and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases, 83 Colum. L. Rev. 1365 (1983). Eu compartilho dessa concepção da Emenda.

A regra da exclusão probatória constitui um remédio necessário para assegurar que as proibições da Quarta Emenda "sejam efetivamente observadas". Idem, p. 1389; vide Kamisar, Does (Did) (Should) The Exclusionary Rule Rest On A "Principled Basis" Rather Than An "Empirical Proposition"? 16 Creighton L. Rev. 565, 600 (1983). A função da regra como auxiliar essencial da Emenda levou esta Corte, tempos atrás, a sustentar a inseparabilidade das duas eram inseparáveis. Vide *Whiteley vs. Warden, Wyo. State Penitentiary*, 401 U. S. 560, 568-569 (1971). Cf. *Olmstead vs. United States*, 277 U. S. 438, 469-471 (1928) (voto divergente do M. Holmes); idem; p. 477-479, 483-485 (voto divergente do M. Brandeis).

Não há dúvidas de que a regra tem como principal objetivo dissuadir - compelir o respeito à garantia constitucional de maneira efetiva – e a única forma de fazer isso é removendo os incentivos que permitem que a regra continue a ser desconsiderada. *Elkins v. United States*, 364 U. S. 206, 217 (1960). Mas a regra também serve a outros propósitos importantes: "Evita que o Judiciário se macule ao associar-se a ilegalidades oficiais" e "assegura às pessoas – vítimas em potencial de ilegalidades perpetradas por agentes estatais – de que o Estado não irá se beneficiar de seu comportamento ilícito, minimizando, assim, o risco de que a confiança popular seja solapada". *United States vs. Calandra*, 414 U. S. 338, 357 (1974) (voto divergente do M. Brennan). Vide também *Terry vs. Ohio*, 392 U. S. 1, 13 (1968) ("Uma regra de admissão probatória no processo penal, temos que admitir, possui o necessário efeito de legi-

timar a conduta que deu causa à produção da prova, ao passo em que a aplicação da regra da exclusão probatória nega aquela possibilidade"). Kamisar, supra, p. 604 (uma das principais razões da existência da regra é a "recusa de ajuda à Corte, com o qual busca-se manter o respeito à lei, e o resguardo do processo judicial de eventual contaminação" (citando *Olmstead*, 277 U. S., p. 484 (voto divergente do M. Brandeis).

A regra da exclusão probatória, destaque-se, é o único remédio capaz de reparar uma violação à Quarta Emenda. Vide *Mapp vs. Ohio*, 367 U. S. 643, 652 (1961) (notando a "futilidade óbvia de relegar a Quarta Emenda à proteção de outros bens"); Amsterdam, Perspectives on the Fourth Amendment, 58 Minn. L. Rev. 349, 360 (1974) (que descreve a regra de exclusão probatória como "o principal instrumento para o cumprimento dos preceitos [da Quarta Emenda]". A atribuição de responsabilidade civil não é compatível com a "grande maioria das violações à Quarta Emenda – as infrações frequentes motivadas por zelo condenável, e não por malícia condenável". Stewart, 83 Colum. L. Rev., p. 1389. Persecuções penais ou sanções administrativas em desfavor dos agentes ofensores, bem como ordens de injunção contra violações largamente disseminadas são realidades ainda mais distantes. Vide, idem, p. 1386-1388.

III

A Corte sustenta que no caso de Herring, a regra de exclusão probatória teria escasso efeito dissuasório, e, por isso mesmo, não poderia "pagar o seu preço". Ante, p. 13 (omitiu-se as aspas contidas no original). Eu discordo.

A

A regra da exclusão probatória, tal como propõe a Corte, teria o condão de provocar efeitos dissuasórios marginais apenas quando a conduta imprópria em questão fosse fruto de mero descuido, que não tenha sido intencional ou displicente. Vide ante, p. 9, 11. A proposta se choca de frente com uma premissa fundamental do direito das obrigações – a de que a responsabilização por atos negligentes, i. e., falta do devido cuidado, gera um incentivo para que se possa agir com maior cuidado. O requerido está ciente disso. Vide o seu Memorial 21; cf. Contra-razões 12.

O fato de o equívoco ocorrido no caso concreto estar relacionado com uma falha no registro de um banco de dados de computador não diminui o valor da regra de exclusão probatória. "Assim como o risco da responsabilidade *respondeat superior*[17] encoraja os empregadores a supervisionar [com mais cuidado] (...) a conduta de seus empregados, o risco da exclusão da prova encoraja os diretores e os administradores de sistemas a monitorar a performance dos sistemas que eles mesmos instalaram, bem como as pessoas empregadas para operar esses sistemas". *Evans*, 514 U. S., p. 29, n. 5 (voto divergente da M. Ginsburg).

Levemos em consideração o impacto potencial que teria no caso em tela a aplicação da regra da exclusão probatória. Conforme observado anteriormente, vide supra, p. 2, os autos demonstram que não há uma conexão eletrônica entre a central de mandados da polícia do condado de Dale e a do fórum, que fica no subsolo do edifício da delegacia. Ap. 39-40, 43, 45. Quando um mandado é recolhido, uma das "várias pessoas que têm acesso aos mandados", idem, p. 60, devem buscar a cópia em meio físico do mandado em "dois ou três lugares diferentes", onde a polícia costuma guardá-lo, idem, p. 41, devolvê-lo ao fórum, e atualizar manualmente o banco de dados da polícia, vide idem, p. 60. Os autos demonstram que não há nenhuma rotina destinada à checagem do banco de dados em análise, a fim de que a exatidão das informações ali contidas possam ser verificadas, sendo que a omissão na remoção do registro do mandado de Herring só foi descoberta cinco meses depois, quando o investigador Anderson decidiu persegui-lo. Não parece óbvio que a polícia poderia ter tomado maiores precauções no sentido de assegurar a integridade de seu banco de dados? A polícia "encontra-se na posição de remediar a situação e poderia muito bem fazê-lo na medida em que a regra da exclusão probatória encontra-se lá para remover o incentivo para agir em sentido contrário". 1 W. LaFave, Search and Seizure § 1.8(e), p. 313 (4th ed. 2004). Vide também *Evans*, 514 U. S., p. 21 (voto divergente do M. Stevens).

B

O potencial de dissuasão do caso em tela o torna merecedor dos custos que impõe? Vide ante, p. 9. À luz da imperiosa importância de que os órgãos policiais mantenham dados precisos em seus bancos de

17. Doutrina da *common law*, que prega a responsabilidade do empregador pelos atos de seus empregados no curso do trabalho contratado (N. do T.).

dados, eu responderia positivamente àquela questão – e, na seqüência, eu explicarei o porquê Herring possuir um caso particularmente robusto de ilicitude da prova por derivação.

Os bancos de dados eletrônicos são o sistema nervoso do funcionamento da justiça penal na atualidade. Em anos recentes, sua amplitude e influência expandiram de forma dramática. Hoje, a polícia pode aceder a bancos de dados que incluem não apenas o moderno *National Crime Information Center* (NCIC), mas também listas de observações de pessoas suspeitas da prática de atividades terroristas, do programa federal de qualificação profissional, além de vários outros bancos de dados comerciais. Memorial do *Electronic Privacy Information Center* (EPIC) et al. como *Amicus Curiae* 6. Os Estados, além do mais, têm compartilhando constantemente informações entre si. Idem, p. 8-13. Como resultado disso, os órgãos repressores têm experimentado um incremento no fluxo de informações, tendo em vista a facilidade de se obtê-las pela via eletrônica. Vide o Memorial do Peticionário 36-37.

Não é pequeno o risco de que ocorram equívocos provenientes desses bancos de dados. Os *amici* de Herring alertaram que os bancos de dados dos órgãos repressores não são monitorados como deveriam e encontram-se constantemente desatualizados. Memorial do Amicus EPIC13-28.[18] Os relatórios estatais descrevem, a título de exemplo, defeitos nos bancos de dados do NCIC,[19] nos bancos de dados das listas de observações de pessoas suspeitas da prática de atividades terroristas,[20] e nos bancos de dados associados ao programa federal de qualificação profissional.[21]

Imprecisões nas extensas e interconectadas compilações de informações eletrônicas provocam sérias preocupações às liberdades

18. Disponível em: [http://tinyurl.com/8hgygu] (N. do T.).

19. Vide Dept. of Justice, Bureau of Justice Statistics, P. Brien, Improving Access to and Integrity of Criminal History Records, NCJ 200581 (julho de 2005). Disponível em: [http://www.ojp.usdoj.gov] (Todos os materiais extraídos da internet foram obtidos em 12.01.2009, e encontram-se em poder do Secretário-Geral da Corte).

20. Vide Dept. of Justice, Office of Inspector General, Audit of the U. S. Department of Justice Terrorist Watchlist Nomination Processes, Audit Rep. 08–16 (Mar. 2008). Disponível em: [http://www.usdoj.gov].

21. Vide Social Security Admin., Office of Inspector General, Congressional Response Report: Accuracy of the Social Security Administration's Numident File, A–08–06–26100 (dez. 2006). Disponível em: [http://www.ssa.gov].

individuais. "A ofensa à dignidade do cidadão que é preso, algemado e revistado em público simplesmente porque um burocrata se esqueceu de atualizar um banco de dados" evoca o uso de mandados genéricos que tanto ultrajavam os autores de nossa Carta Constitucional. *Evans*, 514 U. S., p. 23 (voto divergente do ministro Stevens).

C

A Corte assegura que a "exclusão probatória certamente se justificaria" caso a "polícia tivesse se mostrado desidiosa no que se refere à manutenção da central de mandados, ou tivesse ingressado dados falsos para fundamentar prisões ilegais no futuro". Ante, p. 11. Essa admissão, entretanto, não traz muito conforto.

Em primeiro lugar, ao restringir a exclusão probatória em face de erros intencionais ou temerários de armazenamento, a maioria deixa Herring, e outros como ele, sem instrumentos para combater violações aos seus direitos constitucionais. Vide supra, p. 6. Não há como levar a sério a afirmação de que a solução está no Título 42, §1983 do U. S. C. A conduta do agente que efetivou a prisão teria sido abrigada por uma causa de justificação, vide *Harlow vs. Fitzgerald*, 457 U. S. 800 (1982), e a delegacia de polícia não pode ser responsabilizada pelos atos negligentes de seus funcionários, vide *Monell* vs. *New York City Dept. of Social Servs.*, 436 U. S. 658 (1978). Mais do que isso, identificar o funcionário da delegacia que cometeu o erro pode ser uma tarefa impossível.

Em segundo lugar, eu duvido que as forças policiais disponham de incentivos bastantes para manter os registros de seus bancos de dados atualizados. O Executivo argumenta que a polícia não tem a intenção de enviar agentes para realizar prisões sem necessidade, porque prisões consomem recursos e põem os agentes em perigo. Os fatos desse caso não se encaixam naquela descrição de motivação da polícia. Aqui, o agente queria prender Herring, e, para tanto, consultou os registros policiais para legitimar sua predisposição. Vide Ap. 17-19.[22]

22. Tem se afirmado que as delegacias de polícia têm se "profissionalizado" a ponto de não precisarem mais de estímulos externos de modo a se evitar violações à Quarta Emenda. Vide Tr. das Sust. Orais 24-25; cf. Hudson vs. Michigan, 547 U. S. 586, 598-599 (2006). O profissionalismo, entretanto, é um sinal da eficácia da regra da exclusão probatória - e não de sua superfluidade.

Em terceiro lugar, mesmo nas hipóteses de condutas intencionais ou temerárias, a garantia da Corte nunca passará de uma promessa vazia: como um defendente sem recursos produzirá a necessária prova em seu favor? Se a resposta é a de que o defendente terá à sua disposição as provas colhidas em seu favor (e, se necessário, um exame dos bancos de dados policiais), vide a Transcrição dos Debates 57-58,[23] então a Corte teria imposto um considerável ônus administrativo para os tribunais e para os órgãos repressores.[24]

IV

Erros no armazenamento de dados pelos órgãos repressores ameaçam as liberdades individuais, são suscetíveis de dissuasão pela regra da exclusão probatória, e não podem ser remediados efetivamente através de outros meios. Esses erros não marcam hora para corroer a regra. A regra "é necessária para fazer da Quarta Emenda uma realidade; uma garantia que não carrega consigo a exclusão da prova produzida em decorrência de sua violação é uma quimera". *Calandra*, 414 U. S., p. 361 (voto divergente do M. Brennan). Mantido o "núcleo das preocupações", ante, p. 9, a prova deveria ter sido alcançada pelo efeito de contaminação, dado a inconstitucionalidade da busca no caso concreto.

Pelas razões acima elencadas, eu teria reformado o julgamento da 11.ª Circunscrição.

Suprema Corte Dos Estados Unidos

N. 07-513

Bennie Dan Herring, peticionário vs. United States

Na ordem de avocação dirigida ao Tribunal de Apelações da 11.ª circunscrição dos Estados Unidos.

[14.01.2009]

Declaração de voto divergente do Ministro Breyer, à qual adere o Ministro Souter.

23. Disponível em: [http://tinyurl.com/3n8rcs] (N. do T.).

24. Não restou claro de que forma a Corte enfrenta o problema das condutas intencionais, haja vista reconhecer que a aplicação da regra da exclusão probatória dispensa considerações relacionadas ao estado mental dos policiais. Vide *ante*, p. 10; *Whren vs. United States*, 517 U. S. 806, 812-813 (1996).

Eu estou de acordo com a Ministra Ginsburg e acompanho a divergência inaugurada por ela. Eu escrevo em separado apenas para adicionar um detalhe que eu acredito ser importante. No caso *Arizona vs. Evans*, 514 U. S. 1 (1995), nós de fato havíamos entendido que a inaplicabilidade da regra da exclusão probatória aos erros cometidos por funcionários judiciais no armazenamento de dados, mas isso, nos casos em que a polícia tiver tido relativa segurança nas informações que lhe forem prestadas pela Justiça. Idem, p. 14; idem, p. 16-17 (voto divergente da M. O'Connor). O fundamento de nossa decisão baseava-se em uma distinção entre erros judiciais e erros policiais, e nós demos várias razões para que aquela distinção fosse feita.

Primeiro, nós observamos que "a regra da exclusão probatória foi historicamente elaborada como uma forma de dissuadir a má-conduta dos agentes da polícia, e não erros cometidos por funcionários judiciais". Idem, p. 14. *Segundo*, nós não encontramos indícios de que funcionários da justiça têm predisposição para ignorar ou subverter os mandamentos da Quarta Emenda ou que ilegalidades eventualmente cometidas por esses agentes requeiram a aplicação da extrema sanção da exclusão. *Terceiro*, nós reconhecemos que não havia "razão para acreditar que a aplicação da regra da exclusão probatória (...) teria um efeito significativo nos funcionários judiciais encarregados de repassar à polícia a informação de que um mandado havia sido recolhido. Como os funcionários judiciais não são auxiliares dos agentes repressores que se encontram-se freqüentemente engajados em ações de combate ao crime, eles não teriam nenhum interesse particular nas conseqüências das persecuções penais". Idem, p. 15 (omitiu-se as aspas contidas no original). Reunidas, essas razões explicam porque os erros nos armazenamento dos registros policiais deveriam ser tratados de maneira diferenciadas daqueles cometidos por funcionários judiciais.

Em outros casos em que a exceção de "boa-fé" foi aplicada à regra da exclusão probatória, reconheceu-se, da mesma forma, a distinção entre erros policiais e erros cometidos por terceiros, como, por exemplo, agentes do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Vide *United States vs. Leon*, 468 U. S. 897 (1984) (a polícia se amparou com relativa segurança, na expedição de um mandado por um magistrado); *Massachusetts vs. Sheppard*, 468 U. S. 981 (1984) (o mesmo); *Illinois vs. Krull*, 480 U. S. 340 (1987) (a polícia se amparou, com relativa segurança, na constitucionalidade de determinada lei).

A distinção entre os erros no armazenamento de dados por parte da polícia e, de outro, por parte da Justiça, não é apenas consistente com o nosso precedente, mas é também mais fácil de ser administrada pelos tribunais do que as indagações realizadas pelo Ministro Presidente, caso a caso, acerca de múltiplos fatores relacionados à culpabilidade da polícia. Eu, portanto, aplicaria a regra da exclusão probatória sempre que os funcionários da polícia forem os responsáveis pelo cometimento de erros no armazenamento de dados que resultarem em ofensas à Quarta Emenda.

A necessidade de balizas claras, e o reconhecimento dessas balizas em nosso precedente, são razões adicionais para apoiar os efeitos que teriam sido alcançados pela divergência inaugurada pela Ministra Ginsburg.

2
Grupo Bandeirantes de Comunicação e a Rádio e Televisão Record SA: parecer

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Professor Titular de Direito Penal da USP. Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais. Ex-presidente do IBCCRIM. Membro Diretivo do Conselho da International Review of Penal Law. Vice-presidente do Instituto Manoel Pedro Pimentel.

O Grupo Bandeirantes de Comunicação e a Rádio e Televisão Record SA, conceituados agrupamentos que congregam emissoras de TV, rádio e outras mídias, consultam-me sobre a existência de qualquer sorte de ilícito, especialmente de natureza penal, nas atividades comerciais intituladas *Lance Final* e *O Super Leilão*, veiculadas pelas emissoras respectivamente mencionadas.

Para tanto, os consulentes me apresentam os regramentos constitutivos do *Lance Final* e do *O Super Leilão*, em que são veiculados esclarecimentos sobre os mesmos, e feitos convites aos tele-expectadores para que deles participem. Ainda para a confecção deste Parecer, consultei os sites da Band e da Record, onde há explicações claras e completas sobre o *Lance Final* e *O Super Leilão*.

Informam-me, ademais, que o presente parecer poderá vir a ser utilizado para instruir eventual medida judicial, seja em caráter de defesa, seja por meio de *habeas corpus*.

Por uma questão de método, exporei sucintamente as regras do *Lance Final* e do *O Super Leilão*, passando à análise da natureza jurídica de Leilão de ambos, para demonstrar não se estar diante da figura de *Jogo de Azar*.[1]

1. Ressalto que conforme decisão liminar, proferida nos autos da Ação Civil Pública 2008.61.00.019387-2, em trâmite perante a 10ª Vara Federal de São Paulo, promovida pelo Ministério Público Federal contra a Rádio e Televisão

1. As regras do Lance Final e do O Super Leilão

O *Lance Final*, instituído pela Band, consiste em atividade conhecida como Leilão Reverso. Seu regulamento é absolutamente claro e explicativo, sem deixar qualquer obscuridade relativa às regras de participação do comprador do bem leiloado.

A participação no Leilão pode ocorrer por meio de envio de mensagem de aparelho celular, ou por lances efetuados na página web (site) da Band.

Além de mencionar quais são os *produtos* (e não prêmios) objetos de Leilão, o regulamento explica detalhadamente de que forma o participante pode dar seu lance, quais documentos devem ser apresentados e, em se tratando de pessoa jurídica ou utilização de telefone de terceiros, o que deve ser comprovado.

Com a finalidade de evitar participação de crianças não autorizadas – bem como de pessoas que não possuam permissão para efetuar lances a partir de telefones dos quais não são proprietários –, o regulamento estipula a necessidade de apresentação de um Termo de Permissão de Uso de linha telefônica.

Ademais, as regras são claras quando referem que o envio de mensagem de texto via celular (SMS) é pago pelo participante: é especificado o valor (item 2.1.2), detalhando-se, ainda, que este custo deve ser pago diretamente à operadora de telefonia celular.

Ainda, especifica de que forma o lance pode ser efetuado via *site* da emissora, exigindo prévio cadastro, com iguais informações acerca dos valores (item 2.1.3). E somente com o desbloqueio do cadastro preenchido na Internet é que o participante pode efetuar o lance.

O participante é cientificado instantaneamente acerca da qualificação de seu lance – se é único, se há outro equivalente, se é o menor lance até o momento do envio de seu lance –, havendo um limite de envio de mensagens (máximo de 30 por mês), nos termos do item 2.3.7.

O limite de lances somente pode ser ultrapassado com um pedido expresso e formalizado, realizado pelo titular da linha telefônica.

Record S/A, entendeu em princípio o douto Magistrado Federal estar diante da figura descrita no art. 50 do Dec.-lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais). Ao final deste parecer concluirei pelo total e cabal equívoco dessa decisão provisoriamente proferida.

Caso venha a dar um lance único e, posteriormente, outras pessoas venham a dar o mesmo lance, o participante que realizou ofertas via SMS ou Internet poderá receber mensagens de texto, gratuitamente, do *Lance Final*, contendo informações sobre o status do seu lance. Assim, por exemplo, será informado que o lance não é mais o menor, mas continua único.

O item 2.3.6 esclarece de forma cabal que o participante só terá o direito de comprar o produto, devendo então pagar o lance, se este for o menor e único até o final do período em que se admitam ofertas.

Por fim, o regulamento, bem como o nome dos participantes compradores, são divulgados no *site* da Band (item 4.1.1), sendo todos os procedimentos acompanhados por uma empresa de auditoria independente (item 5).

O Leilão oferecido pela Televisão Record segue regras semelhantes. A lisura do procedimento é facilmente verificável com a leitura do regulamento que rege *O Super Leilão*. O participante encontra no referido documento – que é divulgado no site da Record de forma clara e transparente – todas as explicações necessárias para que possa efetuar seu lance com segurança.

O Super Leilão conta com a modalidade de lance por meio de mensagem de texto, enviada pelo aparelho celular, e por meio de ligação telefônica. Para ambas as modalidades, há regras específicas.

O regulamento veda o oferecimento de lances no Leilão com a utilização de linha de telefone fixo comercial e, ainda, veda a participação de menores de 18 anos (item 1.4). A regra menciona que participantes maiores de 18 anos necessitam possuir capacidade de contratação em nome próprio (item 5.3).

E ainda que as ligações devam ser efetuadas apenas de telefones residenciais, deve haver um prévio desbloqueio do número telefônico (item 2.1). Ademais, há um limite de apenas um único lance por telefonema.

No que concerne aos lances por meio de mensagens de texto via celular, o Regulamento informa que nos casos em que o participante enviar texto fora do período estipulado para o Leilão, ou na inexistência de Leilão naquele momento, receberá mensagem de texto gratuita informando a impossibilidade de participação (item 2.2.6.1).

De forma idêntica ao *Lance Final* oferecido pela Band, *O Super Leilão* prevê textualmente quais são os gastos previstos com a participação no

Leilão (item 3.1). O participante tem prévio conhecimento, portanto, de quanto terá que pagar pelo lance efetuado.

Assim como a Band, a Televisão Record contrata empresa de Auditoria para a correta validação do menor lance único (item final do regulamento).

Ambas as emissoras disponibilizam um telefone para dúvidas acerca do *Lance Final* ou do *O Super Leilão*. Assim, resta evidente a intenção em não ludibriar o público.

Outra característica importante a ser mencionada diz respeito às restrições relativas às pessoas que podem participar do Leilão. No item 4.7 do Regulamento relativo ao *Lance Final*, bem como no item 5.5 das regras escritas referentes ao *O Super Leilão*, consta vedação à participação de funcionários, colaboradores, prestadores de serviços e familiares de qualquer empresa envolvida no Leilão. Esta regra evidencia a lisura dos procedimentos sob análise, não permitindo qualquer favorecimento pessoal.

2. Natureza jurídica de leilão

Não há, em princípio, no ordenamento jurídico brasileiro, legislação que discipline o instituto do Leilão. Embora a matéria encontre larga repercussão na esfera extra-penal, seja no âmbito do Direito Comercial ou Civil, seja no Administrativo, não existe um regramento único a consolidar o referido instituto.

O sistema de negócio jurídico denominado pelo Grupo Bandeirantes de Comunicação como *Lance Final* e pela Record como *O Super Leilão* (em outras redes de Televisão encontram-se outros nomes, como Lance Perfeito) é claramente uma modalidade de venda, muito difundida no mundo todo, quer para arrematação de bens públicos, quer para arrematação de bens privados.

Todo Leilão, de uma forma genérica, tem início com a fixação das regras, normalmente divulgadas pelo leiloeiro, que irá revelar ao público as condições de venda descritas no catálogo, as quais poderão ser acompanhadas por todos os interessados, possíveis compradores. Na seqüência, os lotes das mercadorias são anunciados aos interessados, para vendas de peças individuais ou em conjunto. Em havendo mais de um interessado na aquisição do produto a ser leiloado, a disputa é dirimida por um lance.

Os leilões originaram-se na Fenícia, há mais de 4.000 anos. Os comerciantes Fenícios, já no ano 2.500 a.C., vendiam na cidade de Sidon as mercadorias destinadas à comercialização, a partir de seus próprios navios atracados ao porto. Os bens eram arrematados por terceiros, para a comercialização nas cidades.

No ano 500 a.C. a Babilônia passou a realizar seus leilões. Eram comercializadas mulheres em idade de se casarem e, na seqüência, realizavam-se os leilões de escravos destinados ao trabalho no campo. Os mecanismos do Leilão foram aprimorados na Roma Antiga, ganhando as primeiras disciplinas jurídicas. E por meio da decantação medieval, vemo-lo consagrado no antigo direito português. Até meados do século XIX, a matéria vinha disciplinada nas Ordenações do Reino.

Entre nós, o instituto chega de uma triste forma. Eram comuns, no Brasil Colônia e mesmo no Império, os leilões de escravos desembarcados dos navios negreiros. Atados aos troncos, eram exibidos aos adquirentes, que disputavam aqueles que expusessem o melhor estado físico. Com o advento do Código Comercial de 1850 e em sua posterior regulamentação, cria-se a profissão do leiloeiro, incluído entre os auxiliares de comércio, com o nome de *agentes de Leilão.*

Há, basicamente, duas maneiras de execução de um Leilão, diferenciadas entre si pela maneira de efetivação dos lances, que pode ser ascendente ou descendente.

Pelo primeiro sistema, também denominado de sistema inglês, os lances são realizados sequencialmente, cada um deles aumentando o lance anterior e imediatamente feito. O procedimento de ofertas se inicia com a fixação de um preço mínimo do produto a ser vendido. Os lances ou ofertas feitos serão crescentes a partir do mínimo, de forma que arrematará o bem aquele que der o maior lance final. É o sistema normalmente utilizado para venda de objetos de artes, artefatos que pertenceram a pessoas muito famosas ou mesmo para arrematação de bens em hasta pública.

O sistema descendente de leilões, também conhecido como sistema holandês, teve sua popularização durante a 2.ª Grande Guerra. As indústrias, obrigadas a produzirem padronizadamente para o Estado, eram obrigadas a vender "ao contrário" ou "reversamente". A indefectível pergunta "quem dá mais?" é substituída pela nova questão "quem vende por menos?". Neste sistema menos conhecido do público, o leiloeiro inicia o Leilão com um valor pré-estabelecido e reduz o preço conti-

nuamente. Será vencedor o primeiro agente a aceitar o lance corrente, adquirindo o bem a ser vendido. Este mecanismo de Leilão é bastante usado pelo Estado para venda de serviços. Será vencedora a empresa que der o melhor lance, que neste caso será aquele que for menos oneroso ao poder público.

O Leilão Reverso teve grande popularização a partir da era da Internet. Evoluiu nos Estados Unidos, especialmente a partir dos anos 90, com a denominação de *Reverse Auction*. Pioneiro em leilões pela Internet, Glen Meakem, ex-consultor da empresa Mckinsey e ex-executivo da General Eletric, foi o criador da idéia no mercado livre. Referido Leilão também foi denominado de *procurement auction* ou *e-auction*. Consiste numa ferramenta concebida originalmente para permitir uma procura de mercadorias "*business to business*".

Posteriormente, passa a ser utilizado como um mecanismo de procura direto do consumidor ao vendedor, razão pela qual recebe a denominação de *consumers to business*. Neste Leilão reverso de origem, o funcionamento parte de um mesmo princípio. O consumidor quer adquirir um bem pelo menor preço. Usa sites de procura na Internet, identificando qual o menor preço disponível no mercado para um bem previamente escolhido. A ferramenta criada na Internet localiza o produto e a loja que o oferece pelo melhor (menor) preço, permitindo ao comprador adquiri-lo como se fizesse um lance reverso.

Da rede mundial de computadores, a idéia passa a ser adaptada para a indústria de entretenimento. Como é cediço, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação são valores constitucionalmente assegurados, não podendo sofrer qualquer restrição (art. 220, da CF/1988). Também a cultura nacional, parte do caráter de entretenimento ínsito a todo programa televisivo, é prevista em nossa Carta Maior (art. 221, II), o que assegura quaisquer programas compatíveis com os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Assim, a diversão proporcionada a milhões de pessoas, com o processo interativo que hoje impera nas Televisões Abertas, não pode ser obstaculizada por razões de caráter moralista. Não por outra razão, inúmeros países, dentre os quais podemos destacar Alemanha, Itália, França, Reino Unido, Austrália e Estados Unidos, têm sistema assemelhado de leilões, adotando-se o menor lance único.

Pondere-se, ademais, que o Leilão é largamente aplicado em diferentes áreas e esferas no Brasil, tendo sido regulamentado há mais de 150 anos.

Na área dos Direitos Comercial e Civil, o Leilão nada mais é do que uma forma de venda e compra de bens. "É um convite a pessoas indeterminadas para fazerem em público e na presença de concorrentes ofertas para a compra." (Rubens Requião. *Curso de Direito Comercial.* 9ª ed. São Paulo : Saraiva, p. 140) A atividade dos responsáveis pelos leilões – os leiloeiros – foi regulamentada pelo Dec. 21.981/1932, aperfeiçoando aquilo que já o fizera o Código Comercial de 1850. Dá-nos Carvalho de Mendonça a fórmula esmiuçada de como se processam tais leilões, sempre pelo melhor preço.[2] O mecanismo comercial, pois, adota o sistema inglês, de matiz ascendente.

No âmbito do Direito Administrativo, Leilão é uma das modalidades de licitação, procedimento administrativo pelo qual um ente público abre a todos os interessados a possibilidade de formularem propostas (lances) dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato. Maria Syilvia Zanella di Pietro, Titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, define o Leilão como a "modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação." (*Direito Administrativo.* 8.ª ed. São Paulo : Atlas, p. 280.)

Não de outra forma o pensamento da outra Titular do Largo São Francisco, Odete Medauar, que destaca as diferentes formas de licitação, elencando a *concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o Leilão e o pregão.* (*Direito Administrativo Moderno.* 9.ª ed. São Paulo : Ed. RT, p. 213-215). Segundo seu magistério, característico do Leilão é o oferecimento de lances, pelos participantes, considerando-se vencedor

2. "As ofertas dos licitantes devem ser feitas em voz alta, clara e inteligível, de modo a serem bem ouvidas pelo leiloeiro e pelos outros licitantes. Com o martelo na mão, pede o leiloeiro que os licitantes façam suas ofertas pelo objeto ou lote à venda. Um dos licitantes abre o preço com o primeiro lanço. O leiloeiro apregoa este preço em voz alta e inteligível, até ouvir lanço maior, e assim continua até achar o máximo. Perguntas então: *não há quem mais ofereça?* Não sendo coberto o último lanço, dá uma martelada na secretária ou tribuna donde apregoa. A pancada do martelo é o sinal simbólico da aceitação da oferta e da conclusão do contrato". (Carvalho de Mendonça, J. X. *Tratado de direito comercial.* Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, vol. II , parte II, n. 383. p. 374-375)

quem oferecer o maior lance, igual o superior ao valor da avaliação. (*op. cit.*, p. 215)[3]

Em período mais recente da Administração Estatal, concebeu-se o modelo das Agências Reguladoras. Já existentes nos Estados Unidos desde a década de 30 do século passado, lá foram constituídas com o objetivo de regular minimamente – dentro da perspectiva do Estado (ultra) Liberal que passava pela crise de 29 – as relações entre grandes empresas e o Estado. Entre nós adquiriu perspectiva distinta. Foi constituída como ferramenta do processo de desestatização pelo qual passa o Brasil, de forma bastante acentuada nos anos 90.

Os mecanismos regulatórios aqui instituídos adotaram sistemas muito semelhantes aos leilões (e por isso foram assim designados) para a privatização da telefonia, energia, petróleo etc. Por esses mecanismos, foram privatizados serviços ou bens públicos. Alguns leilões obedeceram à regra do modelo inglês, ou ascendente (exemplo dos contratos de risco do petróleo ao longo da costa brasileira). Em outros casos, o sistema foi o do Leilão reverso, em atendimento ao interesse público de menor tarifa de serviço (exemplo da privatização da telefonia, que se fez pelo menor preço).

Há modalidades, ainda, que ao contrário de se denominar Leilão de primeiro preço, serão chamadas de Leilão de segundo preço, em que o vencedor paga o segundo maior lance. É também conhecido como Leilão de Vickrey, em homenagem ao Prêmio Nobel de Economia de 1996, William Vickrey, que realizou trabalhos fundamentais na análise de leilões. (Ronaldo Fiani. *Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia.* Rio de Janeiro: Elsevier, p.329)

Finalmente, existem os leilões de lances simultâneos, em que os participantes anunciam seus lances ao mesmo tempo, algo que aflora claramente das regras do *Lance Final* e do *O Super Leilão,* acentuando a necessidade de uma estratégia racional dos participantes.

Também o prêmio Nobel de Economia de 1994, John Forbes Nash – retratado no filme *Uma Mente Brilhante* – debruçou-se sobre a racionalidade das condutas que envolvem os leilões. Para ele, a teoria dos jogos procura encontrar caminhos racionais em situações em que o resultado depende não só da estratégia própria de um agente e das condições de

3. Ainda no mesmo sentido o pensamento de José Cretella Junior, em sua obra *Manual de Direito Administrativo*, 2.ª ed. Rio de Janeiro : Forense, p. 139.

mercado, mas também das escolhidas por outros agentes que possivelmente têm estratégias diferentes ou objetivos comuns. Assim, ainda que os leilões contemplem grande racionalidade, não deixam de conter parcelas do fator sorte/azar; têm, por isso, uma clara definição de racionalidade em seus lances, de forma a preponderar sobre o acaso ou a casualidade.

Nestas privatizações a que aludimos, requisitos prévios eram estabelecidos como o preenchimento de determinadas condições técnicas para operação do sistema. Conforme o caso, lances eram enviados previamente, por via de correspondência escrita, com o credenciamento prévio. Note-se, aqui, a existência de similitude bastante grande com o mecanismo de menor lance único adotado pelos Consulentes. É que da mesma forma que os leilões de privatização, quem envia o lance nada pagará para fazê-lo, salvo se for o vencedor do Leilão. Paga-se, tão somente, o custo da correspondência que numa hipótese é epistolar, e noutra é eletrônica (SMS ou via Internet).

Observe-se, neste passo, que o *Lance Final* e O *Super Leilão* instituídos pelos Consulentes, nada mais são do que contratos de compra e venda com o lançador, de forma a permitir a transferência de propriedade ao vencedor do Leilão, que deve satisfazer as condições estipuladas pelo vendedor. Ainda que se apresentem com uma roupagem diferenciada – Leilão com menor lance único – nada mais são do que uma relação jurídica de compra e venda de caráter consumeirista, largamente disciplinada pelo ordenamento jurídico pátrio, como bem observam Renato Opice Blum e Vera Kaiser Sanches Kerr. [4]

3. Natureza jurídica dos jogos. jogos de azar

Jogo é palavra plurívoca[5], derivada do latim *jocus*. Tem o sentido original de *divertimento, passatempo, diversão, recreação.* Muito comum no Direito Penal, a representar tais acepções, a expressão *animus jocandi.* Designa a conduta não dolosa, realizada com intenção de gracejo, por

4. [www.abdir.com.br/doutrina], consultado em 08.10.2008.

5. As palavras podem ser unívocas, equívocas e plurívocas. As primeiras possuem um único significado. As palavras equívocas, com a mesma grafia, vão identificar coisas totalmente distintas. É o caso, por exemplo, de manga que além de ser uma fruta, também é parte da vestimenta humana. As palavras plurívocas têm, a partir de uma mesma matriz, conteúdos assemelhados, ainda que diversos.

brincadeira. Alcança, por esta acepção inicial, os torneios esportivos, as brincadeiras ou folguedos.

Em linguagem vulgar ou de negócios, exprime uma coleção ou um conjunto de coisas móveis. É comum falarmos do *jogo de talheres* ou *jogo de cadeiras*. Outras acepções existem, mas que não apresentam relevo para o presente estudo.

Em sentido jurídico, já em percepção mais estrita, indicará a convenção ou contrato aleatório, encontrando sua disciplina jurídica específica nos arts. 814 a 816 do CC/2002.

Aqui surge a primeira grande diferença de acepção a nos interessar. "Jogo em sentido de divertimento, vale dizer esforço que não é trabalho, – é recreação, sem lucro econômico, passatempo, prazer, e nisso tem o seu fim; importa dizer: é atividade, que tem fim em si mesma. Jogo, no sentido de contrato de jogo, é luta em que não há lucro, senão para o vencedor, e perda (ou não lucro) para quem não venceu." (Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado: parte geral*. São Paulo : Ed. RT, Tomo VI, § 645, p. 59).

Aleatórios são os contratos em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua variação. (Silvio Rodrigues. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo : Saraiva, vol. 3, p. 132)

Washington de Barros Monteiro, ex-catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo, diferenciava com propriedade o jogo e a aposta: "O jogo e a aposta diferem pela sua finalidade, embora tenham em comum o mesmo caráter aleatório. Efetivamente, jogo é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a pagar certa soma àquela, dentre os contratantes, que resulte vencedora na prática de determinado ato, a que todas se entregam. Aposta, por seu turno, é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, cujas opiniões diversificam sobre algum assunto, se obrigam a pagar certa soma àquela, dentre os contratantes, cujo ponto de vista se verifique seja o verdadeiro." (*Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. São Paulo : Saraiva, p. 367.)

É comum, em linguagem vulgar, que alguns jogos contemplem "apostas". É assim, por exemplo, no pôquer, quando um dos jogadores resolve "apostar" determinada quantidade de dinheiro, em face das cartas que só ele sabe serão suficientes para levar à vitória em determinada mão. Vê-se, aqui, certa distância da linguagem jurídica e da linguagem

técnica; entre o que a lei designa aposta e o que a linguagem vulgar chama "aposta", sempre dentro do contexto do jogo.

O Filósofo J. Huizinga, em seu livro *Homo Ludens – o jogo como elemento da cultura* (2.ª ed., São Paulo : Perspectiva), desenvolve um profundo estudo sobre os caminhos do jogo na humanidade, concluindo ser o jogo tão antigo quanto a cultura. Para ele, as mais importantes atividades como a linguagem, leis, arte, guerra, encenação etc., derivam de um jogo, *sub specie ludi*.

G. Amaral Arruda, comentando as idéias de Huizinga, destaca que "A intensidade do jogo e seu poder de fascinação não podem ser explicados por análises biológicas. E, contudo, é nessa intensidade, nessa fascinação, nessa capacidade de excitar, que residem a própria essência e a característica primordial do jogo. (...) Embora seja uma atividade não material, não desempenha uma função moral, sendo impossível aplicar-lhe as noções de vício e virtude." (O jogo e a lei *in RT* 606/281)

Os primeiros jogos, muito provavelmente surgidos no oriente segundo diversas investigações arqueológicas, remetem-nos a uma análise arquetípica relacionada com o poder, realeza e guerra. Não por outra razão que as figuras do baralho até hoje lembram os indivíduos da realeza, o que faz avultar a importância da pura estratégia nas relações de poder, ainda que esta possa vir associada à sorte. Também não por outra razão é que as figuras da realeza, na quase totalidade dos jogos de cartas, têm preponderância sobre as cartas identificadas por números, que representariam, quer pela importância (menor), quer pela quantidade (numericamente em maior número que as figuras), as pessoas comuns. [6]

O mais estratégico dos jogos, o xadrez – talvez um dos poucos que não tenha qualquer fator sorte – também representa as estratégias viscerais de guerra. Nada mais é do que um combate simulado em que o objetivo do jogo é a captura do rei. Todos os aspectos de uma antiga

6. Os naipes franceses simbolizariam inicialmente as ordens sociais. As copas representariam o clero. As espadas ou lanças lembrariam a nobreza; o trevo de paus, o campesinato; o ladrilho ou ouros, a classe dos comerciantes, a burguesia. Os mentores da revolução russa de 1917 bem que tentaram substituir a simbologia considerada como czarista por outros que lembrassem a força do proletariado que ascendia ao poder, mas os esforços foram vãos, pois o tradicional baralho já estava profundamente entronizado na cultura dos povos.

guerra estão ali representados: a infantaria, pelos peões; a cavalaria; as muralhas de proteção, pelas torres; o ladeamento da família real pelos assessores diretos, os bispos; o rei e a rainha.

O fato é que não há jogo desprovido de razão assim como raro será o jogo desprovido da dualidade sorte/azar. A palavra azar, a propósito, deriva do árabe e significa casualidade. O sentido do vocábulo tem origem na designação dada àquele indivíduo que se coloca vinculado a um acontecimento incerto decorrente da casualidade do resultado. Neste sentido, e só neste sentido, até mesmo o xadrez contempla uma parcela de azar, porque não há um único enxadrista que tenha a certeza da vitória, ao menos quando falamos de disputas por jogadores equivalentes.

O jogo racional, por seu turno, é aquele que contempla um ingrediente que leva em consideração as possíveis conseqüências de cada curso da ação humana; que percebe certa ordem de preferência entre as conseqüências e por isso escolhe a linha de ação que, em sua estimativa, poderá levar à conseqüência preferida. Muitas vezes o resultado não dependerá somente da linha de ação que vier a ser escolhida pelo indivíduo, mas também das linhas de ação que outros indivíduos escolherão, e sobre os quais ele não tem controle. Neste caso, as preferências desses outros indivíduos pelos diferentes resultados poderão diferir das dele. Geralmente consideramos um indivíduo racional quanto toma em consideração essas questões. (Anatol Rapoport. *Lutas, jogos e debates.* Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1980, p. 87)

Os jogos de estratégia, tenham ou não o fator concorrente da sorte ou do azar, representam um microcosmo das relações humanas de ordem racional: mostram a existência do conflito de interesses; apresentam certo número de alternativas em cada fase da situação vivida; sugerem que as pessoas estão em posição de avaliar as conseqüências de suas escolhas, levando em consideração a circunstância relevante de que os resultados perquiridos não dependem apenas das decisões da própria pessoa, mas também de outros sobre os quais não se tem controle.

A palavra jogo, neste contexto, não implica falta de seriedade (o que poderia estar associado a seu significado comum), mas sim a idéia de que os chamados "jogos" proporcionam os mais puros exemplos de situações tomadas como protótipos das relações humanas sempre tidas como conflituosas. [7] Não por outra razão os seres humanos, desde as

7. RAPOPORT, Anatol., *Op. cit., p. 88.*

civilizações antigas, são protagonistas de jogos. É uma forma construtiva de reproduzir as duras relações cotidianas, em termos lúdicos, permitindo um extravasamento das suas tensões de maneira sadia.

Por isso, quando se está diante de uma análise sem envolvimento passional pelas questões que a rodeiam, deve-se deixar todas as questões de ordem moral de lado para compreender os jogos dentro um conceito de esportividade, em que a capacidade de aceitar a derrota será uma verdadeira forma da medida da maturidade, pela compreensão da idéia segundo a qual os resultados dependem daquilo que designamos casualidade.

O problema central da teoria dos jogos de azar é determinar as probabilidades de ocorrência de determinado resultado.[8] Num jogo de azar, em termos estritos, não há adversário e não é necessária a habilidade estratégica para fazer jogadas racionais. O único ato racional num jogo de azar é o cálculo das cotações. A rigor, trata-se de jogo de um único jogador ou um "jogo contra a natureza". (Anatol Rapoport. *Op. cit.*, p. 90)

Por ser um "jogo contra a natureza" é que a Lei das Contravenções Penais define o jogo de azar como aquele "em que o ganho e a perda dependem exclusivamente ou principalmente da sorte". (art. 50, § 3.°, *a*)

Não há diferença ontológica entre os jogos permitidos e os proibidos. É a lei, e somente a lei, que estabelece a diferenciação, em pura postura normativa. É por isso que a lei disciplina a corrida de cavalos como um jogo permitido, embora o diga que fora dos hipódromos ou dos locais autorizados ela é proibida. (art. 50, § 3.°, *b* da LCP) Pela mesma razão a corrida de cachorros, tão popular entre os ingleses, entre nós continua ilegal. (art. 50, § 3.°, *c* da LCP)

À evidência, avulta, aqui, o mero interesse econômico estatal em sua sanha arrecadadora. Houve por bem o legislador, por puro critério de conveniência e oportunidade, especificar mais duas condutas, além da regra geral, que caracterizariam o jogo de azar. (Olavo de Oliveira

8. Se jogamos muitas vezes um par de dados, em algum momento ocorrerá um duplo seis. Mas quando? Essa pergunta não tem resposta definida. Podemos falar apenas da probabilidade de que o duplo seis ocorra em determinada jogada ou dentro de um certo número de jogadas. Podemos, ainda, calcular o número médio de jogadas até que ocorra a combinação desejada. Esse conhecimento é útil para decidir aceitar ou não uma aposta sobre a ocorrência com determinada probabilidade.

Neto. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo : Ed. RT, p. 176)

A melhor doutrina não deixa de criticar a opção do legislador. Paulo Lúcio Nogueira assevera que "a nossa legislação sobre a matéria é confusa e incoerente, dada a impropriedade com que o legislador a trata, pois basta a autorização para o ilícito tornar-se lícito, e vice-versa, como se a essência ou natureza da questão estivesse na vontade do legislador somente". (*Contravenções Penais Controvertidas*. São Paulo : Sugestões Literárias, p. 299)

A intenção do legislador ao tipificar o jogo de azar como contravenção penal é o de preservar a moral e os bons costumes. O *nomen juris* do capítulo VII da LCP, fala das contravenções relativas à polícia de costume. É que a Lei foi concebida no contexto da Ditadura Vargas, na qual o trabalho era o nó górdio do sistema de produção, sendo considerado ilícito tudo o quanto não se coadunava com o labor.

Assim, o não trabalho passava a ser delito, algo que pode ser identificado pela tipificação contravencional da vadiagem e da mendicância.

Pondere-se, no entanto, que com o advento da Constituição de 1988, em que se teve a consagração do trabalho como um dos direitos sociais (art. 6.º, *caput*, da CF/1988), deixou de existir a obrigatoriedade ao trabalho. O que é um direito, não mais pode ser considerado um dever. Ninguém poderá ser punido por não trabalhar. [9]

Da mesma forma, o art. 6.º da CF/1988 considera o lazer um dos direitos sociais, razão pela qual igualmente ninguém poderá ser punido por ter lazer – algo que é ínsito ao jogo – já que o lazer não pode ser ao mesmo tempo permitido e proibido. Por isso, desde logo, há de se dizer

9. O Magistrado Sergio Mazina Martins, com muita propriedade, em sentença proferida quando juiz da 3ª Vara Criminal da Capital, considerou que "se alguém tem o direito de fazer alguma coisa, evidentemente não se pode lhe impor o dever de fazer essa mesma coisa. Direito é uma faculdade de seu titular que pode ou não ser exercida de acordo com a conveniência exclusiva de seu livre arbítrio. Em outras palavras, o que dispõe o texto constitucional é que podemos ou não trabalhar, opção esta que, antes de mais nada, traduz exatamente um exercício de nossa liberdade. " Por isso reconheceu a relação de antinomia lógica da norma contravencional com a Constituição Federal, declarando não ter sido ela recepcionada pela Carta de 1988. (*Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4, out/dez, 1993, p. 246/7*)

que a norma contravencional do art. 50 da Lei das Contravenções Penais não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

O bem jurídico que pretendeu tutelar a legislação contravencional, na espécie, foi a moral e os bons costumes. A conduta típica consiste em estabelecer e explorar o jogo de azar em local público ou acessível ao público, mediante pagamento ou não de entrada. "*Estabelecer* significa instalar e manter a casa de jogo. *Explorar* quer dizer executar o jogo". (Damásio Evangelista de Jesus. *Lei das Contravenções Penais anotada*. São Paulo : Saraiva, p. 163)

Trata-se de delito plurissubjetivo, já que exige a atuação de várias pessoas, como o banqueiro, crupiê, apostador etc. Exige-se, pois, o concurso necessário de agentes de tal sorte que são indispensáveis à configuração do jogo aquele que o mantém, aquele que o agencia e outros agentes que participem da contravenção. (Marcelo Jardim Linhares. *Contravenções Penais*. São Paulo : Ed. Saraiva, p. 426)[10]

Assim, se o *Lance Final* e *O Super Leilão* fossem considerados contravenção penal, todos os milhares de participantes teriam necessariamente que ser chamados a responder por contravenção, da mesma forma os responsáveis, o que levaria a um geral estado de perplexidade!

Pondere-se que a equivocidade da palavra *jogo* produz inúmeras perplexidades doutrinárias. No mais alentado comentário à norma contravencional, livro com dois volumes e centenas de páginas, Marcelo Jardim Linhares faz um estudo específico de cada uma das modalidades de jogo que se subsume a contravenção do art. 50 da Lei das Contravenções Penais. Fala do bolo esportivo, do bozó, da caixeta, do crepe, do jogo de osso, da roleta, da víspora a dinheiro, do pôquer etc. Elenca mais de 25 distintas figuras, sem contar sub-espécies de jogos alcançados pela norma contravencional.

Chama atenção, até mesmo, para o jogo da bolsa, citando Carvalho de Mendonça: "O jogo da bolsa é a aposta sobre a alta e baixa de títulos e valores cotados na praça. Conquanto essas operações exijam certas combinações de acontecimentos múltiplos que determinam essas altas e baixas e pressuponham uma certa argúcia para discerni-las e prevê-

10. Nesse sentido a doutrina é unânime ao asseverar ser contravenção plurissubjetiva. Veja-se: Jesus, Damásio Evangelista de. *Op. cit.*, p. 163; Salvador Netto, Alamiro Velludo. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo : Quartier Latin, p. 238; Salles Júnior, Romeu de Almeida. *Contravenções Penais*. São Paulo : Brasilivros Ed., p. 275.

las, todavia são verdadeiros jogos desde que a entrega dos títulos e dos valores não é efetivamente realizada e se opere sobre a diferença entre o dia da compra e o da entrega". (*Op. cit.*, p. 433-434)

Para o festejado autor, pois, muitas das "apostas" em bolsa não deixam de ser "jogos", podendo ser alcançadas pelas normas contravencionais. Nos dias que correm, com variações diárias da bolsa que chegam à escala dos dois dígitos, não é de se ignorar que essas aplicações, no bojo da mais grave crise financeira desde o *Crack* da Bolsa de 1929, possam ser confundidas com apostas e jogos.

Não acreditamos que assim seja, ousando discordar do Mestre. Mas se ele assevera que qualquer coisa que dependa – ainda que lateralmente – da sorte é jogo de azar, devemos compreender como contraventores todos aqueles que investem em bolsa, pois não há que se ignorar a existência do fator sorte até mesmo nessa forma de aplicação de dinheiro, tão incentivada pelos nossos governos!

4. Nota Conclusiva

As atividades comerciais denominadas *Lance Final* e *O Super Leilão* revestem-se de total licitude.

Trata-se de Leilão Reverso com lances descendentes – Leilão de menor preço –, simultâneos, e cujo vencedor será aquele que der menor lance único.

O valor do lance só é cobrado quando há um lance vencedor. Todos os demais lances efetivados pelos participantes são ignorados, como em qualquer Leilão.

O único dispêndio feito por qualquer um dos participantes é o custo da mensagem por SMS ou da ligação telefônica (conforme o caso) para envio do lance, algo que pode ser perfeitamente equiparado ao custo da correspondência epistolar de qualquer Leilão público.

Não se pretende que a Empresa Brasileira de Correios não venha a cobrar pelas cartas postadas junto às suas agências, da mesma forma que não se está a pretender que as empresas de telefonia ignorem as mensagens enviadas por telefones celulares.

O Grupo Bandeirantes de Comunicação e a Rádio e Televisão Record SA obtêm dos Leilões denominados *Lance Final* e *O Super Leilão*, a vantagem da audiência decorrente da indústria de entretenimento. Os

lucros decorrem da fidelidade de seus expectadores aos seus programas e shows.

O *Lance Final*, instituído pela Band, assim como *O Super Leilão*, criado pela Record, não podem ser considerados Jogos de Azar, porquanto jogos não são.

A palavra jogo contempla inúmeras acepções. No entanto, somente pode ser encarada como atividade ilícita caso venha a ser definida como contrato aleatório, nos termos da abalizada doutrina jurídica anteriormente citada.

Embora se entenda que o art. 50 da Lei das Contravenções Penais não foi recepcionado pela Constituição Federal – por haver relação de contrariedade ao art. 6.º da CF/1988, que consagra o lazer como um dos direitos sociais relevantes aos cidadãos – ainda que se reconhecesse sua constitucionalidade, o que se admite apenas *ad argumentandum*, o *Lance Final* e *O Super Leilão* não podem ser alcançados pela pecha de ilicitude, por não serem considerados jogos.

O elemento sorte é ínsito a inúmeras condutas humanas. Existe no jogo lícito e ilícito, nas relações humanas, no amor, nos prélios esportivos, na aplicação em bolsa de valores. Não é a sorte ou o azar que caracterizam o jogo como contrato. Não. A essência das coisas se revela por aquilo que as coisas são. Elementos circunstanciais – a sorte ou o azar – não são suficientes para traduzir o que as coisas são. Fazer uma boa compra de um produto qualquer, por um preço bom, depende, às vezes, de sorte. Não se pode dizer que quem faz uma compra de um imóvel – e é bem sucedido – é pessoa de sorte, em sentido jurídico. Só o é em sentido figurado. Da mesma forma, o arrematante de um produto que lhe interessa. O preço não importa. Importa que ele o tenha, por ser de seu interesse tê-lo.

Se o *Lance Final* e *O Super Leilão* podem ser definidos juridicamente como *Leilão*, e se o Leilão é modalidade de contrato, não se pode deixar de concluir que se está diante de contratos. E contratos lícitos.

Se entendermos o *Lance Final* e *O Super Leilão* como Leilões – e Leilões efetivamente são – jogos não são.

Jogos não sendo, não se tem qualquer ordem de ilícito.

É o PARECER, que submeto às doutas considerações dos consulentes.