41884

ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

70

janeiro-fevereiro de 2008

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 16 n. 70 janeiro-fevereiro de 2008

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL, POR QUALQUER MEIO OU PROCESSO (LEI 9.610/98, LEI DOS DIREITOS AUTORAIS).

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0004-03

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT:
Tel. 0800-702-2433
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor:
sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2ª Tesoureira
Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Manãs, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tattiana Viggiani Bicudo

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Heloisa Estellita

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc:
Flávia D'Úrso, Glauber Callegari

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

História
Roberto Mauricio Genofre

Infância e Juventude
Renata Flores Tybiriçá

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência
Rui Stoco

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores Regionais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10ª Região (São Paulo) – Ricardo Guinalz

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

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

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Coordenadora
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores - Adjuntos
Denise Neves Abade, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da Revista:
Adauto Alonso S. Suanes, 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, Augusto Eduardo de Souza Rossini, 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, Jacqueline Sinhoretto, 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, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Roberto Mauricio Genofre, 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 Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 71 – março-abril – 2008

Sentido y límites de los delitos de terrorismo

Manuel Cancio Meliá

A criminalidade organizada: do fenómeno
ao conceito jurídico-penal

Jorge de Figueiredo Dias

De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate
desenfocado

José Luis Díez Ripollés

O princípio da proporcionalidade como princípio limitador
da pena

Ulfrid Neumann

Sumário

1. Direito Penal

Superior responsibility for acts of torture committed by subordinates under international criminal law. The case of U.S. abuse against iraqi prisoners 9

Chantal Meloni

Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs 41

Fábio da Silva Bozza

A (re) normativização do Direito Penal frente aos direitos difusos 71

Fábio Guedes de Paula Machado, Bruno de Oliveira Moura e Wesley Miranda

Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental 100

Frederico Figueiredo

Socialização e criminalização dos riscos: conflitos entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica 133

Izabela Lopes Jamar

Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa 157

Nuria Pastor

Las "conductas neutrales" en derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible 190

Ricardo Robles Planas

2. Processo Penal

O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado 229

Antonio Scarance Fernandes

Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória 269

Guilherme Madeira Dezem

3. Crime e Sociedade

A reparação, como terceira via, e o Direito Penal do Jovem Adulto 291

Selma Pereira de Santana

Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão 321

Wânia Pasinato

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma 361

Exame Criminológico: a psiquiatrização da execução penal e o direito penal do autor *versus* a laicização do direito e a efetividade dos direitos fundamentais.

4.2 Ementário de jurisprudência 371

André Adriano do Nascimento da Silva e Lucas Clemente Guimarães Diaz

5. Índice Alfabético-Remissivo

Autores 393

Temas 395

Normas de publicação 397

1. Direito Penal

Superior responsibility for acts of torture committed by subordinates under international criminal law. The case of U.S. abuse against iraqi prisoners

Chantal Meloni
Research Fellow in criminal law Università degli Studi di Milano

Resumo: O abuso repetido e sistemático contra os prisioneiros, como aquele que aconteceu no centro de detenção iraquiano Abu Ghraib nos anos de 2003 e 2004, apresenta um número de perguntas legais relacionadas à responsabilidade legal dos envolvidos. A responsabilidade criminal pode ser facilmente atribuída aos soldados que cometeram fisicamente os atos de tortura. Mas, o que acontece com os oficiais que deram as ordens, aprovaram-nas, ou simplesmente tinham conhecimento da existência de tortura? Os relatórios militares norte-americana destacam uma grande falta de liderança, comando e controle, o que implica responsabilidades dos norte-americanos em estâncias superiores. Sob a doutrina de *responsabilidade de comando* conforme as leis penais internacionais, os superiores podem ser considerados penalmente responsáveis pelos crimes cometidos por seus subordinados inclusive como conseqüência de sua omissão na prevenção ou punição destes. Essa forma de responsabilidade está codificada detalhadamente no art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Lei penal internacional – Responsabilidade superior – Tortura – Abu Ghraib – Legislação militar norte-americana.

Abstract: The repeated and systematic abuse against prisoners, as the one that happened at the Iraqi detention centre of Abu Ghraib in 2003-4, poses a number of legal questions regarding the criminal accountability of the subjects involved. Criminal responsibilities can be easily attributed to the ordinary soldiers who physically committed the acts of torture, but what about the officers that ordered, approved or simply knew that torture was occurring? The American military reports on the abuse highlighted a lack of leadership, command and control, which implies American responsibilities at the higher levels. Under the docrine of *command responsibility* in international criminal law superiors may be held criminally liable for their subordinates' crimes also as a consequence of their omission to prevent or punish such crimes. This form of liability is now exhaustively 'codified' in article 28 of the Statute of the International Criminal Court.

Keywords: International criminal law – Superior responsibility – Torture – Abu Ghraib – U.S. military legislation.

Summary: 1. The case of U.S. abuse against Iraqi prisoners: 1.1 Legal issues regarding the criminal responsibilities arising from the U.S. abuse against detainees in Iraq; 1.2 The prohibition and criminalisation of torture under international and national law; 1.3 The post-September 11 'emergency policy' and U.S. military legislation: the confusion about law and policy over permissible interrogation techniques; 1.4 "Allocating" criminal liability: the need to ascertain higher level responsibilities – 2. Part I – Superior Responsibility under international criminal law: 2.1 The meaning of the expression "command" or "superior responsibility"; 2.2 Sources and jurisprudential developments of command or superior responsibility; 2.3 The elements of superior responsibility: article 28 of the Rome Statute of the International Criminal Court; 2.4 The importance of preventive measures under the superior responsibility doctrine – 3. Conclusions.

Área do direito: Penal; Internacional

1. The case of U.S. abuse against Iraqi prisoners[1]

In October 2003 Abed Hamed Mowhoush, a former high ranking official of Iraq's Republican Guard, handed himself in to a U.S. Army operating base in Iraq. He was looking for his sons, who had been captured by U.S. soldiers some days before. The U.S. military officials at the base detained General Mowhoush, who was suspected of being one of the major supporters of the Iraqi insurgency. The Iraqi General admittedly commanded an organization that supplied the insurgency with weapons and ammunition. In order to obtain significant details about the insurgency, the U.S. interrogators put General Mowhoush in a "stress position"; this implied, *inter alia*, being interrogated in front of other prisoners in such a manner that would humiliate him.[2] General Mowhoush was then transferred to Al Qaim camp to be interrogated by the Central Intelligence Agency (CIA), Special Forces, and Army soldiers from the 3rd Armored Cavalry Regiment (ACR). On november 24, the detainee was interrogated by CIA sponsored Iraqi paramilitaries, and he was beaten with "fists, a club, and a rubber hose"; two days later during another interrogation, two American army soldiers "placed the Iraqi General in a sleeping bag and wrapped the bag in electrical wire. Chief Warrant Officer Lewis Welshofer then leaned on Mowhoush's chest as he continued the questioning."[3] The Iraqi General became unresponsive and died within one hour of "asphyxia due to smothering and chest compression".[4] As the autopsy showed,

1. The article was submitted at the Congress of International Society of Social Defence and Humane Criminal Policy, *Criminal Law between war and peace*, Toledo September 2007, and was published in Cahiers de Defense Sociale, 2006, 91-121. For the purpose of this publication it has been updated with the latest developments.

2. For more details, see C.A. Britt, *The Commissioning oath and the ethical obligation of military officers to prevent subordinates from committing acts of torture*, Georgetown Journal of Legal Ethics, 2006, p. 551 ff.

3. Cf. C.A. Britt, cit., p. 552.

4. *Ibid.*

he had six fractured ribs, bruises and abrasions with pattern impressions likely administered by the end of an M-16 rifle.[5] On january 21, 2006 a court martial jury convicted Chief Warrant Officer Welshofer of negligent homicide.[6] The charges of murder against other soldiers were dropped. The defense counsel of one of the soldiers stated that: "*the interrogation techniques were known and were approved by the upper echelons of command of the 3rd ACR*".[7] Colonel Teeples, commander of the 3rd ACR at that time, testified that he "believed the 'claustrophobic techniques' were both approved and effective".[8]

In reality, absolutely no legal basis can be found in the U.S. Army Field Manual[9] for such interrogation techniques, which patently amount to torture or cruel and inhuman treatment under international (and domestic) law.[10] However, facts similar to this unfortunately cannot be said to be exceptional in the context of the recent American military intervention in Afghanistan and Iraq;[11] indeed an impressive set of cases regarding abuse against prisoners detained in U.S. military detention facilities overseas has been brought to the attention of the entire world. Among these, the acts of abuse at *Abu Ghraib*[12] in particular have become 'famous'

5. See J. White, *Documents tell of brutal improvisation by Generals*, The Washington Post, August 3, 2005.

6. N. Riccardi, *No jail time in death of Iraqi General*, Los Angeles Times, January 24, 2006.

7. Cf. J. White, cit.

8. Cf. C.A. Britt, cit., p. 552-3.

9. The Army Field Manual 34-52 (FM 34-52) outlines the permissible interrogation techniques. It is available at www.fas.org/irp/doddir/army/fm34-52.pdf.

10. This paper will not discuss whether such acts amount to torture or cruel, inhuman or degrading treatment under international law. The nature of unlawful acts amounting to torture or cruel, inhuman or degrading treatment is in fact assumed as a starting point of this paper, on the basis of numerous Reports from U.S. Military Investigators, as well as international organizations (the International Committee of the Red Cross) and NGOs (Amnesty International and Human Rights Watch); see *infra* notes 10, 12, 18, 65.

11. For a complete and documented picture of the acts of abuse, see the Human Rights Watch (HRW) Report, *The Road to Abu Ghraib*, June 2004, available on at http://hrw.org/reports/2004/usa0604/.

12. For the purpose of this paper, the term *abuse* is defined as "treatment of detainees that violated U.S. criminal law or international law or treatment that was inhumane or coercive without legal justification" (cf. the *Jones* Report)

worldwide, being documented by a large number of photos taken by the soldiers who were actually involved in the torture practices.[13]

1.1 Legal issues regarding the criminal responsibilities for the U.S. abuse against detainees in Iraq

The repeated and systematic occurrence of acts of abuse against detainees in Iraq (and Afghanistan) implies a number of legal questions regarding the criminal accountability of the subjects involved, from the ordinary soldier, direct perpetrator of the offences, up along the chain of command. More specifically, declarations such as Colonel Teeples's admission that he knew his soldiers used the 'claustrophobic technique', and was therefore likely aware of the physical abuse that occurred but did not intervene to stop them, raise substantial questions, which should be taken in serious consideration.[14] No doubt a soldier who intentionally commits torture is responsible for his actions, but what about the officer that ordered, approved or failed to intervene when he knew that torture was occurring?

The first military inquires and criminal proceedings conducted by U.S. authorities on prisoner abuse in Iraq (and Afghanistan) have been regarded as unsatisfactory to the extent that they fail to address the possible responsibilities of the higher echelons for the commission of such crimes. They seemed to be "*too narrowly structured to establish causes of abuse (...)and have so far left crucial questions of policy and operations unexamined*".[15] Then-U.S. Secretary of Defense Donald Rumsfeld describing the case of abuse perpetrated at Abu Ghraib as "*an*

13. Besides the abuse at Abu Ghraib, comparable and even more extreme cases of mistreatment and torture of prisoners have been documented by the International Committee of the Red Cross and by journalists in U.S. detention facilities in Afghanistan and in numerous other locations in Iraq. See the HRW Report, cit. Several UK soldiers, as well, have been involved in acts of abuse against prisoners in Iraq and have been court-martialed for them.

14. Cf. C.A. Britt, cit, p. 553.

15. See S. Lee Myers and E. Schmitt, Wide gaps seen in U.S. inquires on prison abuse, The New York Times, June 6, 2004.

exceptional, isolated" case[16] revealed the official line adopted by U.S. authorities: they were just a few "*bad apples*" acting without orders.[17] Such an attitude, however, generated extensive criticism not only from the mass media and public opinion, but also from the U.S. Congress, which criticized the military authorities for not holding higher-ranking officials accountable.[18] Following such pressure, and after the recommendations included in particular in the *Taguba*, *Fay* and *Jones* Reports of 2004,[19] in 2006 some criminal investigations started to focus also on the responsibilities at higher levels.[20] The *Jones Report* notably concludes that, while senior level officers did not directly commit the abuse at *Abu Ghraib*, they did bear responsibility for lack of oversight of the detention facility, failing to respond in a timely manner to reports of abuses from the International Committee of the Red Cross (ICRC) and for issuing policy memos that failed to provide clear and consistent guidance on the interrogation of prisoners. The Report outlines two different types of unlawful conduct perpetrated by American soldiers: i) cases of

16. See the HRW Report, cit., p. 1.

17. Similarly President George W. Bush appearing on television spoke of "*disgraceful conduct by a few American troops who dishonored our country and disregarded our values*", see HRW Report, cit.

18. The sole General to be disciplined so far for the maltreatment of prisoners at Abu Ghraib is Brigadier General Janis Karpinski, the former commanding officer at Baghdad's Abu Ghraib prison, who was demoted and relieved of command in 2005. Karpinski herself has declared that other senior figures were to blame for maltreatment of detainees, and that she was a scapegoat. Five colonels and lieutenant-colonels also received administrative punishments or letters of reprimand by the U.S. Army in connection with abuses of detainees in Iraq and Afghanistan.

19. Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade conducted by MG Antonio M. Taguba (*Taguba Report*); Article 15-6 Investigation of the Abu Ghraib detention facility and 205th Military Intelligence Brigade conducted by LTG Anthony R. Jones (*Jones Report*) and by MG George R. Fay (*Fay Report*) of August 2004; the latter one specifically stressed the individual responsibilities for the prisoner abuse of Lt. Col. S.L. Jordan, Director of the Joint Interrogation debriefing Centre at Abu Ghraib, and his supervisor Col. T.M. Pappas, for their failure to discharge their duties.

20. Only one officer Lt. Col. S.L. Jordan, who was the former head of the interrogation centre at Abu Ghraib, was put on trial on charges related to detainee-abuse in Abu Ghraib, including dereliction of duty, cruelty and maltreatmen. On 28 August 2007 the court martial acquitted him of all charges related to the Abu Ghraib deteinee-abuse, see P. Von Zielbauer, Colonel is acquitted in Abu Ghraib Case, The New York Times, August, 29, 2007.

intentional violence or sexual abuse which were committed in violation of law, policy and doctrine and contrary to Army values; ii) cases of incidents which were based on misinterpretation of law and policy and confusion over what interrogation techniques were permitted.[21] Certainly there is no single simple cause for what happened at *Abu Ghraib* and in other detention facilities in Iraq and Afghanistan; as was affirmed by the American military investigators who drafted the above-mentioned Reports, "the primary causes are misconduct (ranging from inhumane to sadistic) by a small group of morally corrupt soldiers and civilians, a lack of discipline on the part of the leaders and soldiers of the205th MI BDE and *a failure or lack of leadership by multiple echelons* within CJTF-7. Contributing factors can be traced to *issues affecting Command and Control, doctrine, training, and the experience of the soldiers*".[22] Indeed "the absence of effective leadership was a factor in not sooner discovering and taking actions to prevent both the incidents of *violence/sexual abuse* and the incidents of *misinterpretation/confusion*".[23]

Thus, the main issue here at stake will be to assess the legal consequences of such lack of leadership, command and control with regard to the criminal liabilities arising from cases such as the abuse perpetrated against Iraqi prisoners. As will be exposed in these pages, superiors may be held criminally liable for subordinates' crimes not only as a consequence of their positive acts but also as a consequence of their omissions, where the corresponding duty to act has been violated.[24]

21. Cf. the *Jones Report*, cit., p. 4. Indeed in some cases, interrogation techniques amounting to torture or cruel, inhuman or degrading treatment, as will be seen, happened to be allowed by specific military orders which found their legal justification on legal memoranda drafted by U.S. government lawyers, cf. *infra* par. 3.

22. *Executive Summary of Investigation of Intelligence Activities at Abu Ghraib*, 23 August 2004, attached to the Jones and Fay Reports, available at www.washingtonpost.com/wp-srv/nationi/document/fay-report_8-25-04.pdf

23. *Ibid.*

24. Besides this, the issue arises whether it is possible to attach criminal responsibility to those subjects, who "legally" endorsed the implementation of such prohibited interrogation techniques, for having contributed to the current situation of misinterpretation/confusion over what is and is not permitted with regard to the treatment of prisoners and thus, indirectly, to the

1.2 *The prohibition and criminalisation of torture under international and national law*

The prohibition of torture, as well as of cruel, inhuman, or degrading treatment, is absolute under international law.[25] Article 1 of the U.N. Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment of 1984[26] defines torture as:

"Any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such a pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity ."

Not only is torture prohibited by international treaty law; torture is also prohibited by customary international law.[27] The U.N. General Assembly in the preamble of the Convention against torture declared that the purpose of the Convention is to achieve "a more effective implementation of the existing pro-

continued perpetration of abuse. Conversely, the circumstance that interrogation techniques amounting to torture happened to be allowed by specific orders governing procedures to be implemented by military units operating in the field poses another major problem: what should an officer do when the procedures of his unit allow the kind of interrogation techniques that amount to torture under national or international law? Due to lack of space such issues, although highly pertinent to the main question, cannot be exhaustively discussed in the present paper. See S. Horton, *Military Necessity, Torture, and the Criminality of Lawyers*, in Kaleck, Ratner, Singelnstein, Weiss (ed.), *International Prosecution of Human Rights*, Springer, 2006, p. 169.

25. See F. Jessberger, *Bad torture – Good Torture?*, Journal of International Criminal Justice, 2005, p. 1059-1073.

26. Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted with U.N. General Assembly Resolution No. 39/46, entered into force on June 26, 1987.

27. For the affirmation of a general principle under international law prohibiting torture see A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, Rivista di diritto internazionale, 1993, p. 979 ff.

hibition under international and national law of the practice of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".[28] This aim was pursued by requiring that States criminalise torture under their national law [art. 4(1)].[29] Moreover, article 10 of the Convention mandates each State-party to promote education in the convention's prohibition against torture for all civil or military personnel who may be involved in the "custody, interrogation or treatment of any individual subjected to any form of arrest, detention or imprisonment".[30]

The unconditional prohibition of torture is a *jus cogens* and *non-derogable* principle under international law.[31] The U.N. Convention reads that "*No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war, or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture*".[32]

With regard to the state of war, it shall be noted that the four Geneva Conventions of 1949, which are the primary source of international humanitarian law, prohibit every use of "violence to life and person", as well as "outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment".

28. U.N. General Assembly Resolution 39/46, Un/Doc. A/RES/39/46. Besides the general prohibition posed by the fundamental UN Convention against Torture of 1984, torture is banned by international HRL, being prohibited by several international and regional human rights law instruments; see *inter alia* Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights of 1950; Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights; Article 3 of the European Convention on Human Rights of 1950; Article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981; Article 20 of the Cairo Declaration on Human Rights in Islam of 1990.

29. Under the U.N. Convention against Torture, the criminalization provision applies only to "torture", which is distinguished from the more general category of "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment". However, according to art. 16(2) of the Convention, this is "*without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment ...*". See N. Rodley and M. Pollard, *Criminalization of Torture: State obligations under the United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, E.H.R.I.R., 2006, 115

30. Pursuant to article 11 in order to prevent any case of torture each State Party shall keep under systematic review interrogation rules, instructions and methods for the custody and treatment of detainees.

31. See P. Gaeta, *May necessity be available as a defense for torture in the interrogation of suspected terrorists?*, Journal of International Criminal Justice, 2004, p. 787.

32. Article 2(2), U.N. Convention against Torture.

More specifically, pursuant to the III and IV Geneva Conventions, torture or inhumane treatment of prisoners of war or protected persons are prohibited and constitute grave breaches of the Conventions.[33] Therefore under the Geneva Conventions they amount to war crimes,[34] which create an obligation on every State to prosecute or extradite the alleged perpetrators.[35] Furthermore, common article 3 of the Geneva Conventions, which is known as the 'human treatment principle'[36] and widely recognized as a customary norm binding all participants in international and non-international armed conflicts,[37] applies to all persons affected by an armed conflict; hence it applies to all prisoners, irrespective of whether they are members of the national armies or insurgents, prisoners of war or "enemy combatants".[38]

The protection against torture for every individual in every circumstance is further strengthened by its direct criminalisation under international criminal law. Pursuant to article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court,[39] acts of torture committed in the context of an international or non-international

33. See in particular article 17 of III Geneva Convention, concerning the prisoners of war, and article 31 of the IV Geneva Convention, concerning the "protected persons".

34. See articles 130 of the III Geneva Convention and 147 of the IV Geneva Convention.

35. See articles 129 of the III Geneva Convention and 146 of the IV Geneva Convention.

36. Article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, which deals with the *minima* guaranties to be applied during conflicts not of an international character. The commission of "outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment" are punished, amounting to serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions, i.e. to war crimes in the context of an armed conflict that is not of an international character.

37. See J.J. Paust, Command responsibility: prosecuting military commanders and civilian ministers for violations of the Laws of war, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2006, 601 ff.

38. Cf. C.A. Britt, cit., p. 560. As is well known, in fact, the U.S. denied the status of "war prisoners" to detainees of the war on terror in Iraq and Afghanistan. However, according to the Supreme Court, common Article 3 to the 1949 Geneva Conventions is applicable also to such detainees who do not qualify for prisoner of war protections (*Hamdan v. Rumsfeld*, see *infra* footnote 63).

39. The Rome Statute of the International Criminal Court was adopted at the end of the diplomatic Conference of plenipotentiaries held in Rome in 1998 and entered into force in July 2002 following the 60° ratification. The Statute and all relevant documentation are available at www.icc-cpi.int.

armed conflict amount to war crimes.[40] Torture also constitute a crime against humanity pursuant to article 7 of the Statute, if committed as part of a widespread and systematic attack against a civilian population.

Torture is prohibited also under national law. Within the U.S. system, the U.N. Convention against Torture was ratified and implemented by the U.S. Torture Statute of 1994, 18 U.S.C. sec. 2340 (which contains the definition of torture) and sec. 2340A (which criminalises the violation of the torture prohibition). Therefore, torture undoubtedly amounts to a crime under American domestic legislation, punished with a fine and with imprisonment for up to twenty years or with life imprisonment or even death, if the victim dies from the torture.[41]

Certainly, the U.S.A does have a long and advanced tradition with regard to military rules, and since long rejected the use of torture as well as every other form of cruelty also in the presence of a state of war.[42] Military personnel who mistreat prisoners can be prosecuted by a Court martial under various provisions of the Uniform Code of Military Justice (UCMJ).[43] The current U.S. Army Field Manual ruling on intelligence interrogation, FM 34-52,[44] provides doctrinal guidance, techniques and procedures governing employment of interrogators in support of

40. See Article 8, paragraphs 2(a)(ii) and 2(c)(i).

41. Under the U.S. *Patriot Act* furthermore, conspiracy to commit torture is also a crime, see "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001", Pub. L. 107-56, 115 Stat. 272, which amended 18 U.S.C. sec. 3121-3127.

42. The first American military code, the *Lieber Code*, promulgated in 1863 by Abraham Lincoln as *General Orders 100 to the Armies of the United States in the Field*, has been seen by some authors as the very commencement of international humanitarian law for its human rights oriented content. In Lieber's view, military necessity must always be balanced by proportionality and humanity. Therefore "military necessity does not admit of cruelty – that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge – nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions....". Article 14 of General Orders no. 100, made clear that even "military necessity" was subject to law and that under no circumstance it could justify acts of cruelty such as torture. Cf. S. Hornton, cit., p. 171 ff.

43. CF. articles 77-134 UCMJ.

44. Cf. *supra* footnote 8.

commander intelligence needs. The Manual itself reiterates that its principles and techniques of interrogation are to be used within the constraints established by the UCMJ and the Geneva Conventions. Thus, ever since, the U.S. policy regarding torture has remained – at least formally – one of "zero tolerance".[45] However, as was noted by the former U.S. Assistant Secretary of State for democracy, Human Rights and Labor, "today, sadly the U.S. government seems to have not one, but two policies" regarding torture:[46] on the one hand, "in public rhetoric",[47] the U.S.A. reaffirms its commitment to the worldwide elimination of torture and to prevent and prosecute all acts of torture and other cruel and unusual punishment in all territories under its jurisdiction, on the other hand "something very different seems to be happening in the shadowy areas of U.S. foreign policy".[48]

1.3 The post-September 11 'emergency policy' and U.S. military legislation: the confusion about law and policy over permissible interrogation techniques

Notwithstanding the absolute prohibition and clear definition of torture under international and domestic law, today's confusion over the legal boundaries of prisoner interrogation techniques by American military personnel has recognizable grounds in some decisions adopted by the U.S. government and top-level military hierarchies. The situation can be traced back to a series of measures taken by the Bush administration in the aftermath of the September 11, 2001 terrorist attack on the Word Trade Centre. In the effort to react as strongly as possible,

45. See President George W. Bush's Statement of June 26, 2004 on the UN International day in support of victims of torture (available at http://whitehouse.gov./news/releases/2004/06/20040626-19.html). See on the point, H.H. Koh, *Can the President be Torturer in Chief?*, Indiana Law Journal, 2006, p. 1.145 ff.

46. See H.H. Koh, *Can the President be Torturer in Chief?*, cit., p. 1.145 ff.

47. *Ibid.*, p. 1.148.

48. *Ibid.*, p. 1.149. The Author suggests that the U.S. policy regarding torture would have passed from one of "zero tolerance" to one of "zero accountability".

the Bush administration took some measures that "circumvented"[49] international law: among these, it was decided that suspect terrorists detained in the U.S. naval station at Guantanamo Bay, Cuba (*Guantanamo*) were not subject to the Geneva Conventions;[50] they were labeled as "unlawful combatants" instead of prisoners of war.[51] It was furthermore decided that interrogations at *Guantanamo* could be more 'stringent' than those proscribed by FM 34-52, which could be circumvented as a consequence of the non-applicability of the Geneva-Conventions. Such a decision opened the doors to a number of terrible legal abuses that crossed *Guantanamo*'s boundaries and spread to the theatres of war in Afghanistan and Iraq: "If it was permissible for *Guantanamo* interrogators to ignore FM 34-52, officers likely reasoned that it was also permissible to ignore FM 34-52 in Iraq".[52] It has been patently demonstrated that the interrogation techniques applied in Iraq by U.S. military soldiers derived from those used in *Guantanamo*. In particular, following the arrival at *Abu Ghraib* of US-Major General Miller, who had served as Commander of the Joint Task Force at *Guantanamo*, there was "an informal migration of policies and procedures from one theater to another".[53] With the 'legal' endorsement of some attorneys of the department of Justice and of the department of Defense, the interrogators, when confronted with suspected terrorists, were allowed to deviate from the interrogation techniques proscribed by FM 34-52. The *Bybee Opinion*[54]

49. HRW Report, cit., p. 1.

50. U.S. Government lawyers and high ranking officials effectively declared that the war on terror rendered "obsolete" legal restrictions – such as the rules on treatment of prisoners and interrogation of detainees – outlined by the Geneva Conventions of 1949, which were not suitable for "a new kind of warfare".

51. Cf. C.A. Britt, cit, p. 556.

52. *Ibid.*

53. Cf. T. Golden & E. Schmitt, *General took Guantanamo rules to Iraq for handling prisoners*, New York Times, May 13, 2004. On the "migration" of interrogation and operational procedures following the arrival of MG Miller at *Abu Ghraib*, see the *Taguba Report*, cit., p. 6 ff.

54. Memorandum opinion sent by General Jay S. Bybee – then-Assistant Attorney of the Office of Legal Counsel (OLC) to the then-Counsel to the President Alberto R. Gonzales, "Regarding Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. sec. 2340-2340A". It is

of August 1, 2002, for instance, explores the question whether U.S. officials can use tactics tantamount to torture against suspected terrorists, without being held liable under the Federal Statute that criminalizes torture. Despite the standing prohibition of torture, the *Bybee Opinion* concludes that American officials can use such tactics in specific cases without being held liable. This conclusion was the result of three legal errors: first, by adopting an extremely narrow definition of torture;[55] second, by declaring that the criminal prohibition against torture does not apply to the President or to the interrogation of "enemy combatants" under Commander-in-Chief authority; and third, by reasoning that any congressional statute that regulates interrogation of suspects is unconstitutional because it violates the President's Commander-in-Chief powers.[56] Therefore, the *Bybee opinion* claims that lower executive officials can escape prosecution for illegal torture techniques on the ground that "they were implementing the President's Commander-in-Chief powers",[57] which would rule out the applicability of the Federal Statute against Torture.[58] The *Bybee opinion*, which was sharply criticised when brought to public attention, was withdrawn by the OLC[59] after two years, which means that for a long time it "stood as the official executive branch interpretation

available at http://news.findlaw.com/nytimes/docs/doj/bybee80102mem.pdf. It is useful to recall that the "OLC of the United States Department of Justice is the most important legal office in the United States Government, for it authoritatively determines the executive branch's legal position on matters not in litigation", see H.H. Koh, cit., p. 1.149.

55. According to the Bybee opinion this would be the infliction of "physical pain (...) equivalent in intensity to the pain accompanying serious physical injury, such as organ failure, impairment of bodily function, or even death".

56. According to the Bybee opinion, "Any effort by Congress to regulate the interrogation of battlefield combatants would violate the Constitution's sole vesting of the Commander-in-Chief power in the President".

57. Thus considering the "just following orders" doctrine as a valid defense.

58. See H.H. Koh, cit., p. 1150-1.

59. See the *Levin Memorandum* of December, 30, 2004; "Memorandum from Daniel Levin, Acting Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, to James C. Comey, Deputy Attorney General, Regarding Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. sec. 2340-2340A", available at http://www.justice.gov/olc/dagmemo.pdf.

of Federal official's liabilities with regard to torture and cruel treatment".[60] All this resulted in an internal situation of extreme confusion over what is and what is not permitted with regard to detention and interrogation of prisoners.[61] In the light of the military's failure to give clear interrogation guidance and in order to put an end to this lack of clear standards, on December 14, 2005 the U.S. House of Representatives overwhelmingly voted Senator McCain's proposal imposing "new limits on interrogating detainees in Iraq", in particular by prohibiting the use of "cruel, inhuman, or degrading treatment".[62] The day after, the White House – succumbing to strong congressional pressure[63] – backed Senator McCain's Amendment to the Defense Authorization Act, which was finally included in the 2006 Defense Appropriations Bill. The Amendment applies to all U.S. personnel everywhere with regard to every individual in the custody or physical control of the U.S.A. and requires all U.S. troops to follow Army Field Manual procedures on detaining and interrogating military personnel.

Notwithstanding this and other significant positive signals arising from inside the American system itself,[64] recent legislative initiatives by the U.S. Administration, although officially adopted for the purpose of restoring clear legal standards

60. H.H. Koh, cit., p. 1149-50.

61. A sample of such confusion is offered by the reported experience of the U.S. Captain Ian Fishback, an Army officer who served in Afghanistan and Iraq, who spent almost two years trying to clarify the rules for interrogation and treatment of prisoners. Searching for clear guidance, he contacted every possible source, including his commanders. Failing to receive any satisfactory directions, he ended up writing to U.S. Senator McCain asking for clear standards for interrogations, what finally resulted in the new legislation included in the 2006 Defense Appropriations Bill. See for more details, C.A. Britt, cit., 554.

62. See C. Babington & S. Murray, Senate supports interrogation limits, Washington Post, October 6, 2005.

63. For more details see, H.H. Koh, cit., p. 1.153-5.

64. Reference is made, in particular, to the U.S. Supreme Court decision of June 29, 2006, *Hamdan v. Rumsfeld* no. 05-184, which declared the illegitimacy of the Military Commissions set up pursuant to President Bush's Military order of November 13, 2001, to proceed against "enemy combatants" detained out of the U.S.A. for "violations of the laws of war and other applicable law". See also U.S. Supreme Court decision of June 28, 2004, *Hamdi v. Rumsfeld* no. 03-6696. The Military Commission Act of 2006, though, has already partially nullified the

also with regard to interrogation techniques, are regarded with deep concern. In particular, the Military Commission Act of 2006, which amends the War Crimes Act of 1996, redefines the notion of war crimes as to exclude from the notion of torture the "alternative interrogation procedures" which were developed and implemented by CIA members and U.S. military personnel against suspected terrorists.[65]

1.4 "Allocating" criminal liability: the need to ascertain higher level responsibilities

Interrogation tactics, such as the use of dogs, terror methods and various other forms of degrading treatment, as the ones that were implemented in Iraq and Afghanistan by U.S. militaries, are patently illegal under international customary and treaty law, human rights law, and criminalised under both international and national criminal law.[66]

Although it is not yet clear whether such torture techniques and mistreatment of prisoners were formally approved or whether they were informally encouraged and at which levels of the U.S. government, a wide debate has arisen among American scholars, lawyers and in the public opinion, resulting in a call to ascertain the criminal responsibilities of high-ranking U.S. military officials and of high-level policy makers.[67] So far only nine low-ranking soldiers have been tried before U.S.

positive effects of these decisions, see M. Miraglia, *Lotta al terrorismo internazionale negli U.S.A.: morte e resurrezione delle military commissions*, Diritto Penale e Processo, 2006, p. 1.566 ff.

65. See S. Horton, *When Lawyers are War Criminals*, unpublished paper, remarks delivered at the ASIL Centennial Conference on the Nuremberg War Crimes Trial, Bowling Green, OH, October 7, 2006. Through this Act, which was given retroactive effect, to September 11, 2001, the Bush administration would seek to grant impunity in particular for the "policy makers", responsible for the endorsement of "unconventional" or "extraordinary" interrogation techniques such as "waterboarding", "long time standing" or "hypothermia".

66. See the Amnesty International Report of 6 March 2006 "*Beyond Abu Ghraib: detention and torture in Iraq*", available at http://web.amnesty.org/library/index/engmde140012006.

67. It is interesting to note that a similar debate arose in the U.S.A. during the Vietnam conflict, in particular after the atrocities that occurred in My lai and other villages in March 1968. See, with references, W.H. Parks, *Command Responsibility for war crimes*, Military Law Review, 1973, 1, footnote 1.

Military Courts for their involvement in prisoner abuse at *Abu Ghraib*,[68] which is regarded as unsatisfactory, not only for the sake of *retribution* but also and mostly for the sake of *prevention*.[69] It is a recurrent question whether the abuse perpetrated by ordinary American soldiers against detainees in Iraq (or in Afghanistan and in Guantanamo) can be imputed to the higher military echelons, to the top-level policy makers and legal officers, or even to the White House.[70] In the opinion of many, the unlawful interrogation techniques used by U.S. military personnel in Iraq and Afghanistan should be viewed as the result of decisions taken at the highest levels. The fact that Senior U.S. officials, including former Secretary of Defense Donald Rumsfeld[71] and Lieutenant General Ricardo Sanchez,[72] issued orders (although later rescinded) allowing harsher interrogation techniques than those outlined in FM 34-52, led someone to affirm that, not only did they not counter the idea that these techniques were prohibited, but they also made decisions that led to the current situation and therefore they should be held responsible for war crimes.[73]

68. According to the U.S. Government, as of October 2005, 54 military personnel could be implicated in the *Abu Ghraib* incidents and there have been 65 courts-martial in relation to the acts of abuse in Iraq, cf. United States of America, Update to Annex One of the Second Periodic Report of the United States of America to the Committee against Torture, 21 October 2005, UN Doc. CAT/C/48/Add.3, available at www.state.gov/g/drl/rls/55721.htm. Twelve officers above the rank of Colonel were investigated for the Abu Ghraib abuse, but none of the allegations involved criminal charges cf. T. Bowman, *Top officers are reported cleared over Abu Ghraib*, The Baltimore Sun, April 23, 2005.

69. See the conclusions of the *Taguba report*, which considered the implementation of measures tackling the highlighted command insufficiencies essential "to establishing the conditions with the resources and personnel required to prevent future occurrences of detainee abuse", cit., p. 50.

70. See, *inter alia*, E. Allen, *Chain of Command: can torture in Iraq be linked to the White House?* The Financial Times, June 17, 2004, 21; D. Lindorff, *The real meaning of the Hamdan Ruling Supreme Court: Bush Administration has committed war crimes*, CounterPunch, July 3, 2006; Human Rights Watch, *U.S.: Rumsfeld potentially liable for torture*, April 14, 2006.

71. Donald Rumsfeld was forced, according to many commentators, to resign on November 8, 2006, following the mid-term election defeat of the Bush administration, also because of the scandals attached to the Iraqi war.

72. Commander of the U.S. Combined Joint Task Force 7; He commissioned the *Taguba report* to investigate the conduct of the 800th Military Police Brigade.

73. C.A. Britt, cit., p. 556-7.

On this basis a complaint was brought on behalf of eleven Iraqi and one Saudi Arabian prisoners against Defense Secretary Donald Rumsfeld and other high-ranking U.S. officials and members of the CIA before the German federal Prosecutor in Karlsruhe.[74] There it was affirmed that: "while none of the high-ranking persons named were personally involved in the abuse, the acts of their subordinates could be imputed to them". According to the testimony of Brigadier General Karpinski (which is attached to the complaint), a written authorization signed by Rumsfeld, approving a short list of interrogation techniques, hung on a pole outside *Abu Ghraib*. These included: "use of dogs; stress position; loud music; deprivation of food".[75] No doubt that, if proven, the authorization of such illegal tactics could lead to the conviction of former U.S. Secretary of Defense for the cruel, inhuman and degrading treatment inflicted by U.S. soldiers against Iraqi detainees at *Abu Ghraib*. Pursuant to general principles of criminal law, not only the direct perpetration of acts of torture, but also any form of participation or complicity thereto is criminally relevant.[76] Therefore high-ranking officials who instigated, ordered, authorized or approved or otherwise aided and abetted the commission of illegal techniques amounting to torture by their soldiers, are plainly criminally liable of torture under national and in-

74. On the complaint against D. Rumsfeld and others, filed in 2004 before the German Federal Prosecutor in Karlsruhe (responsible for proceedings regarding crimes under international law) by a group of American and German NGOs and Human Rights Lawyers, see F. Jessberger, *Universality, Complementarity, and the duty to prosecute crimes under international law in Germany*, in *International Prosecution of Human Rights*, cit., p. 213 ff. After the rejection by the Federal Prosecutor on February 2005, a second complaint was filed before the same judicial authority in November 2006. The complaint and all relevant documentation are available at www.diefirma.net.

75. General Karpinski reportedly added that "a handwritten message over to the side that appeared to be in the same handwriting as the signature said 'Make sure this happens' with two exclamation marks", reported by J.J. Paust, *Command responsibility: Prosecuting military commanders and civilian ministers for violations of the Laws of was*, ILSA Journal of International and Comparative Law, 2006, p. 604.

76. This principle is further guaranteed by article 4(1) of the UN Convention against Torture, which provides that "each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture".

ternational law for their participation or complicity in the crimes committed by subordinates.[77] Furthermore, it should be noted that under international criminal law individuals holding positions of command or authority may be criminally responsible for the subordinates' crimes not only upon evidence of positive acts of participation in the crimes, such as the ordering, authorizing or planning the unlawful act. International criminal law provides for a form of criminal liability, known as *command* or *superior responsibility*, pursuant to which a superior can be held criminally responsible for the crimes committed by his subordinates as a consequence of his failure to prevent or repress such crimes.

The following part of the paper, therefore, analyses the elements required under international criminal law for this form of liability to apply.

2. Superior responsibility under international criminal law

2.1 The meaning of the expression "command" or "superior responsibility"

Often, the repeated and systematic occurrence of crimes in war-time contexts happens to be the result of a criminal policy or plan from the highest echelons exercising command and control over the perpetrators. However, the commission of crimes on a large scale or the systematic violations of the laws of war can also be, on the contrary, the 'trivial' consequence of the lack of a clear chain of command and control. Both the exercise of the powers of command and control (in the case of a criminal plan or policy), and the failure to exercise them may imply criminal

77. A question could arise whether willful blindness, consent or acquiescence would in all cases be covered by the legal concepts of "complicity or participation" as provided for by article 4 of the UN Convention. A strong argument in support of an affirmative answer can be found in the works of the Group that drafted the Convention against Torture, which concluded that "*complicity or participation*" also embraced acts relating to "*cover-up*" or concealment of incidents of torture. Under the UN Convention against Torture, States are therefore obliged to criminalize positive acts aimed at concealing an act of torture or leaving it unpunished.

responsibilities upon superiors and commanders in the presence of the specific requirements under international law.

"*Command responsibility* is an umbrella term used in military and international law to cover a variety of ways in which individuals in positions of leadership may be held accountable".[78] In its original meaning this concept is used to cover every type of liability that attaches to a military commander for failing to properly discharge his duties and responsibilities of command. Such a liability for dereliction of duty can in turn be civil, disciplinary[79] or criminal in nature. Of late, however, *command responsibility* refers to superior's criminal liability for the criminal conduct of his underlings. The expression *command responsibility* in the latter sense may be found in literature implied with a broader (*lato sensu*) or a narrower (*stricto sensu*) sense. On the one hand, the type of responsibility that attaches to the superior that ordered, instigated, aided and abetted or anyhow took part in the commission of his subordinates' crimes is often indicated as command responsibility *lato sensu*.[80] On the other hand, command responsibility *stricto sensu* refers to the principle of individual criminal responsibility of superiors for failure to prevent or repress the crimes committed by subordinates. Such a form of liability – which is the specific subject matter of the following paragraphs – concerns the superior who knew or had reason to know that his subordinates were committing or had committed crimes and failed to take proper measures to

78. M. Damaska, *The shadow side of command responsibility*, The American Journal of Comparative Law, 2001, p. 455 ff.

79. The U.S. Department of Army Field Manual 22-100, for instance, which is titled "Army leadership" stipulates that "leaders have responsibility for what their sections, units or organizations do or fail to do". Such a "command responsibility" doctrine however usually results only in administrative punishment for the officer.

80. Article 25(3) of the Statute of the International Criminal Court establishes that: "*A person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (...) (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted; (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission (...)*". For an analysis of the different forms of individual liability here outlined see G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, Asser, 2005, p. 116 ff.

prevent the commission of such crimes or to punish them. Although nowadays the expression *superior responsibility* is to be preferred, since it comprises both the military commander and the civilian superior, whereas *command responsibility stricto sensu* may be understood as referring only to the military personnel, the traditional military expression is still largely in use also with regard to non-military superiors. Therefore, in the present paper both expressions will be used without implying any substantial difference of meaning.

2.2 *Sources and jurisprudential developments of command or superior responsibility*

a) Post Second World War jurisprudence: Command responsibility has been recognized as a principle of customary international law for a long time.[81] The remote origins of this mode of liability are clearly to be found within the military field.[82] The duty of a commander to control his troops and his corresponding responsibility for their illegal conduct was developed since centuries along national and international paths. With regard to the United States of America, Section IX of the American Articles of War of 1776, enacted on September 20 1776, already provided for a form of command responsibility.[83] However, it was not until the Second World War that this principle addressing the criminal liability of the military commander found its first jurisprudential applications. During the

81. ICTY Judgment, Delalic et al. (IT-96-21-T), Trial Chamber, 16 November 1998 (hereinafter Celebici Judgment), par. 333-4. See also K. Ambos, *Superior Responsibility*, in A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones (ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2002, p. 825-48.

82. See the very interesting historical and legal analysis of war crime trials involving command responsibility, starting from the very remote origins of the concept, by W.H Parks, cit., p. 1 ff.

83. In particular the provision contained a form of command responsibility for failure to punish, see W.H. Parks, cit., 5; the A. further notes that "Thus from the very outset of this nation [i.e. the U.S.A], there was imposed upon the military commander the duty and responsibility for control of the members of his command".

Nuremberg trial and in the subsequent proceedings against German war criminals after the Second World War[84] most of the charges were based on positive acts (of commission). Some important trials before U.S. military courts,[85] however, also referred to culpable omissions and to concepts such as that of "*acquiescence*"[86] in order to ascertain the criminal responsibilities of individuals holding positions of command or authority. Probably the most famous and controversial[87] case of conviction on the basis of the principle of command responsibility is that of Japanese General Yamashita, who was condemned to death by an American military tribunal because he "*unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as a commander to control the operations of the members of his command, permitting them to commit the brutal atrocities and other high crimes*".[88] The most important legacy of the Yamashita trial is to have recognized, with regard to military officers in positions of command, the existence of an affirmative duty to take such steps as are within their power and appropriate to the circumstances to control those under their command for the prevention of violations of the law of war.[89] The doctrine of command responsibility was largely used against Japanese war criminals during

84. Reference is made to the "subsequent proceedings" i.e. the Trials of war criminals before military allied courts under Control Council Law No. 10. For an overall analysis of such proceedings see H. Ahlbrecht, *Geschichte der voelkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrbundert*, Nomos 1999.

85. See in particular, U.S. v. Karl Brandt et al. (the Medical case), Law reports, vol. II, 171; U.S. v. Wilhelm von Leeb et al. (the High Command case), cit.; U.S. v. Wilhelm List et al. (the Hostage case), Law reports, vol. XI, 1.

86. "*Criminality does not attach to every individual in this chain of command from that fact alone. There must be a personal dereliction. That can occur (...) where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. (...) It must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence*". U.S. v. Wilhelm von Leeb (the High Command Case), Law Reports, vol XI, at 544.

87. The criticism focused in particular on the legal standard adopted by the judges with regard to the mental element of the accused, which was considered to be one of imputed knowledge or strict liability, see R. Lael, *The Yamashita precedent. War crimes and command responsibility*, Delaware, 1982.

88. Cf. The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals 1947-48 (Law Reports), vol. IV, p. 3 ff.

89. See W.H. Parks, cit., p. 37.

the Tokyo trial.[90] In particular, abuses of prisoners were attributed to both civil and military superiors for having failed to prevent them. A kind of collective superior responsibility was applied in order to extend criminal responsibility to the members of the Japanese government.[91] The standard adopted was extremely broad:[92] the judges went so far as to state that a member of the government becomes responsible for the abuse committed in the prison camp if he did not take adequate steps to prevent or investigate the situation or even if he did not resign.[93] With regard to the jurisprudence after Second World War, it is interesting to note that for the first time not only military but also civilian authorities were found guilty of war crimes and crimes against humanity committed by underlings.[94]

b) Article 86 of Additional Protocol 1: The First international instrument that expressly codified command responsibility is article 86(2) of the I Additional Protocol of 1977 to the 1949 Geneva Conventions.[95] The wording of this article,

90. About the "Tokyo judgment" before the International Military Tribunal for the far East (IMTFE) see B.V.A. Roeling (ed.), The Tokyo Judgment: the International Military Tribunal for the far East, 29 April 1946 – 12 November 1949, Amsterdam, 1971.

91. See in particular the convictions of Mamoru Shigemitsu, and of Koki Hirota, Ministers of Foreign Affairs during the war period where mistreatment of prisoners of war occurred, and relative dissenting opinion of Judge Roeling in, B.V.A. Roeling, The Tokyo Judgment, cit.

92. For a critical reflection on the Tokyo Trial and its convictions, see A. Cassese (ed.), *B.V.A. Roeling, The Tokyo trial and beyond. Reflections of a peace monger*, Polity press, 1994.

93. "A cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain in the cabinet thereby continuing to participate in its collective responsibility (...) he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future", the Tokyo Judgment, cit. vol. 1, p. 30.

94. In precedents of post World War II in fact "command responsibility has been imposed on, e.g. (i) armed forces commanders in respect of acts of persons whom they can control but are not formally under their authority in the chain of command; (ii) a commander in charge of occupied territory for acts committed in that territory by persons not formally under their command; (iii) an officer with operational authority, but not administrative authority, over the perpetrators, and hence without formal powers of discipline; (iv) the business manager of an enterprise employing concentration camp labor, in respect of the conditions to which the laborers are exposed; (v) a chief of staff to a military governor and (vi) the foreign minister of a country. ICTY Celebici Judgment, par. 370-6.

95. The U.S.A. has not ratified the Protocol, however its basis and content is so well established that it is considered to be customary international law, therefore applicable also to states that haven't ratified it, see the Affidavit of J. Lobel on *Direct and indirect responsibility*

however, did not determine the nature of the responsibility to be attached to the superior for his failure to act, whether penal or disciplinary "as the case may be".[96] It shall be recalled that as a general rule, criminal responsibility can only be established if the person who failed to act was under a duty to do so.[97] Article 86, paragraph 2, should be read in conjunction with paragraph 1 of the same article and with article 87, which outlines the duties of commanders. Pursuant to articles 86 and 87 of Additional Protocol I, thus, "*with respect to members of the armed forces under their command and other persons under their control*", commanders have a duty to prevent the commission of breaches of the Geneva Conventions and, where necessary, to suppress and report them to competent authorities. In order to prevent and suppress breaches and "*commensurate with their level of responsibility*", pursuant to article 87(2) commanders shall ensure that their subordinates are aware of their obligations under the Geneva Conventions. The latter provision appears particularly significant for its pertinence to the "very essence of the problem of enforcement or treaty rules in the field".[98] Such form of liability derives indeed from the concept of "responsible command":[99]

of commanders and superiors for war crimes and crimes against humanity under international law, attached to the complaint against D. Rumsfeld, see supra footnote 73.

96. Such a determination was left to the domestic law, see M. Damaska, cit., p. 486. Article 86(2) provides that "*The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.*"

97. See J. De Preux, *Article 86 – failure to act, and Article 87 – duty of commanders*, in International Committee of the Red Cross (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, par. 3537.

98. See J. De Preux, cit., par. 3550. Again, in order to ensure the application of the Conventions and of the Protocol, article 82 also provides that legal advisers must be available to advise the military commanders on the instructions to be given to soldiers in the field and article 83 provides that rules must be disseminated as widely as possible.

99. Such a concept was already included in the Hague Conventions of 1907; in particular article 1 of the Annex to the Fourth Convention, respecting the laws and customs of war on land, requested that an armed force be "*commanded by a person responsible for his subordinates*" as a necessary condition to fulfill in order to be accorded the status of a lawful belligerent; Article

"The purpose behind the principle of responsible command and the principle of command responsibility is to promote and ensure the compliance with the rules of international humanitarian law. The commander must act responsibly and provide some kind of organizational structure, has to ensure that subordinates observe the rules of armed conflict, and must prevent violations of such norms or, if they already have taken place, ensure that adequate measures are taken".[100]

Command responsibility was then included in the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind of 1996 elaborated by the International Law Commission; in its commentary the Commission stated that a military commander can be held criminally liable for the unlawful conduct of his subordinates if he contributes directly or indirectly to the commission of a crime by his subordinates and that he "*contributes indirectly to the commission of a crime by his subordinates by failing to prevent or repress the unlawful conduct*".[101]

c) ICTY and ICTR jurisprudence: the most significant developments regarding this mode of liability were achieved through the extensive jurisprudence of the two International ad hoc Tribunals.[102] Both the statutes of the ICTY and of the ICTR contain an express provision on superior responsibility, which states that:

"The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts

43 of the same Annex also requires that armed forces be placed "*under a command responsible* (...) *for the conduct of his subordinates*" that "*(...) shall take all measures in his power to restore, and ensure as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented the laws in force in the country*", for references see W.H. Parks, cit., p. 10-11.

100. ICTY Judgment, Hadziahasanovic (IT-01-47-PT), Trial Chamber, 15 March 2006, par. 66.

101. See the ILC Commentary on the 1996 Draft, available at www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments.

102. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), established pursuant to Security Council Resolution 827/1993; International Criminal Tribunal Ruanda (ICTR) established pursuant to Security Council resolution 955/1994. Both the statutes and all judgments of ICTY and ICTR are available online, respectively at www.un.org/icty and www.un.org/ictr.

or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof".[103]

On this basis, the jurisprudence of the ICTY and of the ICTR, which largely elaborated on the subject, constantly found that three elements need to be proven for superior responsibility to be fulfilled: 1) a superior-subordinate relationship between the accused and the alleged perpetrators of the crimes; 2) the mental element of the superior, i.e. that the superior knew or had reason to know that the perpetrator was about to commit the crime or had done so; 3) the failure to take the necessary measures to prevent the crime or to punish the perpetrators thereof.[104] Notwithstanding some initial doubts,[105] the judges have interpreted the term *superior* so as to cover both the military commander as well as the civilian superior. It is undisputed today that superior responsibility extends also to civilian leaders, as Heads of State or Government officials or other civilians holding positions of authority:[106]

"*The principle of superior responsibility applies not only to military commanders, but also encompasses political leaders and other civilian superiors in positions of authority. The crucial question is not the civilian status of the accused, but the degree of authority he or she exercised over his or her subordinates*".[107]

Moreover, not only *de jure* but also *de facto* commanders and superiors may incur criminal liability under this doctrine. The judges of the ad hoc Tribunals,

103. Cf. Article 7(3) of ICTY Statute and article 6(3) of ICTR Statute.

104. See ICTY Celebici Judgment, par. 346. A fourth element can be rightly added, namely the commission of the crime by others than the superior, see ICTY Judgment, Oric (IT-03-68-T), Trial Chamber, 30 June, par. 294.

105. ICTR Judgment, Akayesu (ICTR-96-4-A), Trial Chamber, 2 September 1998, par. 490-1.

106. ICTY Celebici Judgment, par. 356, confirmed in appeal, Appeal Chamber, 20 February 2002 (hereinafter Celebici Appeals Judgment), see in particular par. 196, 240, 354-63. As in this judgment, most of the cases of civilian superior responsibility the ICTY has had to deal with referred to "camp commanders", i.e. to subjects having the power to control detention camps, who were held responsible for crimes committed by prison guards against the prisoners of the camp. As affirmed in the Aleksovski case "*it does not matter whether he was a civilian or military superior, if it can be proved that, within the Kaonik prison, he had the powers to prevent or to punish in terms of Article 7(3)*", ICTY Judgment, Aleksovski (IT-95-14/1-A), Appeals Chamber, 24 March 2000, par. 76.

107. ICTR Judgment, Kayishema and Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber, 21 May 1999, par. 213-6.

in fact, consistently found that the mere absence of formal legal authority over the perpetrators of the crimes does not rule out the imposition of superior responsibility on the subject, as long as he exercised *effective control* over them, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of the offences. No doubt, a chain of command or authority and control is a necessary prerequisite to impute superior responsibility. However, according to this jurisprudence, criminal liability can attach to the superior also with regard to acts perpetrated by subjects who are not directly subordinate to him in the chain of command.[108] Indeed such a concept of *indirect subordination* was already used during the post Second World War jurisprudence and recognized within the meaning of article 86 I Add. Prot.[109] This implies also that more than one superior may be held responsible for the same crime committed by subordinates.[110] These arguments do not exclude of course the need to maintain the link of subordination; as was affirmed, in fact, "great care must be taken lest an injustice be committed in holding individuals responsible for the acts of others in situations where the link of control is absent or too remote".[111] A position of command is indeed always a necessary precondition for the imposition of command responsibility, which means that persons in non-command positions, such as advisers to a military commander or unit, who may be in a position to influence commanders, will not be held criminally responsible on that basis.[112]

2.3 *The elements of superior responsibility under article 28 of the Rome Statute of the International Criminal Court*

Superior responsibility under article 28 of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) provides for an independent basis for individual

108. See ICTY Judgment, Strugar (IT-01-42-T), Trial Chamber, 31 January 2005 (hereinafter Strugar Judgment), par. 362 ff.

109. See J. De Preux, *Article 87*, cit, par. 3555.

110. Cf. ICTY Strugar Judgment, par. 365.

111. ICTY Celebici Appeals Judgment, par. 197-8.

112. ICTY Celebici Judgment, par. 364-370.

liability distinct from the other modes of liability under article 25 of the Statute.[113] According to the wording of article 28,[114] a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by his subordinates as a result of his failure to exercise control properly where he knew or should have known that the crimes were being committed, or about to be committed, and he failed to take all necessary and reasonable measures within his power to prevent or repress the crime or to submit the matter to the competent authorities.

Article 28 focuses on the concept of effective command/authority and control of the superior over the perpetrators of the crimes. Such a decisive criterion – the "effective control" – to impute superior responsibility applies to *de jure* as well as to *de facto* commanders; it applies *mutatis mutandis* also to civilian superiors. The Statute of the ICC for the first time expressly recognizes the applicability of this mode of liability to civilian superiors. The constituent elements of *command responsibility* regarding military commanders or persons effectively acting as military commanders (art. 28, lett. a), partly differ from the constituent elements of *superior responsibility* of civilian superiors (art. 28, lett. b). It may be noted that with regard to civilian superiors more difficulties arise in demonstrating the holding of powers to prevent and punish, i.e. effective control over the perpetrators of the crimes; civilian leaders, in fact, lack the power of command typical of military commanders.[115] As a consequence, also the duties of civilian superiors at the basis of superior responsibility partly differ from those of military commanders, in particular with regard to the duty to punish.[116] Besides

113. See *supra* footnote 79.

114. Article 28 is generally interpreted as being consistent with existing customary law on the subject and "constitutes an adequate restatement of it", see C.M. Bassiouni, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, Kluwer, 1999, p. 443.

115. A question has arisen within ICTY jurisprudence, whether "substantial influence" is a sufficient basis in order to impute criminal liability under the superior responsibility doctrine; the judges denied this possibility, see ICTY Judgment, Kordic and Cerkez (IT-95-14/2), Trial Chamber, 26 February 2001, par. 414 ff.

116. "It cannot be expected that a civilian authority will have disciplinary power over his subordinate equivalent to that of the military authorities in an analogous command position ...", ICTY Judgment, Aleksovski (IT-95-14/1-T), Trial Chamber, 25 June 1999, par. 78. "Under the effective control test, there is no requirement that the control exercised by a civilian superior be of the same nature as that exercised by a military commander", ICTR Judgment, Bagilishema (ICTR-95-1A-T), Appeals Chamber, 7 June 2001, par. 55.

the differences already outlined by the jurisprudence of the ad hoc Tribunals, which are reflected in the wording of article 28,[117] under the latter provision, two different standards are required for superior responsibility to be fulfilled as regards the mental element. On the one hand, to be held responsible for the crimes of his subordinates a civilian superior must at least have "*consciously disregarded information which clearly indicated*" the commission of the crimes; on the other hand, with regard to the military commander it suffices that he "*should have known*" "*owing to the circumstances at the time*" about the commission of the crimes. Thus, in the latter case the superior can be punished also on the basis of a negligent behaviour, which represents an exception to the general rule adopted by the Statute, i.e. that the crimes falling under the competence of the Court may be punished only if committed with intent and knowledge.[118] According to this provision, if a commander is negligent by failing to require and obtain complete information on the on-going events and on the conduct of his troops (in other words if he looses control over his soldiers) he may not plead innocent arguing that he did not know about the crimes.

2.4 The importance of preventive measures under the superior responsibility doctrine

Under international law the original meaning of command responsibility is thus to ensure that the provisions of international law are respected. As has been variously reaffirmed in jurisprudence "*the doctrine of command responsibility is ultimately predicated upon the power of the superior to control the acts of his subordinates*".[119] The concept of superior itself has been interpreted in terms of hierarchy encompassing the concept of control. "*As long as a superior has effective control over subordinates, to the extent that he can prevent them from committing crimes or punish them after they*

117. Depending on the status of the superior, whether a military commander, a person "effectively acting as a military commander" (lett. a) or a civilian (lett. b), article 28 uses different expressions to designate the kind of relationship required to link the subject and the perpetrators of the offences. In the first case it speaks of "forces under his command and control", whereas in the other two of "effective authority and control".

118. See article 30 of the Rome Statute.

119. ICTY Strugar Judgment, par. 359; ICTY Celebici Appeals Judgment, par. 377.

committed the crimes, he would be held responsible for the commission of the crimes if he failed to exercise such abilities of control".[120] Therefore, under international law persons with powers of command/authority and control are burdened with "*Garantenstellungen*", whereby superiors bear a legal obligation to act in order to prevent or repress the commission of criminal acts by their subordinates. The failure to adopt "*all necessary and reasonable measures*" within their powers to prevent or repress the commission of the crimes extends the criminal liability for such crimes to the superior.[121]

Preventive measures, in particular, may consist in the implementation of an adequate chain of command, as to ensure effective links and communication between different levels of command; in the implementation of an adequate reporting system;[122] in the selection of qualified personnel; in the appropriate training of military personnel engaged in operations in the field;[123] in a detailed evaluation of the foreseeable specific risks of the operation in question;[124] and, last but not least, in the issuance of specific orders aimed at neutralizing as far as possible the specific risks. In particular with regard to the commission of war crimes, this issue is strictly connected to the organization of the armed forces: no doubt a comman-

120. ICTY Celebici Appeals Judgment, par. 198.

121. The judges of the ICTY stated that "For the acts of his subordinates as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act (...)", ICTY Judgment, Halilovic (IT-01-48-T), Trial Chamber, 16 November 2005, par. 54.

122. In the Hostage case the U.S. Military Tribunal affirmed that "a commander of occupied territory may require adequate reports of all occurrences that come within the scope of his power and, if such reports are incomplete or otherwise inadequate, he is obliged to require supplementary reports to apprise him of all the pertinent facts. If he fails to require and obtain complete information, the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defence", United States v. Wilhelm List et al., Law reports of Trials of War Criminals, v. XI, 759.

123. See e.g. the *Taguba report* on the point: Jordan, trained as a civil affairs officer, was put in charge of the Abu Ghraib centre from its creation in September 2003 to December 2003. As he stated during the official investigation on the Abu Ghraib abuse, he had *"no training on the military side of what constitutes interrogation operations"*.

124. See the Report of the Commission of inquiry into the events in the refugee camps in Beirut, the Kahan report, February 8, 1983, available at www.us-israel.org; see W.D. Burnett, *Command Responsibility and a case of study of the criminal responsibilities of Israeli military commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra*, Military Law review, 1985, p. 71 ff.

der cannot do everything himself, especially in time of war, to ensure the laws of war are respected. However he remains responsible for the conduct of his armed forces if he did not take all the necessary measures in the given circumstances to properly implement a functioning system of command and control. That is why proper military organization and training for the soldiers to be sent in the field are particularly relevant. In particular specialists should be available at the appropriate levels, including "specialists in the treatment of prisoners", "in addition to legal advisers, to undertake, at the request of the commanders concerned, such tasks as may be assigned them in advance, for which they should be specially prepared, with a view to guaranteeing the best possible application of the [Geneva] Conventions and the protocol when the time arrives, as well as setting in motion procedures for the suppression of breaches when necessary".[125]

3. Conclusions

It would, of course, be both inappropriate and beyond the scope of my work to establish whether U.S. military commanders, CIA members or high-level governmental officials of the Bush administration may be held liable, on the basis of the superior responsibility doctrine, for the unlawful acts committed by American soldiers against Iraqi prisoners. On the issue it may be observed that the above-mentioned International Criminal Court has no jurisdiction on the alleged crimes since neither the U.S.A nor Iraq have ratified the Rome Statute yet.[126] On the other side, however, it may be noted that international criminal law is not only administered at a 'central level', i.e. by international tribunals; especially following the adoption of the Rome Statute many States implemented international criminal law principles and provisions into their domestic legislation. As a consequence of this process some States have now adopted the principle of universal jurisdiction, pursuant to which, with regard to international crimes,

125. J. De Preux, *Article 87*, cit., par. 3.563.

126. Pursuant to article 12 of the Rome Statute the Court may exercise its jurisdiction if the crime has been committee don the territory or by a national of a state that is a Party to the Statute.

jurisdiction can be exercised no matter where the crime occurred or by whom it was committed. An example of this is the German Code of Crimes against International Law of 2002,[127] which paved the way for the already mentioned complaint brought against Donald Rumsfeld et al. before the German federal Prosecutor in Karlsruhe in 2004 and, following the first dismissal, again in November 2006.[128] No doubt it remains the primary responsibility of the State having jurisdiction over the alleged crimes to deal with the criminal responsibilities of its nationals, also in the case of commission of international crimes. In dismissing the first case brought against Donald Rumsfeld and other U.S. officials in February 2005, the German federal Prosecutor stated that: "*there are no indications that the authorities and courts of the United States of America are refraining, or would refrain, from penal measures as regards the violations described in the complaint*". However, should the fears about the recently passed Military Commission Act of 2006[129] prove to be true – i.e. that it would try to immunise U.S. officials from the alleged crimes – this would indeed be an argument to demonstrate the unwillingness of American authorities to ascertain the possible responsibilities[130] of high-ranking U.S. officials with regard to the offences outlined in the complaint.[131]

127. Code of Crimes against International Law (*Voelkerstrafgesetzbuch*, VStGB) of 29 June 2002.

128. See *supra* footnote 73.

129. See *supra* part I par. 3.

130. See the Affidavit subscribed by J. Paust, Professor at the University of Houston Law Center, attached to the Complaint filed against D. Rumsfeld and others before the German federal prosecutor in Karlsruhe in November 2006, concluding that: "*the Bush administration has been unwilling for more than five years to prosecute any high-level members of the administration for international crimes and it is extremely unlikely that high level members and former members of the Bush administration will be prosecuted in the U.S.A. for authorizing, abetting or participating in international criminal activity or for dereliction of duty, although several such persons are reasonably accused for such improperties*".

131. Opinion expressed by M. Ratner, President of the Center for Constitutional Rights, Press release of November, 14, 2006, Presentation-conference of the complaint filed before the German federal Prosecutor in Berlin. Certainly the request pending before the German federal Prosecutor is one of extreme seriousness because of its potential political ramification. Although it appears likely that the complaint will not have any judiciary follow-up in Germany, the complaint bears an important significate in that no matter where war crimes occur or who commits them impunity will not be tolerated.

Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs

Fábio da Silva Bozza
Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR.
Professor de Direito Penal e Criminologia dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Unibrasil, na Facinter e na Faculdade de Direito de Curitiba. Membro do ICPC/UFPR e do IPEC.

Resumo: O fracasso no reconhecimento de uma função positiva para a pena criminal fez com que, no início da década de 80, Günther Jakobs elaborasse a sua teoria. Tendo por fundamento o funcionalismo sistêmico de Luhmann, assim como o idealismo hegeliano, propõe o autor que a pena tenha por função restabilizar as expectativas normativas que foram quebradas pela prática do crime. Assim, a pena seria imposta a uma pessoa para que a opinião pública fosse renormatizada, reconquistando a confiança da população no direito penal. O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise crítica da proposta de Jakobs, e propor como alternativa para justificar a pena estatal (se isso é possível!?) a participação da vítima na solução do conflito provocado pelo crime.

Palavras-chave: Teorias da pena – Funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs – Prevenção geral positiva – Análise crítica.

Abstract: The failure to recognize a positive purpose for criminal punishment led Güntherhe Jakobs to formulate his theory in the early 80's. Having as

its pillars Luhmann's systemic functionalism, as well as Hegel's idealism, the author proposes that the goal of the punishment is to re-stabilize normative expectations which were broken by the commitment of the crime. Therefore, the punishment would be imposed on a person so that the public opinion could be re-normatized, restoring the population's trust in Criminal Law. The aim of this paper is to carry out a critical analysis of Jakobs' proposal and to propose as justification for state punishment (if possible), the participation of the victim in conflict solution caused by the crime

Keywords: Punishment theories – Günther Jakobs' systemic functionalism – General positive prevention – Critical analysis.

Sumário: 1. Introdução – 2. O surgimento de uma "nova" função para a pena: a prevenção geral positiva – 3. O funcionalismo sistêmico (ou estratégico) e sua referência à pena criminal – 4. Algumas considerações sobre normas e seres humanos – 5. Algumas considerações críticas a respeito da prevenção geral positiva na proposta de Jakobs – 6. Considerações finais – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal

1. Introdução

O fato de que as teorias tradicionais sobre os fins da pena somente podem ser defendidas com muita relativização é uma das principais razões para o surgimento de uma nova teoria: a prevenção geral positiva.[1]

A partir da década de 70, do século XX, a função de prevenção geral ganha uma nova roupagem. Fala-se, agora, na prevenção geral não mais como intimidação,

1. STRATENWERTH, Günther. *Que aporta la teoria de los fines de la pena?* Traducción Marcelo A. Sancinetti. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofia del derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 18.

mas com um aspecto positivo (prevenção geral positiva): o de reafirmar a validade da norma, provocando um reforço na consciência jurídica da população.

O objetivo do presente trabalho é analisar de forma crítica a função da pena estatal, segundo uma concepção funcionalista do direito penal: a de Günther Jakobs.

Ocorre que, ao se tratar de funcionalismo penal, deve-se levar em conta que nem sempre se está a falar da mesma coisa. Por isso, fundamental a distinção feita por Vives Antón, no sentido de diferenciar o *funcionalismo teleológico* (na linha de Roxin) do *funcionalismo estratégico ou sistêmico* (na linha de Jakobs). Comum a ambas as concepções funcionalistas é o fato de tratar a função da norma, assim como as categorias do delito desde a(s) função(ões) da pena.[2]

No entanto, deve-se ter cuidado ao se referir a tal teoria, pois não se trata de uma única. Há na literatura jurídico-penal contemporânea, sinteticamente, duas posições principais sobre a prevenção geral, com propostas semelhantes, mas com fundamentos e objetivos político-criminais diferentes.[3]

De um lado a proposta de autores como Roxin, que entende a prevenção geral positiva de forma relativa, cuja função consiste no reforço da confiança na firmeza do ordenamento jurídico por parte do povo.[4] Destaca que a pena possui três efeitos ligados entre si: a) o efeito sócio-pedagógico de exercício da fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; b) o efeito de reforço da confiança jurídica que surge quando o cidadão vê que o direito penal

2. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 435.

3. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 10.

4. ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delicto. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003. p. 91: "El aspecto positivo de la prevención general 'comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamento jurídico'. Conforme a ello, la pena tiena la missión de 'demonstrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo'."

é aplicado e; c) o efeito de pacificação, produzido quando a consciência jurídica geral se tranqüiliza pela punição de uma conduta que viola o direito, e porque considera solucionado o conflito com o autor.[5]

De outra banda, Jakobs considera a prevenção geral positiva como única função da pena criminal. Tal função concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição. A legitimação do discurso punitivo consiste no exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em dúvida caso em seguida de um crime não houvesse punição.[6]

Por fim, a diferença entre a prevenção geral positiva de Jakobs e a de Roxin: enquanto essa tem por finalidade o reforço da confiança jurídica da população para a proteção subsidiária de bens jurídicos (interesses essenciais à vida em comunidade que devem ser penalmente tutelados), aquela objetiva a estabilidade das expectativas de comportamento dos indivíduos por meio do exercício da confiança no direito, para a mera estabilização/reforço da ordem normativa.

Com pensamento semelhante ao de Roxin, Hassemer entende que o direito penal tem a função de proteger bens jurídicos sem cujo reconhecimento seria impossível a vida social. Conseqüência disso é que a prática de um delito ataca as normas de comportamentos que têm por finalidade proteger esses bens e que, no caso concreto, as deixa sem efeito. Portanto, a sanção (não apenas a pena criminal) tem a função de proteger a norma de qualquer tipo de afronta. Veja-se a seguinte passagem:

"Pues bien, el delito ataca normas de comportamiento, que pretendem proteger esos bienes jurídicos, y que, en el caso concreto, las deja sin efecto. Este no es un problema excluisvo de la víctima, sino de todos, Las normas de comportamiento unicamente puedem sobrevivir no solo cuando su incumplimiento se corrige pública y energicamente, cuando se deja claro que no vamos a tolerar ni a aprobar el

5. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... p. 91-92.

6. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena*... p. 11.

quebratamiento de la norma, sino cuando se juzga este quebrantamiento, cuando preservamos la norma de cualquie tipo de negación de la misma. (...) La sanción penal es la respuesta corretora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino un sucesso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro."[7]

Realizadas as observações necessárias, passemos a uma análise mais aprofundada do pensamento de Jakobs.

2. O surgimento de uma "nova" função para a pena: a prevenção geral positiva

Antes de qualquer observação, deve-se levar em conta que cada teoria da pena deve ser analisada em seu contexto histórico-cultural. A da prevenção geral positiva se apresenta, numa época de pós-modernidade, como mais uma teoria para legitimar e fundamentar a pena. Esta teoria surge nos fins do século XIX, com Durkheim.[8] Segundo Baratta, o "novo" fundamento do direito penal proposto por Jakobs, no marco da teoria sistêmica de Nikklas Luhmann, propõe novamente a concepção durkheimiana, com toda sua problemática atual e sem inovações substanciais.[9]

Depois da Segunda Guerra o pensamento penal se orienta a uma ideologia utilitarista-humanística da pena. A sanção tem por objetivo a ressocialização. Em meados dos anos 70, em oposição a esse pensamento que dominava a ciência penal, surge um movimento que demonstra que a realidade interna das instituições totais,

7. HASSEMER, Winfried. Por qué y com qué fin si aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal). *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para uma teoria de la imputación en derecho penal. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999. p. 199-200.

8. DURKHEIM considera a pena como um fator de coesão social, destinado a atuar sobre as pessoas honestas, reafirmando seus sentimentos coletivos. Só que sua teoria nunca teve por objetivo atribuir uma finalidade à pena criminal, mas apenas explicá-la. FERRAJOLI. Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 275.

9. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: uma "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoria sistêmica. In *Doctrina Penal*: teoria y práctica em las ciências penales, año 8, números 29 a 32, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985. p. 13-14.

como as prisões, mostra-se, à luz das experiências e de controles empíricos mais atentos, insuficiente e inadequada para atingir o fim de reeducação e reinserção do condenado. Mais que isso, tornou-se contrária a esses fins.[10]

Na mesma época da crise do Estado assistencial, diminuem a disponibilidade e os recursos dos governos, necessários para se buscar a finalidade humanitária de reinserção social do condenado. Inviabiliza-se o projeto de conversão do sistema penal em um sistema de reinserção social. A crescente exigência de disciplina, unida a um aumento da população marginalizada ou em posição precária dentro do mercado de trabalho, o aumento de movimentos de protestos de natureza política e a explosão do fenômeno do terrorismo, acompanham a comprovação científica da deterioração da ideologia penitenciária educativa, e nessa ideologia se produz uma profunda crise. Em período posterior a ideologia da pena se reacomoda adotando função meramente intimidativa.[11]

E aqui o "mérito" dessa "nova"[12] teoria da prevenção geral positiva: ela é uma nova tentativa de fundamentar a pena e proteger o sistema penal diante da profunda crise de legitimação que ele encontrava em razão dos fatos aqui narrados.

Foi uma forma de localizar histórico-culturalmente essa teoria.

10. BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención*... p. 14.

11. BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención*... p. 14-15.

12. Concepção de pena muito semelhante a essa "nova" teoria da prevenção geral positiva, mas com fundamentos diferentes, já se encontrava no *Programa do Curso de Direito Criminal*, de Francesco Carrara. Afirmava o professor italiano: "O delito ofendeu materialmente a um indivíduo, ou a uma família, ou a um número qualquer de pessoas. Este mal não se repara com a pena. (...) Mas o delito ofendeu à sociedade, violando suas leis; ofendeu a todos os cidadãos, diminuindo neles a opinião da própria segurança e criando o perigo do mal exemplo. (...) O perigo do ofendido já é agora irremediavelmente passado, porque se converteu em um mal efetivo. Mas o perigo que ameaça a todos os cidadãos principiou agora, isto é, o perigo de que o perverso, se for deixado impune, contra outros renove as suas ofensas, e o perigo de que outros, encorajados, pelo mau exemplo, também se entreguem a violar as leis. Isto excita, naturalmente, o efeito moral de um temor, de uma desconfiança na proteção da lei, em todos os associados que nutrem, à sua sombra, a consciência da própria liberdade. (...) Este dano inteiramente moral cria a ofensa a todos na ofensa de um, porque perturbava o sossego de todos. A pena deve reparar esse dano com o restabelecimento da ordem, perturbada pela desordem do delito." CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 79.

Optamos por examinar a prevenção geral positiva sob o enfoque de Günther Jakobs por ser a que gerou mais debates nos últimos anos.[13]

Esse se propõe a uma nova concepção da prevenção geral, inicialmente, a partir da teoria sociológica do sistema social de Luhmann. Para Jakobs, o direito penal é "um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da confiança na vigência das normas": a vida social requer certa segurança e estabilidade das expectativas de cada sujeito frente ao comportamento dos demais.[14]

Para melhor compreensão da idéia do referido autor, temos que entender as conseqüências do funcionalismo sistêmico no direito penal, nominadamente no que se refere à função da pena.

3. O funcionalismo sistêmico (ou estratégico) e sua referência à pena criminal

As primeiras linhas do *Tratado* de Jakobs são dedicadas a seu mestre Hans Welzel, que afirmava que "*la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de caráter ético-social*, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares".[15] (grifei) A partir dessa idéia desenvolve sua concepção de prevenção geral positiva como fundamento da pena.[16]

13. Embora seja um dos focos de ataque à teoria de Jakobs, importante ressaltar que esse não ignora a existência de outros meios de resolução de conflitos, alternativos à pena criminal. O problema da teoria está na ausência de critérios que determinem a eleição de *quê (situações), quando, e por quê se* deve fazer uso de uma sanção com as características da pena, e em que situações o Estado pode abrir mão desse meio tão violento, e realizar um tratamento diferente do conflito. (MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLES, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. *Um novo sistema de direito penal*: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003. p. 27)

14. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 333.

15. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 15.

16. JAKOBS. Günther. *Derecho penal...* (prólogo).

De acordo com a exposição de Jakobs, em um de seus trabalhos de filosofia do direito penal, o funcionalismo no direito penal deve ser entendido como "a teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade".[17]

Ocorre que o conceito de sociedade, segundo o autor, deve ser analisado de um lugar diferente daquele da filosofia que adota o ponto de vista da consciência individual, que vê a sociedade composta por sujeitos individuais, que celebram contratos, produzem imperativos categóricos, etc. Por essa razão, recorre à teoria dos sistemas de Luhmann, ainda que em parte, para desenvolver seu raciocínio.

Importante aqui um detalhe, para evitar um engano corrente na doutrina penal ao se referir à teoria de Jakobs como uma transposição da sociologia sistêmica de Luhmann para o direito penal. Adverte o penalista de Bonn:

"A exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem conseqüências para o sistema jurídico, *ainda que com uma enorme distância em relação ao direito penal*, encontra-se na atualidade na teoria dos sistemas de Luhmann. *Todavia, um conhecimento superficial dessa teoria permite perceber que as presentes considerações não são em absoluto conseqüentes a essa teoria, e isso nem sequer no que se refere a todas as questões fundamentais.*"[18] (grifei)

Numa mais que apertada síntese, o que Jakobs aproveita da teoria dos sistemas de Luhmann é o seguinte. Parte-se de reconhecer a sociedade como um sistema que não depende de indivíduos (esses são mero ambiente da sociedade). Por essa razão, as alterações que o indivíduo realiza aparecem no sistema, que gera novas expectativas para seus membros, que aceitam ou rejeitam as expectativas produzidas. Essa decisão não é realizada de forma individual, mas sim como um sistema social independente de seres humanos.

17. JAKOBS. Günther. *Sociedade, norma e pessoa*: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. p. 1.

18. JAKOBS. Günther. *Sociedade, norma e pessoa*... p. 2-3.

A norma, aqui, exerce papel fundamental. Ela possui a função de criar expectativas de comportamento. Afirma Jakobs: "Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales (...) sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contato social se converteria en un riesgo impredicible."[19]

Segundo o autor, a sociedade só existe quando e na medida em que existem normas reais, ou seja, quando e na medida em que o discurso da comunicação se determina em atenção às normas. Essa comunicação não tem lugar entre pessoas que são regidas de acordo com um esquema satisfação/insatisfação e que, dessa forma, são intimidadas pela ameaça de insatisfação provocada pela pena. Pelo contrário, são as condutas das pessoas que são definidas pelo fato de que seguem as normas. Nas palavras do autor: "persona es, por lo tanto, a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respectuoso del Derecho. La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio liberdade".[20]

Dessa forma, o indivíduo apenas passa a ser pessoa a partir do momento em que possui a qualidade de portador de funções (*róis*), e apenas em relação a uma pessoa pode existir a expectativa de que se comportará de determinada forma em determinada situação.[21] Uma pessoa é real quando seu comportamento é adequado à norma. Assim, a classificação entre justo e injusto não vale somente para solidificar um processo de comunicação da norma, mas também para caracterizar a qualidade de pessoa.[22]

19. JAKOBS. Günther. *Derecho penal...* p. 9.

20. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoria de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 16-17.

21. SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. p. 644.

22. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 65.

Importante aqui ressaltar que a contradição do comportamento humano com a norma não tem por conseqüência que seu autor perca a qualidade de pessoa, isto porque, segundo Jakobs, essa solução teria por pressuposto que o infrator da norma pudera dispor de sua personalidade, o que não é possível.[23]

De acordo com Jakobs, as normas jurídicas representam expectativas estabilizadas de comportamento de tipo contrafático, ou seja, que possuem validade independentemente de seu cumprimento pelas pessoas (fático). Ainda melhor: as normas continuam válidas mesmo quando as expectativas nela estabilizadas são frustradas pela ocorrência de um fato (o crime).

Quando ocorre um delito, ainda assim fica claro que a norma não vê sua vigência afetada, pois do contrário, estar-se-ia colocando em xeque a vigência da norma e a sua função de orientação das condutas sociais. A expressão simbólica do delito (a de, virtualmente, possibilitar a desconfiança na norma) se opõe ao simbolismo da pena criminal. Esta deve ser entendida não mais de forma natural, como expressão da imposição de um mal àquele que lesiona um bem jurídico, mas sim como um símbolo pelo qual se demonstra à sociedade que, não obstante a ocorrência do crime (da violação da norma), ela continua tendo validade. "A pena serve para mostrar com seriedade a todos – e de forma penosa ao infractor – que a sua conduta não obsta a manutenção da norma."[24] Assim, podemos afirmar que a pena é dirigida não mais a possíveis infratores da norma, mas apenas àqueles que as cumprem. Percebe-se, dessa forma, que a norma não visa pessoas, mas simplesmente à estabilização do sistema.

Segundo Maria Lúcia Karam, para essa teoria a pena tem como função a prevenção positiva, no sentido de exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade ao direito, por parte dos membros da sociedade. "O delito é visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto expressão simbólica de

23. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoria de la pena*... p. 18.
24. RODRIGUES, ob. cit., p. 333.

uma falta de fidelidade ao direito, sendo a pena, por sua vez, a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito."[25]

Com uma construção próxima à de Hegel, Jakobs afirma que como o delito é negativo na medida em que supõe a violação da norma e, conseqüentemente, a frustração de expectativas normativas, da mesma forma a pena deve ser considerada algo positivo, vez que afirma a vigência da norma ao negar a sua violação. Em suma: "misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamento de la norma."[26]

Tem-se por objetivo assegurar a função orientadora da norma confirmando a confiança nesta por parte de todos os homens e não apenas dos potenciais criminosos. A confirmação da confiança na norma não tem lugar pelo efeito intimidativo da pena aos potenciais criminosos (com sua potencial inibição), mas sim porque é indispensável a todos, igualmente, saberem aquilo que podem esperar dos outros.[27]

Com a sanção criminal os membros da sociedade consolidam a sua confiança nas normas e, ao mesmo tempo, o exemplo da pena reforça a sua determinação de um comportamento conforme a essas mesmas normas.[28]

Concluindo: com a pena busca-se o consenso nas expectativas comportamentais dos membros da sociedade, ou como quer Jakobs, desenvolveu-se um modelo de pena cuja função é exercitar o reconhecimento da norma.[29]

A pena, assim, deixa de ter uma função metafísica e meramente retributiva, e passa a ser definida de forma positiva, preventivamente. O injusto não deve ser entendido como um mal ao que deve seguir um outro mal, que é a pena. Assim, "querer un mal porque ya se ha dado otro mal, y este seguir un mal a otro describe

25. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Niterói: Luan, 1993. p. 174.
26. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... p. 14.
27. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da pena*... p. 334.
28. Idem, p. 349.
29. JAKOBS. Günther. *Derecho penal*... p. 26.

a la pena sólo según su carácter superficial."[30] A pena deve ser entendida como a mostra da vigência da norma ao custo de um responsável, o que provoca na população um exercício de fidelidade no direito. Daí que a pena apenas cumpriria sua função com a estabilização da norma lesionada.

Essa função da pena, denominada de prevenção geral positiva, nem sempre apareceu na obra de Jakobs da mesma maneira. Em seu artigo sobre culpabilidade, o aspecto relativo ao exercício de fidelidade da população em relação ao direito aparecia bastante destacado. Afirma o autor: "Isso é prevenção geral em sentido não intimidatório, mas como exercício na fidelidade para o direito."[31]

No *Tratado*, afirma que, para garantir as expectativas de comportamento, a função da pena se resume em manter as normas como modelo de orientação para os contatos sociais. Já o seu conteúdo consiste numa réplica (à violação da norma), que tem lugar ao custo do infrator, em razão do questionamento da norma.[32]

Em *Sociedade, norma e pessoa*, Jakobs acaba por deixar em segundo plano a função da pena como exercício na fidelidade para o direito, destacando a sua função para a de reconhecimento da validade da norma, independente do fato praticado pelo infrator. Veja-se a seguinte passagem:

"Certamente, pode ser que se vinculem à pena determinadas esperanças de que se produzam conseqüências de psicologia social ou individual de características muito variadas, como, por exemplo, a esperança de que se mantenha ou solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. *Mas a pena já significa algo independente dessas conseqüências: uma autocomprovação.* (...) o Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como conseqüência de uma infração da

30. JAKOBS. Günther. *Derecho penal...* p. 9.

31. JAKOBS. Günther. Culpabilidad y prevención. *Estudios de derecho penal.* Madrid, 1997. p. 73. Tal referência a esse dado aparece também em MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLES, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. *Um novo sistema de direito penal:* considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003. p. 2.

32. JAKOBS. Günther. *Derecho penal...* p. 14.

norma. E isso significa, ao mesmo tempo, que com isso se representa a identidade não modificada da sociedade. Neste processo, no plano empírico unicamente se pode apreender o delito, o processo e sua relação, mas, desde logo, não se pode apreender empiricamente o fenômeno da confirmação da identidade; pois esta não é uma conseqüência do processo, mas seu significado."[33] (grifei)

Por fim, parece-me razoável fazer uma síntese do que foi dito nesse item. As normas do direito penal possuem a função de criar, comunicativamente, expectativas de comportamentos de umas pessoas em relação às outras. O crime, como fato simbólico representativo da visão de mundo do transgressor da norma, se apresenta como a frustração das expectativas que haviam sido criadas. A pena, assim, aparece como a confirmação da validade da norma que, simbolicamente, num primeiro momento, fora quebrada com a prática de um fato ilícito e, dessa forma, pode continuar servindo como parâmetro de expectativas nos contatos sociais.

Nesse espaço reservado para o trabalho, buscou-se, sinteticamente, apresentar o porquê da necessidade de se criar uma "nova" teoria para (tentar) justificar o sistema penal, assim como apresentar o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.

Ocorre que esse modelo funcional de direito penal ignora alguns dados básicos da realidade. Agora, tentaremos apresentar o nosso entendimento a respeito de uma sociedade composta por seres humanos, assim como a(s) função(ões) das normas jurídicas no contexto social. Isso com fundamento, ainda que superficial, em disciplinas como a filosofia e a psicanálise.

Com relação a esta última, deve-se ficar claro que, ciente das dificuldades inerentes à transdisciplinariedade, principalmente quando se coloca no jogo a psicanálise, se não quer fazer (por impossibilidade metodológica e prática) um discurso psicanalítico do direito, como bem adverte Jacinto Coutinho: "Ficou patente, por exemplo, que se não pode fazer um discurso psicanalítico do direito e muito menos um discurso jurídico da psicanálise. (...) Os elementos dos campos

33. JAKOBS. Günther. *Sociedade, norma e pessoa...* p. 4-5.

(direito e psicanálise), por outro lado, não têm a mesma estrutura e nem podem ser tomados como lugar comum."[34]

Passemos às considerações.

4. Algumas considerações sobre normas e seres humanos

Entende-se por norma todo regramento de condutas que se relaciona a uma convivência. Para possibilitar a convivência entre as pessoas que compõem a sociedade, a norma deve ter por objeto a conduta humana que quer regular.

Para satisfazer suas necessidades e alcançar seus objetivos as pessoas precisam se inter-relacionar com outras, o que, ora pode ser útil para alcançar tais objetivos, ora pode ser um obstáculo para a consecução de tal fim. Dessa forma, deve-se entender que a convivência humana é um tanto conflituosa. No entender de Muñoz Conde: "É o resultado de um processo dialético em que o indivíduo renuncia a seus impulsos egoístas em troca da possibilidade de, em comunidade, melhor desenvolver sua personalidade e angariar os meios necessários para sua sobrevivência."[35]

Partindo do pressuposto de que o direito penal é obra da cultura, ele, como qualquer outro elemento cultural, condiciona, em parte, as ações humanas.[36]

De acordo com Freud, "a história do homem é a história de sua repressão".[37] Nesse sentido, as normas culturais (que incluem as normas do direito penal) representam a repressão do ser humano. Mas essa repressão (coação)

34. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EdiBEJ, 1996. p. 41-42.

35. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

36. Saliente-se a expressão "*em parte*". Isso porque admitir que as ações humanas são racionalmente dirigidas, negando a força do inconsciente, chega próximo à sandice.

37. FREUD, apud, MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização*. Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 33.

exercida pela cultura é condição para o seu progresso. Sobre a condição humana em sociedade, manifesta-se Marcuse:

"Se tivessem liberdade de perseguir seus objetivos naturais, os instintos básicos do homem seriam incompatíveis com toda associação e preservação duradoura: destruiriam até aquilo a que se unem ou em que se conjugam. O Eros incontrolado é tão funesto quanto a sua réplica fatal, o instinto de morte. Sua força destrutiva deriva do fato deles (*sic*) lutarem por uma gratificação que a cultura não pode consentir: a gratificação como tal e como um fim em si mesma, a qualquer momento. Portanto, os instintos têm de ser desviados de seus objetivos, inibidos em seus anseios. A civilização começa quando o objetivo primário – isto é, a satisfação integral de necessidades – é abandonado."[38]

A inserção do homem em sociedade pressupõe a sua própria mudança. Primeiro, passa da condição de um animal que busca a satisfação imediata para um ser (em parte) racional que admite o adiamento da satisfação buscada; segundo, passa da condição de um animal regido pela busca incessante do prazer para admitir restrições ao seu alcance; terceiro, passa de uma condição de um animal que vive em situação de ausência de repressão para admitir a existência de repressão, em busca de segurança. Isso é o que Freud descreveu como a transformação do *princípio do prazer* em *princípio da realidade*.[39]

Falar de direito penal é falar da regulamentação da vida social do ser humano, impondo limite à ordem das pulsões. De acordo com Freud, a pulsão "seria um conceito limite entre o psíquico e o somático, não podendo ser estudada em si mesma (onticamente)...".[40] Com efeito, a lei jurídica deve ser entendida como *Tabu*, entendido como "uma proibição primeva forçadamente imposta (por alguma autoridade) de fora, e dirigida contra os anseios mais poderosos a

38. MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização*... p. 33.

39. Idem, p. 34.

40. ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional*: garantismo, psicanálise e movimento anti terror. Florianópolis: Habitus, 2005. p. 60.

que estão sujeitos os seres humanos. O desejo de violá-lo (*sic*) persiste no inconsciente; aqueles que obedecem ao tabu têm uma atitude ambivalente quanto ao que o tabu proíbe. O poder mágico atribuído ao tabu baseia-se na capacidade de provocar a tentação e atua como um contágio porque os exemplos são contagiosos e porque o desejo proibido no inconsciente desloca-se de uma coisa para outra. O fato de a violação de um tabu poder ser expiada por uma renúncia mostra que essa renúncia se acha na base da obediência ao tabu."[41]

A administração da convivência social deve ser realizada pelas normas. No entanto, essa pressupõe a interação entre os membros da sociedade, que ocorre por meio de uma relação estrutural denominada pela sociologia de expectativa. As expectativas possuem a finalidade de orientar, de forma relativamente estável, a comunicação e o pensamento diante da complexidade e da contingência do mundo. Disso resulta que qualquer pessoa pode esperar que a outra aja de acordo com as normas, e o mesmo pode se esperar dos outros.[42]

As leis penais devem ser entendidas como condicionantes culturais que habitam o lugar da *realidade*. Por essa razão é que as normas devem possuir como objetivo principal atingir o ser humano. Este não pode ser considerado como mero *ambiente* do subsistema social.

Assim, devemos confrontar o sistema de direito penal proposto por Jakobs com a proposta de um direito construído democraticamente.

5. Algumas considerações críticas a respeito da prevenção geral positiva na proposta de Jakobs

Como se tem afirmado na doutrina, a idéia de prevenção geral positiva, proposta por Jakobs, constitui um modelo de direito penal, *tecnocrático, legi-*

41. FREUD, Sigmund. Totem e tabu. *Obras psicológicas completas*. v. IX. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006. p. 51.

42. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*... p. 9.

timador e acrítico.[43] Por essa razão, algumas observações a essa teoria devem ser realizadas:

1. Jakobs não explica o porquê da necessidade de se estabilizar as expectativas normativas por meio de um instrumento tão violento que é a pena criminal, e não outros, como o direito civil, administrativo, etc. Uma vez violada a norma, existem outros meios que não a pena criminal para restabelecer o ordenamento jurídico.[44]

2. A existência de cifras negras da criminalidade demonstra que a regra é a convivência social com um ordenamento jurídico desestabilizado pela prática de crimes, ou seja, a regra é a não punição. Apesar da existência das normas, a regra é a frustração de expectativas criadas por elas, e não o respeito às regras fixadas no ordenamento jurídico. Diante disso questiona-se a legitimidade de um sistema que busca a sua estabilidade ao custo de pessoas selecionadas pela sua maior vulnerabilidade frente ao sistema penal. Conclui-se, então, que o que põe em perigo a confiança institucional não são todas as violações das normas, mas apenas as selecionadas pelo sistema de justiça criminal. Essa teoria legitima o princípio (real, e não formal) de seletividade do sistema e dos processos de imunização da resposta penal, que depende exclusivamente do grau de vulnerabilidade dos indivíduos frente às agências de controle.

3. A teoria da prevenção geral positiva reduz a questão da justiça à funcionalidade de critérios (e a sua concretização judicial) para a função atribuída à pena de estabilização simbólica de expectativas contra a significação simbólica da ação criminosa.[45] Aqui, a culpabilidade não mais é limite da sanção.

4. No extremo de uma funcionalização do direito penal, a culpabilidade perdeu a sua função de critério ontológico de aferição da responsabilidade individual.

43. MOLINA, Antonio García-Pablos. *Derecho penal.* Introducción. Madrid: servicio de publicaciones faculdad derecho de la Universidad Complutense Madrid, 2000. p. 150.

44. SILVA-SÁNCHEZ acredita que a eleição do sistema penal como forma de estabilização de expectativas normativas se dá pelo seu "suposto" menor custo. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Eficiência e direito penal.* Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 53.

45. BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención...* p. 9.

5. Para essa teoria, quem é um fim em si mesmo não é o ser humano, mas sim a norma. Dessa forma, deixa-se de lado o conteúdo das leis penais. Conseqüentemente, levando em consideração que apenas as necessidades preventivas de estabilização da norma funcionam como seu conteúdo, seria perfeitamente possível manipular o conceito de culpabilidade. Segundo Hans Joaquim Hirch, isso poderia levar ao desenvolvimento de uma estrutura universal e arbitrariamente adaptável, que também poderia ser utilizada por regimes antijurídicos. A função de garantia e proteção do conceito de culpabilidade como "carta magna" do infrator da norma se perde totalmente.[46]

6. A adoção da teoria da prevenção geral positiva, no modelo proposto por Jakobs, viola o princípio constitucional da culpabilidade, extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1.º, III, da CF/88, no qual está previsto que nosso país constitui um Estado Democrático de Direito e tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. O ponto mais grave da prevenção geral positiva (assim como a negativa) consiste na alienação da subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para torná-lo objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais.[47] Nessa linha de pensamento, afirma Baratta:

"En especial, el sujeto en la incriminación de responsabilidad penal deja de ser el fin de la intervención institucional, para convertirse en el soporte sicofísico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y de la cual constituye únicamente un instrumento. Parece que, aunque con expresiones y lenguaje bien diferentes y más abstractos, la teoria sistémica replantea la figura del "chivo expiatorio", de la cual se sirve la teoria psicoanalítica del delito y de la pena para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos."[48]

46. HIRCH, Hans Joaquim. El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal. *Derecho penal.* Obras Completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 158.

47. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias...* p. 175.

48. BARATTA, *Integración-prevención...* p. 22.

7. A teoria sistêmica de Niklas Luhmann, caracterizada por uma legitimação meramente interna, funda o sistema político sobre si mesmo. Esse é um dos principais caracteres de um modelo de direito penal autoritário. Com esse modelo de direito, o Estado é um fim em si mesmo, e possui valores éticos supra-individuais, cuja conservação pode instrumentalizar o direito. Essa forma de Estado, que permite a instrumentalização do direito, não condiz com um direito penal democrático. Num Estado Democrático de Direito, o Estado (e, por conseqüência, o direito) é um meio para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos, e não o contrário. Dessa forma, ao se atribuir à pena criminal a finalidade de estabilização do sistema jurídico, abalado pela prática do crime, está-se admitindo que o direito penal não é um meio de promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos que compõem a sociedade, mas sim, que seres humanos devem ser utilizados como instrumento para se alcançar a estabilização de um sistema (jurídico), sem sequer se analisar a sua legitimidade substancial.[49]

8. Se a sanção penal serve para estabilizar o ordenamento jurídico, para reafirmar a validade das normas nele existentes, qualquer quantidade de pena é legítima para se alcançar tal objetivo. Mais que isso, ao cometer um delito, o agente não tem a certeza do *quantum* de pena que lhe será aplicada para se atingir o objetivo de estabilizar as expectativas normativas da sociedade. Será uma questão de sorte: se o crime não tiver uma publicidade significativa, a pena será de menor monta. Agora, em casos de crimes que são incessantemente publicados em meios de comunicação sensacionalistas, que geram um clamor de vingança (em relação àquele que cometeu o delito) na população, a sanção certamente será alta, ou até mesmo indeterminada.

9. Na rigorosa visão normativista que Jakobs desenvolve dos conceitos da dogmática penal, não existem elementos extrajurídicos aos quais se possa tomar como critérios para uma delimitação da resposta penal (delitos tentados e consumados, delitos realizados por ação ou por omissão etc.).[50]

49. FERRAJOLI. Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 881.

50. Idem, p. 12.

10. Essa teoria omite tomar em conta os efeitos do sistema penal que possam compensar negativamente seus pretendidos efeitos positivos. Desconhece os argumentos que põem em evidência o fato de que o sistema penal produz altos custos sociais e gravíssimos efeitos sobre a integração social e a confiança nas instituições.[51]

11. Desde o ponto de vista da eficiência do sistema penal, devemos levar em conta que o direito penal contemporâneo abandonou o campo de sua função instrumental (de proteção de bens jurídicos) para uma função simplesmente simbólica. Esse novo direito penal incide unicamente sobre a psique da sociedade em relação ao seu sentimento de (in)segurança. Mais que isso, esse direito penal simbólico possui apenas uma aparência de eficiência: a médio ou a longo prazo, verificar-se-á que não cumpriu sua função preventiva. Nas palavras de Silva-Sánchez: "Desse modo, evidentemente, constituirá um dos mais claros exemplos de Direito ineficiente, pois, com custos supostamente (apenas supostamente) mais baixos, na verdade não terá conseguido vantagem real alguma".[52]

12. O processo penal impõe dificuldades à possível reconstrução de uma comunicação entre autor e vítima do delito, em âmbito nos quais a natureza dos conflitos permitiria uma solução privada muito mais funcional que a pena para o fim de reintegração da sociedade em relação à norma.

13. Nesse sistema funcionalista, a pena "se executa como pelas costas dos cidadãos", de forma que a reação do agente ao delito e à pena é apenas vista como parte de um contexto sociológico funcional, excluindo a participação do indivíduo na discussão sobre a forma de resolução do conflito.[53] Segundo Ulfrid Neumann, a pena apenas será explicada "na medida em que pode ser justificada argumentativamente em face dos envolvidos",[54] o que não é possível a partir da perspectiva funcional de Jakobs.

51. Idem, p. 17.

52. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Eficiência...* p. 54.

53. NEUMAN, Ulfried. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 Teses. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 63/269, nov.-dez. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

54. Idem, p. 272.

14. O discurso jurídico da sociologia sistêmica afasta-se do homem, reduzindo-o a um "subsistema". Com isso, perde-se todos os limites às garantias consideradas tradicionalmente como liberais, como a limitação à punição de condutas que lesionam bem jurídico, por exemplo, abrindo-se a possibilidade de se imporem penas a ações simplesmente imorais que não afetem qualquer bem jurídico alheio, de se dar relevância a dados subjetivos de ânimo do agente e de se defender um critério de pena de caráter meramente instrumental ao sistema.[55] Ferrajoli afirma que sistemas de direito penal que funcionalizam o indivíduo para atender às exigências do sistema social geral, são típicos de sistemas de direito penal máximo e ilimitado, indiferentes à proteção dos direitos inerentes à pessoa.[56]

15. Isso leva à impossibilidade de, nesse sistema funcional, se questionar que tipo de ordenamento jurídico se está a conservar com a pena. O problema da legitimidade da pena recai sobre o problema de se ela (a pena) serve à estabilização de uma ordem digna de ser conservada.

16. A ordem jurídica como bem jurídico, retomada pela teoria da prevenção geral positiva de Jakobs (ainda que com outras palavras), presume uma sociedade unitária, ignorando a existência de um pluralismo cultural, característico das sociedades contemporâneas. Mais que isso, presume a legitimidade da legislação penal, o que é de se analisar com maior cuidado. Neumann adverte que "não há sociedade que seja digna de proteção em relação a todo o seu conteúdo de normas garantidas através do direito penal; raras serão as sociedades que não são dignas de proteção em relação a qualquer de suas normas."[57] Conseqüência disso é que a necessidade de se ponderar os interesses de liberdade do acusado com os interesses sociais de estabilização de expectativas resulta da relatividade da relevância da proteção de uma determinada ordem ou não.[58] Isso apenas se faz analisando cada caso concreto.

55. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 87.

56. FERRAJOLI. Luigi. *Derecho y razón*... p. 275.

57. NEUMAN, Ulfried. *Crítica normativa*... p. 272-273.

58. NEUMAN, Ulfried. *Crítica normativa*... p. 273.

17. A prevenção geral estabilizadora pode ter por efeito um sentido moralizante, de imposição mediante a coação da pena de uma adesão interna dos cidadãos aos valores jurídicos, e isto seria absolutamente impróprio em um direito penal de garantias do indivíduo.[59]

18. Essa concepção de pena pode (como afirma Jakobs) se aproximar de uma compreensão ética do Estado própria de Hegel e presente nas décadas de 20 e 30 na Alemanha, até sua total perversão pela ideologia nazista. Essa compreensão pode justificar a superação de um direito penal protetor de bens jurídicos e a "vitória" de um direito penal voltado à proteção da consciência ético-jurídica, assim como a justificação interna ao fim ético-social de Welzel.

19. A adoção da teoria da prevenção geral positiva legitima (?) o poder punitivo reconhecendo, mas passando por cima, da seletividade do sistema penal. A função simbólica da pena seria cumprida ainda que aplicada a um número reduzidíssimo de casos.[60]

6. Considerações finais

De acordo com Melossi, a importante função instrumental do direito penal, verificado o desastre da função de intimidação, é a ressocializadora, ou seja, a teatral: a representação moral maniqueísta. A hipoteticamente proveitosa função simbólica é a "quantificação" de tolerância social em relação às numerosas trangressões.[61]

Baratta desenvolve o tema referente às funções simbólicas e instrumentais do direito penal em torno do conceito de bem jurídico. Utiliza o termo "Estado de prevenção" (citando o autor alemão Denninger) e o conceito de dinamização dos bens jurídicos para indicar as seguintes situações: primeiro, diferentemente do direito penal clássico, em que os bens jurídicos eram produzidos pela

59. MIR PUIG, citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*... p. 28.

60. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 86.

61. MELOSSI, Dário. *Ideología y derecho penal*: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? *Revista Pena y Estado*, n. 1, 1991, Ediciones P.P.U., Barcelona. p. 57-66.

sociedade civil, hoje, com o direito penal simbólico, é o Estado que cria cada vez mais novos bens jurídicos; segundo, a técnica de imputação penal (para a prevenção da criminalidade) é antecipada para ações anteriores à lesão efetiva do bem jurídico, com a criação dos crimes de perigo abstrato. Conclui que há uma crise de legitimação instrumental do sistema penal que é irreversível, o que abre espaço à teoria da prevenção geral positiva (ou prevenção-integração) para a qual o direito penal não é um instrumento eficaz de imposição de pena, mas sim um meio eficaz de sua representação simbólica.[62]

A eficácia da pena, se estudada à luz da teoria que a desenvolve, a considera não como um meio real de proteção de bens jurídicos concretos, mas sim como resposta simbólica à sociedade que pede cada vez mais pena para alcançar a segurança. Assim, uma pessoa seria criminalizada para que a opinião das pessoas seguidoras do direito seja normalizada, provocando um consenso social em torno dos valores éticos fundamentais. Ocorre que é assim considerando a função do direito penal, de forma simbólica, que se legitima um sistema penal seletivo. As condutas que deveriam ser apenadas são aquelas que produzem uma sensação de desconforto social. Isso tem por conseqüência que são as obras mais toscas da humanidade é que serão objeto de pena, visto que as lesões sociais bem sucedidas, que não são selecionadas pelo poder punitivo, seriam um indiferente social.

Mais que isso, com essa teoria ressurge a figura do *bode expiatório* como figura criadora do consenso. Para se alcançar coesão social, é desnecessário se preocupar com pessoas que participam de injustos muito maiores, brindando-se, com isso, a seletividade realizada pelo sistema penal. Sobre o que se comenta, valem as palavras de Zaffaroni/Batista:

"Não é possível afirmar que a criminalização do mais inábil, apresentada como tutela dos direitos de todos, reforce os valores jurídicos: *é verdade que ela suscita consenso (à medida que o público acredita nisso), não porém porque fortaleça os valores daqueles que continuam cometendo ilícitos, mas sim porque lhes garante a possibilidade*

62. BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 57-88.

de prosseguir nisso, de vez que o poder continuará recaindo sobre os menos dotados. O consenso por parte daqueles que exercem poder dentro de uma sociedade não se produz para fortalecer-lhes valores que negam, mas porque lhe fortalece a imunidade perante o poder punitivo."[63]

Essa nova concepção sobre a função simbólica do direito penal – a da teoria da prevenção geral positiva – leva a pensarmos que é ela a que melhor descreve a realidade de sociedades tecnocráticas como as contemporâneas, nas quais os cidadãos são meros espectadores da política, e não participantes dela.[64] Percebe-se que se trata de uma política que aparece como administração do *status quo* social. Por isso corresponde ao que ocorre de concreto na política criminal (e também na política geral), em que a "comunicação política de base" (na expressão de Baratta) que, em sociedades democráticas, se apresenta entre cidadãos e entre cidadãos e seus representantes é substituída pela comunicação entre os políticos e seu público. Nas palavras do autor: "... a democracia é substituída pela comunicação entre políticos e seu público, isto é, pela tecnocracia".[65] A política criminal é estruturada a partir de *marketing* político, baseado na opinião pública, facilmente manipulada pelos meios de comunicação.

Com a pena se pretende criar um clima de identificação coletiva a partir da recusa ao "inimigo", acrescentando-se os sentimentos irracionais por meio da satisfação dos instintos de vingança, motivados pela ação que perturbou a estabilidade social. E aqui fundamental o destaque para a necessidade da construção do "inimigo", funcional à estabilidade social. Bruxas, judeus, miseráveis, terroristas, enfim, todos esses bodes expiatórios se tornam indispensáveis à saúde de uma sociedade simbolicamente estável.

63. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 123.

64. Se trabalharmos com dois modelos de sociedade ideais, o modelo de uma sociedade democrática e o modelo de sociedade tecnocrática, notaremos que as sociedades contemporâneas se aproximam muito mais dessa última.

65. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas*... p. 85.

E quando isso acontece, a política criminal (de emergência) aparece como espetáculo. Por conseqüência, com essa política criminal espetacular, o programa da legislação criminal e das políticas públicas (por exemplo: direito penal do inimigo e a política de segurança denominada "tolerância zero") não se destinam à modificação da realidade (com a proteção de bens jurídicos), mas sim à aparente modificação da realidade para o público (altera-se a visão do público sobre a realidade, e não a realidade em si). O direito penal tende a seguir a opinião pública (de)formada pelos meios de comunicação, e não a dar respostas reais às necessidades reais dos cidadãos. Ou como afirma Juarez Cirino dos Santos: "Esse direito penal *simbólico* não tem função *instrumental* – não existe para ser efetivo –, apenas função política de criação de *símbolos* ou *imagens* na psicologia do povo, para produzir efeitos de legitimação do poder político e do próprio direito penal".[66]

Não é por outra razão que o debate sobre a tensão entre funções simbólicas e instrumentais do direito penal se torna o centro da discussão científica em torno dos sistemas punitivos. E é pelo fato de essa relação (funções simbólicas *versus* funções instrumentais) ser cada vez mais contraditória e problemática que Baratta conclui:

"As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit de tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições, que têm uma base real cada vez mais escassa: assim, as normas continuam sendo violadas e a cifra oculta das infrações permanece altíssima enquanto as agências de controle penal seguem se medindo com tarefas instrumentais de impossível realização por esse fato: pense-se na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle das tóxico-dependências, e na mortalidade no tráfego de automóveis."[67]

A perda de equilíbrio entre funções instrumentais e simbólicas do sistema penal leva à conclusão de que a legislação penal está cada vez mais desligada da

66. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Novas hipóteses de criminalização. p. 5. Disponível na internet: http://www.cirino.com.br. Acesso em 21.04.2007.

67. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas*... p. 85-86.

natureza real dos conflitos. Percebe-se isso quando se nota que as soluções legislativas estão cada vez mais discrepantes em relação ao que os desenvolvimentos científicos indicam sobre as possibilidades reais de uma ação instrumental para a proteção de reais interesses da sociedade.

Quando ocorre conscientemente essa discrepância entre funções manifestas e latentes declarada por parte da política criminal, acontece o que Hassemer denomina de "engano" ao cidadão por parte do legislador. Isso torna o direito penal simbólico, que utilizado de forma ponderada, seria algo positivo, em um instrumento político perigoso, que leva à sua perda de credibilidade.[68]

Segundo Habermas, direito legítimo é aquele "compatível com um modo de coerção jurídica que não destrua os motivos racionais de obediência ao Direito".[69] Essa política criminal simbólica, que atua principalmente sobre aspectos irracionais da coletividade, provoca um déficit de legitimidade do direito penal.

É por isso que devemos levar em consideração técnicas mais democráticas na solução de conflitos. O sistema de justiça criminal acaba por retirar do conflito a vítima, transformando-a em mero espectador. A solução oferecida pelo Estado – a pena criminal – desconhece a participação de um dos afetados. Nada mais autoritário.

A busca da conciliação entre os envolvidos no fato parece ser a técnica mais democrática para a tentativa de solucionar o problema. Além do mais, parece que, com esse procedimento, o efeito de exercitar a confiança da população no direito é alcançado com mais intensidade. Penso que o conhecimento por parte da população de que um conflito foi resolvido, com a participação democrática dos envolvidos, possui um efeito simbólico muito maior do que a pena criminal imposta pelo Estado, de forma autoritária.

Com esse raciocínio abre-se mão da premissa das teorias preventivas – mais precisamente da teoria da prevenção geral positiva – de que a pena criminal é algo

68. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: Vários autores. *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 29.

69. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. t. I, p. 129.

universal e indispensável para a vida em comunidade. Sobre a dispensabilidade da pena criminal, estamos com Scheerer quando afirma que:

"Sem normas ou sanções não pode existir nenhuma sociedade – mas sim sem penas criminais. As normas são algo universal, mas não as normas jurídicas; as sanções, mas não as penas; o princípio da reciprocidade, mas não a retribuição mediante as penas; a adscrição de responsabilidade, mas não de culpabilidade. Há inumeráveis exemplos de sociedades sem Direito penal e sem penas criminais – e não cabe imaginar uma sociedade mundial sem normas e sanções, mas sim uma sociedade mundial sem Direito penal e sem penas."[70]

Passemos à conclusão do trabalho.

7. Conclusão

A função de prevenção geral positiva, na proposta de Jakobs, não pode ser admitida como uma teoria relativa da pena. Trata-se de uma teoria de evidente paralelismo com a teoria da retribuição jurídica de Hegel: só que o que antes se assentava sobre uma base absoluta, agora tem por fundamento uma base sociológica sistêmica.

Com uma roupagem pós-moderna, tenta oferecer uma nova justificação ao poder punitivo (por tantos já deslegitimado). Para tanto, afasta-se dos ideais iluministas de um direito penal como *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos. Substitui-se a proteção subsidiária de bens jurídicos pela reafirmação contrafática do ordenamento jurídico, instrumentaliza-se o ser humano e se deixa de questionar se a ordem jurídica protegida pela pena é digna de ser conservada. O direito penal continua a ser construído sem a participação dos afetados pela solução jurídica do conflito, o que, de plano, retira o ideal caráter democrático do direito.

Para concluir, há de se ressaltar que quando o Direito Penal se distancia das idéias básicas do Iluminismo, ele termina no caminho perigoso da intolerância e da

70. SCHEERER, Sebastian. La pena criminal como herencia cultural de la humanidad? *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 57/106, nov.-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

persecução ao mais vulnerável, mais fraco. Pouco importa o nome que recebam as teorias da prevenção geral, o que importa é que elas utilizam o homem como instrumento, e isso não foi aceito pelos ideais iluministas de emancipação do ser humano.

Diante disso, devemos trabalhar com uma idéia democrática de pena, com a participação dos afetados pelo conflito. Isso sim provocaria, de forma equilibrada, os efeitos simbólico e instrumental que buscam a pena criminal. Com esse pensamento, respeitaremos ideais democráticos, como o de que o direito é que deve ser utilizado pelo ser humano, e não o ser humano pelo direito.

8. Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. *Criminologia y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

_____. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoria sistêmica. *Doctrina penal*: teoria y práctica em las ciências penales, año 8, números 29 a 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Novas hipóteses de criminalização. p. 5. Disponível na Internet: http://www.cirino.com.br. Acesso em 21.04.2007

_____. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI. Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu. *Obras psicológicas completas*. v. IX. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: Vários Autores. *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 23-36.

_____. Por qué y com qué fin si aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción

penal). *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para uma teoria de la imputación en derecho penal. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999.

HIRCH, Hans Joaquim. El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal. *Derecho penal.* Obras completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

JAKOBS. Günther. Culpabilidad y prevención. *Estudios de derecho penal.* Madrid, 1997.

_____. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Sobre la teoria de la pena.* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002.

_____. *Sociedade, norma e pessoa*: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias.* 2. ed. Niterói: Luan, 1993.

MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização.* Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLES, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. *Um novo sistema de direito penal*: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003.

MELOSSI, Dário. Ideología y derecho penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? *Revista Pena y Estado*, n. 1, 1991, ediciones P.P.U., Barcelona, p. 57-66.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EdiBEJ, 1996.

MOLINA, Antonio García-Pablos. *Derecho penal.* Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones Faculdad Derecho de la Universidad Complutense Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEUMAN, Ulfried. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 Teses. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional*: garantismo, psicanálise e movimento anti terror. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. t I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delicto. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003.

SCHEERER, Sebastian. La pena criminal como herencia cultural de la humanidad? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In *Modernas tendencias em la ciencia del derecho penal y en la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Eficiência e direito penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

STRATENWERTH, Günther. *Que aporta la teoria de los fines de la pena?* Traducción Marcelo A. Sancinetti. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A (re) normativização do Direito Penal frente aos direitos difusos

Fábio Guedes de Paula Machado

Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia (MG). Professor Adjunto da UFU. 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, em Freiburg im Breisgau (Alemanha).

Bruno de Oliveira Moura

Acadêmico de Direito da UFU. Estagiário do Ministério Público.

Wesley Miranda

Acadêmico de Direito da UFU. Estagiário do Ministério Público.

Resumo: Desde o seu surgimento, a dogmática jurídico-penal sofreu profundas alterações e estas se deram em razão da aparição de novos conteúdos filosóficos. Conseqüentemente, os elementos do delito e seus institutos foram reformulados dada a necessidade de manter-se coerente o sistema. Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, e o estabelecimento do regime democrático de direito, coube ao Direito Penal a missão de proteger bens jurídicos individuais e difusos (3ª geração). Ante a esta mudança é indispensável

que os institutos penais sejam reformulados e aperfeiçoados, sem o que a pretendida tutela não será eficaz. Dito isto, propõe o presente estudo a classificação do tipo penal contido no art. 50, I, da Lei 6.766/79, como sendo de natureza permanente.

Palavras-chave: Dogmática penal – Tipicidade – Loteamento – Classificação – Crime permanente.

Abstract: Since it's arising, the civil law has suffered deep changes that came up due to the new philosophic contents that have shown up. Therefore, the elements of offense and it's institutes were rebuilt because it was necessary to keep the system's coherence. With the promulgation of the 1988's Federal Constitution and the establishment of the democracy, the Criminal Law became responsible for protecting individual and diffuse rights (3rd generation). In face of these changes, it's necessary to reformulate and to improve the criminal institutes, otherwise the intended protection won't be effective Hence, the following study proposes the classification of the misdemeanor contained on the article 50, I, Law number 6.766/79, as being of permanent nature.

Keywords: Civil law – Elements of offense – Land division – Classification – Permanent crime.

Sumário: Introdução – 1. A moradia: 1.1 Direito Constitucional. A garantia fundamental do cidadão à moradia – 2. Direito penal. A reinterpretação do tipo penal do art. 50, da Lei 6.766/79 – 3. A desconstrução da classificação de que o crime do art. 50, da Lei 6.766/79, é instantâneo de efeitos permanentes: 3.1 A conclusão penal – 4. A necessidade de reinterpretarmos o Direito Penal (tipos penais da Lei 6.766/79) conforme a Constituição Federal – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

Área do direito: Penal; Constitucional; Urbanístico

Introdução

Desde que surgida a dogmática jurídico-penal no final do século XIX, na Alemanha, verificamos ao longo de seu desenvolvimento epistemológico diversas influências teóricas, e estas permitiram a formação de inúmeros conceitos, notadamente os pertinentes aos elementos do delito e sua estrutura, e sempre em manifesto emprego de coerência metodológica.[1]

Apenas a título de citação, primeiramente, o sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito ou sistema Liszt-Beling, foi construído sob a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Em suma, são conceitos avalorados e por serem empíricos estão sujeitos à classificação. Nas categorias do delito ocorre a classificação das elementares em objetiva e subjetiva e descritivas ou valorativas.

Aqui, tudo que for ligado ao injusto (tipicidade e antijuridicidade) será objetivo. A antijuridicidade será valorativa. Já o subjetivo vai para a culpabilidade, sendo que tipo e culpabilidade serão puramente descritivos.

Esta metodologia foi alvo de críticas insuperáveis. No âmbito metodológico não há como o Direito, enquanto sistema de valores, contentar a solução de seus casos unicamente com o emprego da causalidade, e aqui aproxima-se do *regressus ad infinitum* através do emprego da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Note-se que é inerente ao Direito valorar o objeto de consideração, e em decorrência o ponto central se desloca do campo do naturalismo e ingresso no mundo jurídico. O caráter classificatório e formalista desse sistema construído desde a subsunção formal do fato a norma impede qualquer valoração superveniente pelo aplicador do Direito.

1. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, n. 9, outubro de 2000.

Em resumo, esta primeira etapa do desenvolvimento da teoria do delito limitava-se a explicar os fatos pela regra da relação de causalidade.

Com a ascensão do pensamento advindo da filosofia de valores (Windelband e Lask) e seu ingresso no Direito, e particularmente na teoria do delito, estabeleceu-se o método referido a valores, vez que as questões da vida em sociedade não conseguem ser plenamente solucionadas pelas regras da natureza, além do que o Direito não é uma ciência da natureza, ao contrário, ela é humana. Esta mudança metodológica denominou-se "sistema neoclássico ou neokantismo". Por ser ciência fruto do espírito, ou se se preferir da cultura, quer-se compreender os fatos, atribuindo finalidades e valores. Originou-se, então, a formação de um sistema teleológico referido a valores.

Ao buscar compreender os fatos estabeleceu-se que cada qual possui fundamentação material, o que acarretou na (re) classificação do delito em categorias sistemáticas de maneira a permitir que cada qual atendesse à sua finalidade.

Com o escopo de superar o modelo neokantiano, inicialmente nos anos 30, e posteriormente com grande repercussão no pós-guerra, surge o finalismo welzeniano arrimado na lógica da coisa, no sentido de que o direito deve estudar a realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, para somente após tecer consideração jurídica. Aqui depara-se com considerações antropológicas próprias do ser, no sentido de que o homem só age em busca de um fim, esta aliás é o fruto da natureza humana, o que se convencionou chamar de estrutura lógico-real. O homem por ser inteligente dirige o seu saber causal, e por assim ser a ação que realiza desde logo é intencional, por conseqüência dolosa ou culposa. Isto acarreta a relocação do dolo e da culpa no tipo penal, transformando-se a culpabilidade em exclusivo juízo de reprovação pelo livre arbítrio e o poder-agir-de-outra-maneira.

Fincado o Estado Democrático de Direito, particularmente no ocidente, nos anos 70, Roxin elabora o Direito Penal desde a função político-criminal, em particular pelos fins da pena, arrimando a estrutura dogmática na teoria da

imputação objetiva e responsabilidade. Busca o autor aproximar o Direito Penal da realidade, afastando da sua aplicação conceitos não demonstráveis ou que não se insiram no conteúdo da legalidade estrita.

Paralelamente, Günther Jakobs elabora um modelo de Direito Penal a partir da filosofia de Hegel e da teoria dos sistemas de Luhmann. A norma e sua obediência pela pessoa fiel garantem o cumprimento das expectativas normativas depositadas sobre cada um, ao passo que negado o papel e, por conseguinte, violada a norma, nasce a necessidade desta ser revitalizada ou recuperada, atestando a todos a sua vigência, e assim se realiza através da aplicação da pena.

Muito mais deveria ser dito para cada etapa do desenvolvimento epistemológico,[2] porém o escopo deste momento é o de apenas inserir o leitor noutro contexto de compreensão dogmática, que é justamente aquele devido a partir da introdução de aspectos inerentes aos direitos fundamentais do cidadão e exemplificados ao longo da Carta da República. São também denominados de direitos difusos ou de terceira geração.

Neste trabalho, o direito fundamental a moradia e suas implicações na seara dogmática jurídico-penal serão apreciadas, notadamente no que tange ao parcelamento e uso do solo e sua previsão penal.

1. A moradia

Havido grande crescimento da população urbana no país, somando-se ainda o êxodo rural, o certo é que as cidades cresceram sem a devida e prévia projeção e preparação para atender à demanda das mais diferentes classes sociais. Isto proporcionou a formação de bolsões de miséria e desordem urbanística, notadamente em face dos altos custos da implementação dos equipamentos urbanos indispensáveis à sadia qualidade de vida, obrigações estas que são, originariamente

2. Neste sentido: Fábio Guedes de Paula Machado. O desenvolvimento epistemológico do direito penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 79, junho de 1999.

dos empreendedores imobiliários, sendo, outrossim, solidário o Poder Público se não implantado, conforme entendimento pacífico dos tribunais.[3]

Destarte, com a inclusão da habitação e urbanismo no rol dos direitos a serem tutelados através da propositura da ação civil pública art. 1.º, VI, da Lei 7.347/85, e da moradia no elenco dos direitos sociais exemplificados no texto constitucional, art. 6.º, *caput*, afirma-se que diplomas normativos inerentes a esta temática foram revigorados em face das mudanças havidas, notadamente a Lei 6.766/79, e particularmente no que tange às figuras penais nela inseridas.

Destarte, e tomando-se por base o tipo penal do art. 50, da Lei 6.766/79, dúvidas acerca de sua classificação dividiram os tribunais, ora para reconhecerem tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, ora para firmarem entendimento de ser crime permanente. Não obstante à discussão entorno da tipicidade seja por si só importante desde o âmbito dogmático, certo é que o dissenso tem efeito evidente sobre a punibilidade dos sujeitos envolvidos, em especial quanto a declaração da prescrição ou não. Isto porque se se entender que este crime é instantâneo de efeito permanente, tem-se o início da contagem do prazo prescricional com o dar início a loteamento em desacordo com as disposições normativas próprias, ainda que todos os equipamentos públicos não estejam em pleno funcionamento, como a drenagem pluvial, *v.g.* (Código Penal, arts. 107, IV, 109, IV e 111, I). Conseqüentemente, os administradores públicos competentes que não destinaram esforços pautados nos mecanismos extrajudiciais ou judiciais para garantir o cumprimento das normas pertinentes ao parcelamento do solo, portanto, titulares de condutas omissivas, ver-se-ão beneficiados com a extinção da punibilidade.

Diante da apresentação da polêmica e suas implicações, e tendo a questão contorno constitucional, mister que a discussão seja retomada, partindo-se desta concepção para iniciar-se a análise do novo papel do Direito Penal.

3. REsp 124.714/SP, 2.ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 22.08.2000; REsp 194.732/SP, rel. Min. José Delgado, j. 23.02.1999, *DJ* 21.06.1999; REsp 448.216/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 14.10.2003, *DJ* 17.11.2003; TJRS, 6ª Câm. Cív., ApCív e Reexame Necessário 70.002.222.891, rel. Des. Antônio Guilherme Tanger Jardim, j. 09.04.2003).

1.1 Direito constitucional. A garantia fundamental do cidadão à moradia

Habitação e urbanismo são conceitos intimamente ligados à qualidade de vida do homem. Por isso mesmo são temas de preocupação constitucional, e vêem-se destacados em diversas normas federais, estaduais e municipais.

De modo implícito e explícito o direito à habitação está contemplado na Carta da República. Preliminarmente, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III), e esse valor, tão abrangente, tem, por suposto, como uma de suas manifestações, o direito à habitação. Trata-se de garantia constitucional do cidadão.

Em seguida, e no mesmo âmbito, o disposto no art. 3.º, III, afirma que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais,[4] objetivo esse passível de ser alcançado, dentre múltiplas vias, pela garantia de habitação a todos.

Explicitamente, a habitação ganhou especial proteção no ordenamento constitucional através da EC 26, de 14.02.2000, que alterou o art. 6.º para incluir dentre os direitos sociais, justamente o direito à moradia.

Também o art. 7.º, IV, da CF/88, ao contemplar o salário-mínimo como direito de todos os trabalhadores, urbanos e rurais, atesta-o como sendo aquele suficiente às necessidades vitais básicas do indivíduo e da família, inclusive quanto a moradia, alimentação etc.

O texto fundamental estatui, outrossim, ser competência da União "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos" (art. 21, XX), bem como ser competência comum, de todas

4. Também o art. 23, em seu inciso X, estatui ser competência comum das pessoas políticas "combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos".

as pessoas políticas, "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 23, IX).

Também, referem-se a este tema as disposições constitucionais referentes à função social da propriedade (arts. 5.º, XXIII e 170, III) e à política urbana (art. 182).

Estabelecido o patamar constitucional deste direito da cidadania, e buscando adentrar no campo de sua efetividade, conceitua-se urbanismo como sendo "o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade".[5] Em outras palavras, consiste na ciência e na técnica de ordenar os espaços habitáveis, visando o bem-estar geral.[6]

Vinculando esta conceituação ao Direito, temos que Direito Urbanístico é o "conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale a dizer: conjunto de normas reguladoras da atividade urbanística".[7]

Dentre os diversos princípios de Direito, sobressai à espécie o princípio maior da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, verdadeiro axioma de nosso ordenamento jurídico, a significar que o interesse coletivo deve prevalecer sobre interesses individualmente considerados.[8] Ainda, podemos apontar para os princípios da função social da propriedade, da função pública do urbanismo, da subsidiariedade da intervenção administrativa em matéria urbanística, e por fim, a afetação das mais-valias ao custo da urbanificação.

A função social da propriedade está contemplada em oito dispositivos (arts. 5.º, XXIII (rol dos direitos individuais); 156, § 1.º (IPTU progressivo); 170, III (princípio geral da atividade econômica); 182, *caput* e § 2.º (política urbana);

5. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, p. 585.

6. COSTA, Regina Helena. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. *Temas de direito urbanístico*, pp. 11-19.

7. SILVA. José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 21.

8. Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que tal princípio, também chamado princípio da finalidade pública, "inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação". *Direito administrativo*, pp. 62-64.

184, *caput*; 185, parágrafo único (desapropriação para fins de reforma agrária) e 186 (propriedade rural).

Tem-se que o princípio da função social da propriedade é uma limitação ao direito de propriedade, no sentido de que compõe o próprio perfil desse direito. O proprietário deve usar e desfrutar do bem, exercendo esse direito em prol da coletividade. Significa que, num plano ideal, a sociedade deve extrair benefícios do exercício desse direito, e que o interesse coletivo não pode ser restringido pelo individual. Temos aqui, uma socialização deste princípio.[9]

Em prosseguimento, a definição do conteúdo da função social a ser cumprida pela propriedade imóvel faz remeter ao plano urbanístico, que é o instrumento do planejamento urbanístico, assim entendido como o meio pelo qual o Poder Público pode orientar e racionalizar a atuação urbanística, direcionando-a às áreas consideradas prioritárias. Exemplo típico de plano urbanístico é o plano diretor qualificado constitucionalmente como instrumento básico de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, §§ 1.º e 2.º, CF/88).

Sob o segundo princípio, afirma-se que o Urbanismo é função pública. Isto significa que o Urbanismo é poder-dever da Administração Pública voltado, evidentemente, à concretização do interesse público. Se o Urbanismo é o conjunto de medidas destinadas a organizar os espaços habitáveis, constitui, sem dúvida, uma função pública, visto estar-se diante de um poder voltado para o atendimento do interesse coletivo e cujo exercício consubstancia-se num dever jurídico.[10] Sobre esta afirmativa, tem-se que ela é decorrência direta do princípio maior da supremacia do interesse público sobre o particular.[11]

9. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a função social da propriedade vincula a propriedade não só ao destino produtivo do bem, mas, outrossim, a objetivos de justiça social. Novos aspectos da função social da propriedade. *Revista de Direito Público*, n. 84/39.

10. COSTA, Regina Helena. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. *Temas de direito urbanístico*, p. 11-19.

11. Nestes sentido: art. 21, IX e XX; art. 23, IX; art. 30, VIII, todos da CF/88.

Pelo terceiro princípio, o da subsidiariedade, significa que a iniciativa privada pode implantar planejamento urbanístico, desde que de maneira adequada e suficiente tendo preferência, inclusive, sobre o Poder Público. Ou seja, sendo eficaz a participação privada a atender as necessidades públicas, deverá a administração pública abster-se de intervir. Neste sentido, incide-se o disposto no art. 173 da CF/88.

Quarto princípio, o da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação, entende-se como o processo de correção da urbanização, fenômeno de concentração urbana, onde os proprietários devem satisfazer os gastos dela decorrentes, dentro dos limites do benefício por eles obtido.

Estabelecidos que os princípios urbanísticos decorrem da necessidade de obediência aos direitos humanos, preleciona Chaïm Perelman, que a "noção de direitos humanos implica que se trata de direitos atribuíveis a cada ser humano como tal, que esses direitos são vinculados à qualidade de ser humano, não fazendo distinção entre eles e não se estendendo a mais além.[12]

Posto isto, os direitos fundamentais do homem compreendem os direitos individuais e políticos (direitos de 1ª geração), os direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2ª geração) e os direitos difusos e coletivos (direitos de 3ª geração). Ainda sobre o tema, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior salientam que a qualificação de direitos constitucionais como fundamentais reside no regime jurídico de proteção especial que a Constituição lhes outorgou, traduzido, essencialmente, pelo nível singular de proteção de suas normas, por constituírem os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, VI, CF/88) e pela aplicabilidade imediata de seus preceitos (art. 5.º, § 1.º, CF/88).[13]

Em sendo assim, temos que a habitação, como direito social expressamente contemplado na Lei Maior (art. 6.º) é direito fundamental, logo não pode ser

12. *Ética e direito*, p. 400.
13. *Curso de direito constitucional*, p. 64.

suprimido por constituir-se em cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV). Em conseqüência, esta norma tem aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º), devendo o Poder Público propiciar o exercício desse direito a todos os seus cidadãos, sob pena de ser responsabilizado por omissão.

Enfim, quanto ao tema urbanismo, parcelamento do solo e outros, concluímos que o legislador outorgou-lhe o nível constitucional, e o estabeleceu como sendo uma garantia fundamental do cidadão, e desta maneira deve ser interpretado. E em se tratando de garantia fundamental do cidadão, equivale dizer que se permite a interpretação extensiva.

2. Direito penal. A reinterpretação do tipo penal do art. 50, da Lei 6.766/79

Em razão da importância do tema, e da polêmica jurisprudencial havida, faz-se necessário abordarmos a dogmática jurídico-penal do caso em questão, o que significa discorrer sobre a classificação do crime em instantâneo, instantâneo de efeito permanente e permanente.

A priori, crime instantâneo é aquele que se consuma em um único momento. Sua consumação ocorre em determinado instante e não mais prossegue.[14] A consumação do delito se dá em um momento determinado temporalmente. Exemplo: homicídio. O delito permanente se esgota, se exaure, com a ocorrência do resultado previsto no tipo penal.[15]

14. Nesse sentido JESUS, Damásio E. de. *Direito penal.* v. 1, p. 170; MIRABETE, Júlio F. *Manual de direito penal.* v. 1, p. 125; PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro.* v. 1, p. 210; BRUNO, Aníbal. *Direito penal.* Parte geral. t. II, p. 220; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* v. 1, p. 147; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* v. 1, t. I, p. 128; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal.* v. 1, p. 107; PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal.* Parte general. t. I, p. 304; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 146; REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal*, p. 116.

15. Assim BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 147; MAGALHÃES NORONHA, E. Op. cit., p. 107. HUNGRIA, Nélson. *Comentário ao Código Penal.* v. 1, p. 220, MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal.* v. 2, p. 107. Se a realização do resultado (seja

Parte da doutrina concebe o delito instantâneo, ou delito de estado, como sendo aquele que se conclui "com a provocação de um determinado estado, em regra o resultado no sentido dos delitos de resultado, que é insuscetível de manutenção do autor, ou dela não necessita."[16] A situação típica criada não se mantém no tempo, tem conclusão imediata.[17] Exemplos: homicídio, dano e lesões corporais.

Já o delito instantâneo de efeitos permanentes, para aqueles que sustentam a sua existência, é aquele cujo resultado é duradouro e sua manutenção independe da vontade do sujeito. Consumado em um dado momento, seus efeitos permanecem independentemente da vontade do sujeito ativo.[18] Os efeitos da ação do agente perduram, "sem que ele os possa fazer desaparecer."[19] A permanência dos efeitos, não depende da "continuidade da ação do agente."[20] Exemplos: homicídio, roubo, furto.

Por sua vez, no crime permanente, primariamente, o momento consumativo se protrai no tempo. Ou seja, a consumação do delito se prolonga no tempo em virtude da atuação do agente. Cria-se "uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo."[21] Durante todo este período o fato está em fase de consumação. Ex: seqüestro ou cárcere privado. No seqüestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação. Ou

naturalístico, seja normativo) é, em última análise, a consumação do tipo penal, pode-se chegar à conclusão de que o delito instantâneo é aquele cuja consumação coincide temporalmente com seu exaurimento.

16. ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito, p. 329.

17. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Moderna teoria do fato punível*, p. 36.

18. Nesse sentido Nesse sentido JESUS, Damásio E. de. *Direito penal.* v. 1, p. 171; MIRABETE, Júlio F. *Manual de direito penal.* v. 1, p. 125; PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro.* v. 1, p. 210; BRUNO, Aníbal. *Direito penal.* Parte geral. t. II, p. 220; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* v. 1, p. 147; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* v. 1. t. I, p. 128; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal.* v. 1, p. 107.

19. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 278.

20. Assim BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 148; MAGALHÃES NORONHA, E. Op. cit., p. 107.

21. JESUS, Damásio. E. de. Op. cit., p. 171.

ainda, enquanto não cessar a atividade do agente e, conseqüentemente, a situação antijurídica por ele criada, o delito está em fase de consumação (há um período consumativo). Geralmente apresenta duas fases:

1) fase de realização do comportamento previsto na lei, de natureza comissiva;

2) fase de manutenção do estado antijurídico criado (estado danoso ou perigoso), de natureza omissiva.

Todavia, adverte-se que nem os crimes permanentes obedecem a tais fases. Alguns são puramente omissivos, inexistindo, pois, fase inicial comissiva. Ex: deixar de por em liberdade um doente ou louco restabelecido. A fase de manutenção da situação antijurídica pode assumir também feição comissiva (ex: prática de atos de vigilância no sentido de impedir a fuga da vítima).[22]

Noutro sentido, há autores que caracterizam o delito permanente não pela manutenção de sua consumação, mas pela permanência da situação antijurídica lesão ou perigo de lesão por ela criada.[23]

Segundo a lição de Eugênio Cuello Calón, delitos permanentes são aqueles em que após sua consumação, a violação jurídica realizada no momento da consumação não se extingue com essa. Ou seja, "após sua consumação, a violação jurídica nela contida continua ininterruptamente".[24]

22. Assim, JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 171; MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 277.

23. Nesse sentido CUELLO CALÓN, Eugênio. *Derecho penal.* t. I. Parte general. v. I. p. 298; POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal.* Parte general. t. II. Teoria jurídica do delito; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 329; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal.* Parte general. v. 1. p. 315; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general, p. 237; JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general*: fundamentos y teoria de la imputación, p. 207. Antolisei também corrobora esta tese: "chamam-se permanentes os crimes em que, segundo a figura abstrata delineada em lei, o fato correspondente dá origem a um estado de dano ou perigo que se protrai no tempo e pode cessar pela vontade do agente". ANTOLISEI, F. *Principii di dirito penale.* v. 1, p. 156. MARQUES, José Frederico Marques. Op. cit., p. 277.

24. CUELLO CALÓN, Eugênio. Op. cit., p. 298.

Para Claus Roxin, delito permanente é aquele que "não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor tanto tempo quanto subsista o estado antijurídico por ele criado".[25] O crime, embora consumado, existe enquanto a situação antijurídica criada com a consumação perdurar.

Segundo Diego Manuel Luzón Peña, catedrático espanhol e tradutor do tratado de Roxin, nesta classe de crime "se cria, com a consumação, uma situação antijurídica duradoura (de lesão ou perigo de lesão do bem jurídico) que se mantém ou pode cessar pela conduta do autor".[26] Enquanto se mantém a situação antijurídica criada e até que esta cesse, "não começa a contar o prazo de prescrição do delito, pois do contrário poderia ocorrer o absurdo de que prescrevesse sem que se tenha cessado os autores sua atuação antijurídica."[27]

Para Jescheck, e no mesmo sentido de Roxin e Luzõn Pena, no delito permanente "a situação antijurídica criada pelo autor se prolonga". A ação cria um estado antijurídico cuja manutenção "depende da vontade do autor, de modo que, de certa maneira, o fato se renova constantemente."[28]

Para o referido autor, constata-se no delito permanente um momento de terminação (no sentido de realização da intenção típica) diferente do momento de consumação. Esta é conceituada de modo puramente formal. Não é determinada pelo fato de ter o autor "logrado seu propósito, senão que à alcançada já com a concorrência de todos os elementos do tipo."[29]

Trata-se de hipótese de unidade típica da ação em sentido estrito. Sob a lição de Jescheck, a realização "dos elementos mínimos do tipo penal é sempre uma ação única, mesmo que em uma contemplação puramente fenomenológica se

25. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 329.
26. LUZÓN PEÑA. Op. cit., p. 315.
27. Idem, p. 315.
28. Respectivamente, op. cit., p. 237, 329 e 315.
29. JESCHECK, op. cit., p. 469.

possa decompor o comportamento típico em vários atos particulares."[30] No delito permanente há a criação de "um estado antijurídico mantido pelo autor e através de cuja permanência se segue realizando ininterruptamente o tipo penal."[31] Ex: invasão de domicílio. Nesta espécie de delito, a criação do estado antijurídico forma uma ação unitária com todos os atos encaminhados a sua manutenção.

Deslocando o campo de apreciação para o funcionalismo sistêmico, leciona Günther Jakobs, que nos delitos permanentes o estado criado com a consumação do delito deve ser mantido pelo autor.[32] Para ele, em alguns delitos (delitos permanente em sentido estrito), "o injusto vai se intensificando ao aumentar a medida do ataque ao bem jurídico por meio de um agir ou omitir posterior do autor. O comportamento delitivo se prolonga então na medida do comportamento subseqüente, o que impede a prescrição."[33] Nestes crimes o injusto "pode ir se acrescentando potencialmente com o decurso do tempo."[34]

3. A desconstrução da classificação de que o crime do art. 50, da Lei 6.766/79, é instantâneo de efeitos permanentes

Embora partes da doutrina e da jurisprudência nacionais socorram-se da classificação de que o tipo penal do art. 50, da Lei 6.766/79, insere-se como sendo instantâneo de efeitos permanentes, tem-se que esta distinção é um despropósito diante da ordem constitucional que elenca a moradia como garantia fundamental do cidadão, e por conseguinte em bem difuso a partir da dogmática jurídico-penal atual, e por conta disto será rechaçada com os argumentos a seguir.

30. Idem, ibidem, p. 649.
31. Idem, ibidem.
32. JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 207.
33. Idem, p. 208.
34. Idem, ibidem.

1) Conforme já assinalado, a dogmática jurídico-penal atual não reconhece a categoria de delito instantâneo de efeitos permanentes. Esses crimes se caracterizariam, segundo a doutrina nacional majoritária, pela índole duradoura de suas conseqüências independentemente da atuação do agente.

Décadas atrás, José Frederico Marques já observara que a distinção entre crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes é toda infecunda e inútil.[35] De fato, tal classificação não obedece a nenhum critério científico, apresentando várias incongruências metodológicas.

Toda ação típica pode produzir conseqüências danosas mais ou menos irreparáveis, conforme o grau de lesão ao bem jurídico.[36] Em alguns casos, a ação punível leva à supressão do bem jurídico, o que caracteriza uma situação de irreversibilidade e não de permanência. Por definição, o verbo permanecer significa persistir, continuar a ser, continuar existindo. Se o efeito da ação ilícita for a supressão do bem jurídico, não há lugar para um estado de permanência de efeitos. Por exemplo é o que ocorre no homicídio. Nele, o bem jurídico vida, deixa de existir com a morte, sendo impossível permanecer os efeitos da ação homicida, que se exauriu. Isso caracteriza uma situação de irreversibilidade e não de permanência.

Ademais, mesmo nos delitos de conduta permanente a lesão ao bem jurídico é de certa forma, irreversível. Toda causa, uma vez atuante no mundo fenomenológico, produz efeitos que, pelo menos relativamente ao tempo em que teve incidência, é irreversível. No caso do delito de seqüestro, por exemplo, não é possível restituir ao sujeito passivo do delito o tempo de liberdade que lhe foi retirado.

Diante desta explanação, não pode existir a categoria delito instantâneo de efeitos permanentes. Os crimes são instantâneos ou permanentes. Em ambos os

35. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 281.

36. ANTOLISEI, F. *Manual de derecho penal*, p. 196, e Damásio E. de JESUS, op. cit., p. 195.

casos, os efeitos, são reversíveis ou não, e dessa constatação não podemos inventar, sem maior rigor científico, uma subcategoria de crime.

2) Ainda na lição de José Frederico Marques, advinda no momento metodológico do positivismo italiano da *Scuola Positiva, ad argumentandum*, existem na doutrina três posições a respeito da consumação do delito permanente. A primeira situa a consumação no ato que inicia a permanência. Para a segunda, há a consumação no instante em que a permanência cessa. E de acordo com a terceira corrente, a consumação se protrai, se estende no tempo, já que persiste desde o momento em que se integram os elementos constitutivos do crime até que cesse a atuação do delinqüente.[37]

Diga-se, a propósito, que é esta última posição que prepondera na doutrina nacional.[38]

A segunda teoria é insustentável em razão do inciso III, do art. 111 do CP brasileiro. Se a consumação do crime ocorresse no instante da cessação da permanência, ele cairia na regra do inciso I, do referido artigo (a prescrição começa a correr a partir da consumação).

Também a terceira corrente é, outrossim, insustentável. Como exposto alhures, a consumação do delito é conceito puramente formal. Dá-se com a realização integral ou completa das elementares descritas no tipo penal. É a "concorrência de todos os elementos do tipo penal".[39] Francesco Antolisei assinalou que a verificação de que um delito se consumou se resume apenas em certificar se

37. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 280.

38. São partidários desta posição, entre outros: JESUS, Damásio E. de. *Direito penal.* v. 1, p. 170; MIRABETE, Júlio F. Op. cit., v. 1, p. 125; PRADO, Luis Régis. Op. cit., p. 210; BRUNO, Aníbal. *Direito penal.* Parte geral. t. II, p. 220; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 147; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* v. 1, t. I, p. 128; MAGALHÃES NORONHA, E. Op. cit., p. 107; PUIG PEÑA, Federico. Op. cit., p. 304; ASSIS TOLEDO, Francisco de. Op. cit., p. REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. cit., p. 116; CIRINO DO SANTOS, Juarez. *Moderna teoria do fato punível*, p. 37.

39. JESCHECH, Hans Heinrich. Op. cit., p. 469.

"está realizada por completo a figura que o legislador descreveu na norma".[40] E a realização total ou integral dos elementos do tipo penal é alcançada em um instante, um momento, determinado ou determinável temporalmente. Há, sempre e tão somente, um momento de consumação, nunca um período de consumação.

A consumação não se protrai no tempo, como quer a doutrina nacional preponderante. No momento em que ocorrer os elementos da definição legal do crime, o tipo penal encontra-se plenamente realizado e o delito consumado. A realização da totalidade dos elementos da definição legal do delito só pode acontecer em um momento único, certo. O instante em que for total a realização do tipo penal, será o instante de consumação.

Sendo, pois, igual para todos os delitos, não pode a consumação ser erigida a critério diferenciador. A classificação arrimada neste caso é em virtude da inaptidão do critério, equivocada. O critério a ser utilizado não é a consumação (sua permanência ou não), mas a permanência ou não, após a consumação formal do delito, da situação antijurídica criada pelo autor, i.e., a manutenção, pelo autor, da situação de ofensa ao bem jurídico que perdura após a consumação do delito. Por isso a doutrina penal mais atual há de ser prestigiada, ainda que autores do passado já tivessem avistado a problemática em apreciação.[41] Neste sentido, é o ensinamento de Biagio Petrocelli. Segundo o autor, há crime permanente "quando em um dado momento, o crime se completa e se realiza em todos os seus elementos constitutivos, mas sem exaurir-se, pois a conduta do agente continua, ininterruptamente, em todos os instantes sucessivos, a realizar a lesão do interesse que a norma tutela, até que sobrevenha a ação contrária do réu, ou qualquer outra força que ponha fim ao delito".[42]

40. ANTOLISEI, F. Op. cit., p. 156, apud José Frederico Marques, op. cit., p. 273.

41. Nesse sentido CUELLO CALÓN, Eugênio. Op. cit., p. 298; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 329. LUZÓN PEÑA. Op. cit., p. 315; JESCHECH, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 469; JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 207.

42. PETROCELLI, Biagio. *Principi di dirito penale*. v. 1, p. 311. Apud MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 278.

Luzón Peña, conforme visto anteriormente, indica que nos delitos permanentes "se cria, com a consumação, uma situação antijurídica duradoura (de lesão ou perigo de lesão para o bem jurídico) que se mantém ou pode cessar pela conduta do autor". Ainda, "a consumação cria uma situação antijurídica duradoura cuja manutenção depende da vontade do autor."[43]

Assim o que caracteriza o delito permanente não é a permanência de sua consumação, mas sim a permanência, em virtude da atividade do agente, da situação antijurídica originada pela consumação do delito.

Tal como já citado, sustenta Claus Roxin quanto ao crime permanente, que "o delito não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor enquanto subsista o estado antijurídico por ele criado".[44] A situação antijurídica iniciada com a consumação do delito vai além desta; perdura depois da consumação do delito, impedindo que ele se conclua.

Nos crimes instantâneos, o estado de antijuridicidade criado pelo autor do delito cessa, imediatamente, no momento da consumação, posto que o interesse tutelado pela norma não continua sendo agredido.

Nos crimes permanentes, a consumação ocorre, igualmente, a partir do momento em que se reúnem todos os elementos de sua definição legal, mas, diversamente do que ocorre nos delitos instantâneos, o estado antijurídico criado pelo agente persiste, pois o bem jurídico tutelado continua sofrendo agressão em virtude de permanência da conduta antijurídica.

3.1 A conclusão penal

Diante da dogmática jurídico-penal contemporânea, e que tem em Claus Roxin, o seu maior expoente, ao idealizar o funcionalismo racional-teleológico,

43. Idem, p. 315.
44. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 329.

e discípulos, tais como Luzón Pena, e também pelas considerações de Günther Jakobs, e seu funcionalismo sistêmico, e amparado ainda em tradicionais lições de Direito Penal de Frederico Marques e Petrocelli, mais acertada é a doutrina que distingue a consumação do delito de sua terminação. Aqui, define-se o crime permanente como sendo aquele em que a situação antijurídica criada pelo autor se prolonga indefinidamente, por sua vontade, depois da consumação do tipo penal. Nele, o delito não está concluído ou terminado com a realização integral do tipo penal (consumação), mas se mantém (permanece) pela atividade delitiva do autor que pode cessá-la. A permanência decorre "de um *non facere quod debetur*, pelo que o agente está, sem sombra de dúvida, desobedecendo a norma que manda remover a situação antijurídica que criou".[45] O agente deve ter, assim, a possibilidade de alterar a situação ilícita por ele criada.

E, conforme Luzón Peña, enquanto se mantém a situação antijurídica criada e até que esta cesse, "não começa a contar o prazo de prescrição do delito, pois do contrário poderia ocorrer o absurdo de que prescrevesse sem que se tenha cessado os autores sua atuação antijurídica."[46]

Com efeito, o fundamento da prescrição, como causa extintiva de punibilidade, reside no fato de que, tendo a sociedade absorvido a lesão por ele sofrida, a ordem jurídica violada foi restabelecida. Logicamente, esse fenômeno não pode ocorrer enquanto persista a conduta ilícita e o bem jurídico continua sendo agredido.[47]

45. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 281.

46. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., p. 315.

47. Em minha obra, *Prescrição penal* – prescrição funcionalista. São Paulo: RT, 2000, p. 184-188, ao referir-me às modernas dogmáticas penais, considerei outros fundamentos teóricos para embasar a prescrição, em especial enumerei as posições de Roxin e Jakobs. Em Roxin, estaria ausente a necessidade punitiva, em obediência aos ditames da política criminal. Já para Jakobs, havendo o restabelecimento da confiança e vigência da norma, desaparece a razão comunicativa de aplicação da pena.

4. A necessidade de reinterpretarmos o Direito Penal (tipos penais da Lei 6.766/79) conforme a Constituição Federal

Ademais, e talvez o mais importante, é preciso não olvidar a necessidade de (re) interpretarmos as leis conforme a Constituição Federal, e de forma harmônica e sistemática (interpretação sistemática).

E como ponto de partida, cabe à Constituição, como preceito fundamental, traçar o conteúdo e os limites da ordem jurídica.[48] Quanto ao caso em análise, a Constituição Federal estabelece a ordem urbanística como direito social, e assim deve merecer a tutela através do Direito, e notadamente do Direito Penal em face da magnitude do bem protegido.

Tal como apresentado anteriormente, o art. 6.º, *caput*, da CF/88, estabeleceu a moradia como direito social, e isto em verdade é exemplificação dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, cfe. art. 1.º, II e III.

Portanto, compreendido este direito à moradia, na mesma categoria de outros direitos difusos, tais como o meio ambiente, o patrimônio público, histórico, artístico e outros, decorre que eles devem, necessariamente, receber do Estado atenção suficiente para implementação de políticas públicas, indispensáveis, a propósito, para a obtenção da desejada eficácia na consecução destes direitos supra-individuais.

E ainda, partindo do reconhecimento de que o Direito é um grande sistema, e que permite o relacionamento harmônico entre os seus ramos, implica afirmar que o Direito Urbanístico e o Direito Penal se entrelaçam, notadamente quando a tipicidade penal se mostra como sendo a hipótese de lesão do bem jurídico ordem urbanística.

48. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 227.

Nesse sentido, o texto constitucional passou a "nortear toda a legislação subjacente, e a dar uma nova conotação de todas as leis em vigor, no sentido de favorecer uma interpretação coerente com a orientação político-institucional então inaugurada".[49]

No aspecto da matéria aqui tratada, a interpretação sistemática impulsiona a dogmática jurídico-penal, no sentido de ajustá-la aos ideais político-criminais insculpidos na Constituição Federal. "A dogmática penal será o modo pelo qual as finalidades político criminais serão transferidas para o modo da vigência jurídica".[50] Deveras, conforme assinala Roxin, "quando as finalidades reitoras se convertem diretamente em configuradoras do sistema, fica de antemão garantida a justiça do caso concreto".[51]

Os conceitos doutrinários não positivados, tais como os apresentados nesta análise, representam uma zona de indeterminação jurídica. É justamente nessas áreas que a política criminal atua com mais expressividade, pois, passa a oferecer aos operadores do direito os elementos necessários para a melhor escolha das opções valorativas que estejam em função do sistema. A construção das categorias da dogmática penal não deve ser feita sobre uma realidade previamente dada, ou por supostas estruturas lógico-objetivas, tal como sustentava Hans Welzel ao construir a sua filosofia jurídico-penal, mas devem sim atender as exigências de operacionalização e funcionalização de todo sistema.

Se o que se quer é a salvaguarda do bem difuso, a existência de conceitos abertos ou áreas cinzentas na dogmática penal deve ser resolvida na direção que melhor satisfaça a realização dos valores e bens maiores consagrados na Constituição Federal. Insistir em uma interpretação que desfavoreça o atendimento das exigências impostas pela Magna Carta é laborar contra a efetividade de suas

49. FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela do patrimônio cultural*, p. 9.
50. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*, p. 82.
51. ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 203.

normas. É envilecer seu valor normativo. É remeter à lixeira sua função de vetor interpretativo das normas infraconstitucionais e de vértice de toda a construção conceitual.

Conforme se demonstrou sobejamente o critério arrimado pela doutrina clássica para classificar os delitos em instantâneos, instantâneos de efeitos permanentes e permanentes, não resiste a uma análise crítica mais acurada. Mais: a distinção entre crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes além de infecunda e inútil, tal como observado por notáveis autores, não obedece ao menor rigor científico exigido pela dogmática jurídica.

O elemento que distingui os crimes instantâneos e os crimes permanentes não é a consumação, que é igual para todos e, portanto, não pode diferenciá-los, mas a permanência ou cessação da situação antijurídica criada com a consumação. Nos crimes permanentes esta situação persiste em virtude da permanência da conduta do agente, que continua lesando o interesse que a norma tutela.

Assim, o crime do art. 50, I e II, da Lei 6.766/79, é de natureza permanente, já que o estado antijurídico de lesão ao bem jurídico ordem urbanística se prolonga no tempo, pelo desdobramento, em fases, de toda atividade delitiva dos agentes, cujos efeitos somente se estancam com a recomposição da ordem jurídica, que na hipótese significa a realização de obrigações de fazer, tais como apresentadas no início deste arrazoado. Isso quer dizer que o protraimento do evento somente cessará quando os agentes promoverem a regularização do parcelamento do solo urbano, ou o Município vier a fazê-lo, como recomenda a norma do art. 38 da Lei 6.766/79.

No sentido do que aqui foi exposto, transcrevemos os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

"Recurso em *habeas corpus* – Crime instantâneo – Extinção da punibilidade – Prescrição retroativa – Data dos fatos e a do recebimento da denúncia – Inocorrência.

– A implantação de loteamento clandestino (art. 50, parágrafo único, I, da Lei 6.766/79), contrariamente ao que pretende o paciente não é crime instantâneo, mas sim, permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, pelo desdobramento, em fases, de toda a operação, cujos efeitos somente se estancam com a recomposição da ordem jurídica.

–Não havendo data do início da ação tida por delituosa, mas o dia do término, não há se falar em prescrição, de vez que é desta data em que ela começa a fluir.

–Recurso conhecido, mas improvido." (STJ, RHC 5.410/SP (96/0015485-6), rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *DJ* 05.08.1996)

"O delito do art. 50 da Lei 6.766/79 é de natureza permanente. A extinção de sua punibilidade é regida, pois, pelo art. 111, III, do CP, que estabelece que a prescrição dos delitos permanentes começa a correr "do dia em que cessou a permanência".

(TJSP – HC – rel. Corrêa Dias – *RT* 614/300).

"Trata-se de delito de natureza permanente o previsto no art. 50, I, c/c o parágrafo único, I, do mesmo dispositivo da Lei 6.766, de 19.12.1979, razão pela qual o prazo prescricional, no caso, conta-se a partir do momento em que cessou a permanência". (TJSP – AC 123.248-3 – rel. Dirceu de Mello – j. 27.10.1993).

Ainda nesse sentido se manifestou o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Ap 135076-8, tendo como relator o Des. Mercêdo Moreira, que reconheceu a natureza permanente do crime capitulado no art. 50 da Lei 6.766/79. Assim se pronunciou o Desembargador Relator :

"Primeiramente é de se anotar que o crime é de perigo abstrato, não dependendo, portanto, de prejuízo efetivo, seja para a Administração Pública, seja para o comprador ou promitente comprador do lote. Consuma-se, portanto, com a prática da ação de dar início ao loteamento e se feita por meio de venda ou promessa de venda (forma qualificada) com a assinatura do primeiro instrumento. *Registro, porém, que o crime de parcelamento irregular do solo tem natureza permanente.* Ele se consuma com a ação de dar início ao loteamento irregular, mas essa consumação se

prolonga no tempo, enquanto ações decorrentes do loteamento irregular estiverem sendo praticadas e os contratos de venda ou promessa de vendas de lotes estiverem em execução. Donde se conclui que a prescrição relativamente a esse crime se regula pelo disposto no art. 111, III, do CP, que estabelece que a prescrição dos delitos permanentes começa a correr 'do dia em que cessou a permanência'." (...)

"O delito do art. 50 da Lei 6.766/79 é de natureza permanente. A extinção de sua punibilidade é regida, pois, pelo art. 111, III, do CP, que estabelece que a prescrição dos delitos permanentes começa a correr 'do dia em que cessou a permanência'. (*RT* 614/300)".

Ao se entender que o crime do art. 50, I e II da Lei 6.766/79, seja instantâneo de efeitos permanentes, não apenas fere a dogmática jurídico-penal, dada a insuficiência científica dos critérios aduzidos para sustentar tal categoria, mas também ruma em desencontro com os valores constitucionalmente consagrados. Tal concepção serve ou potencializa a impunidade daqueles que violam os interesses da cidadania, que, gratificados com a indiferença de alguns Tribunais, se vêem acobertados pela extinção da punibilidade pela prescrição, ainda que a conduta ilícita insista em lesar o bem jurídico tutelado. Orientada nesse sentido, a dogmática penal não se encontra em função do sistema.

Em verdade, as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que se direcionaram a classificação deste tipo penal como sendo instantâneo de efeitos permanentes, não analisaram a questão frente às garantias fundamentais do cidadão, tampouco manusearam aspectos dogmáticos da moderna teoria do delito, que embora vinda da Alemanha e Espanha, tornaram-se produto de globalização. Isto entre nós não é novidade, eis que uma gama imensa de autores italianos, alemães e mais recentemente os espanhóis, prestaram enormes contribuições à dogmática brasileira.

Certo é que, não podemos manusear a dogmática penal concebida sob outras bases metodológicas, ou noutras configurações políticas de Estado, que não esteja em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

Nesta concepção, a dogmática penal deve adequar-se com o Estado Democrático de Direito, e no que tange à defesa dos interesses difusos, seja na jurisdição civil ou na jurisdição penal, deve-se maximizar ou potencializar seus conceitos de modo a garantir a efetividade destes novos direitos, que por excelência são dos cidadãos.

Acerca deste apontamento, vale dizer que o ponto de partida de uma ciência penal tem que ser a sua compreensão e inclusão como ciência social, até porque as normas jurídicas não têm de ser contempladas como conceitos lógicos desprovidos de sentido social. Ao contrário, a ciência do Direito deve estar inserida entre aquelas que se ocupam dos fenômenos sociais, e que pretendem cumprir uma determinada função social. Isto acarreta que a interpretação dos preceitos jurídico-penais e a elaboração dos conceitos dogmáticos devem se guiar pela função social perseguida pelo Direito Penal.

Por sua vez, uma dogmática penal que pretenda ser realista deve admitir desde logo que só será válida se servir, adequadamente, à finalidade de aplicação da lei, o que lhe revela um caráter pragmático, e não exclusivamente teórico.

5. Conclusão

Embora não se neguem as inúmeras contribuições dadas pelas metodologias à dogmática jurídico-penal, é certo que elas não são suficientes para atribuir maior efetividade à proteção de direitos difusos e coletivos.

A tutela dos direitos difusos e coletivos foi levada ao âmbito constitucional, o que quer dizer que a lei deve se harmonizar com o sistema de proteção. Para que isto verdadeiramente ocorra, é fundamental, senão indispensável, que vários tipos penais sejam revisitados desde a concepção estrutural, alterando sua classificação, momento consumativo etc., sem o que a desejada proteção pelo Direito Penal será desprovida de conteúdo.

Como já dissemos em momento anterior, "a interpretação funcional do Direito Positivo deve ser sempre uma interpretação constitucional, isto é, deve-se partir metodologicamente da existência de um sistema político e social. Do exposto, sendo o Brasil um país elencado no rol seleto dos Estados Democráticos de Direito, não pode o seu Direito Penal desempenhar a mesma função que desempenhava no Estado totalitário ou ditatorial, especialmente no que se refere às teorias do crime e da pena."[52]

Na seara da moradia, enquanto direito fundamental do cidadão, o tipo penal capitulado no art. 50, da Lei 6.766/79, merece ser interpretado como permanente, o que quer dizer que a contagem prescricional somente será iniciada com a cessação da permanência, que no caso é a irregularidade documental que recai sobre a fração do solo, ou notadamente pela realização das obras de infra-estrutura restantes, tais como saneamento básico – fornecimento de água potável e rede de esgoto, rede de drenagem pluvial, fornecimento de energia elétrica, pavimentação asfáltica, e serviços públicos irrenunciáveis, tais como saúde, segurança pública etc.

Manter-se a interpretação clássica sobre este tipo penal, significa negar vigência aos ditames de uma Constituição Federal promotora do Estado Democrático de Direito.

6. Bibliografia

ANTOLISEI, F. *Principii di Dirito Penale*. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

ARAUJO, Luiz Alberto David Araujo e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* v. 1. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 1997.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal.* Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. II.

52. O desenvolvimento epistemológico do direito penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 79, junho de 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Moderna teoria do fato punível.* 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

COSTA, Regina Helena. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. *Temas de direito urbanístico.* Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo, co-edição do Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado, 1999.

CUELLO CALÓN, Eugênio. *Derecho penal.* Parte general. v. 1. 10. ed. Barcelona: Bosch; Casa Editorial, 1951. t. I.

FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela do patrimônio cultural.* São Paulo: RT, 1995.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* v. 1. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. I.

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

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

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal.* Parte geral. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal.* Parte general. v. 1. Madrid: Universitas, 1996.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. O desenvolvimento epistemológico do direito penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 79, junho de 1999.

_____. A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, n. 9, outubro de 2000.

_____. *Prescrição penal* – Prescrição funcionalista. São Paulo: RT, 2000.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal.* v. 1. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1954.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade. *Revista de Direito Público*, n. 84/39.

MERILELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro.* 3. ed. São Paulo: RT, 1977.

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

MIRABETE, Júlio F. *Manual de direito penal.* v. 1. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito.* 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PETROCELLI, Biagio. *Principi di dirito penale.* v. 1. Napoli: Eugenio Jovene, 1955.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal.* Parte general. Teoria jurídica do delito. Barcelona: Bosch, 2000. t. I.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal.* Parte general. 4. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal.* Bogotá: Temis, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, da 2. ed. alemã. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. *Política criminal e sistema jurídico penal.* Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro.* São Paulo: RT, 1981.

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

Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental

Frederico Figueiredo
Mestre em direito penal pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt.
Doutorando na Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt.
Bolsista da CAPES.

Resumo: O estudo aborda de maneira exemplificativa um problema que permeia toda a teoria do direito penal: a (im)possibilidade de um direito penal racional. Como caso paradigmático é escolhida a estreita ligação entre o discurso de um direito penal instrumental e a política criminal populista. A análise enfatiza a implicação recíproca de racionalidade e irracionalidade nessa relação. O resultado, porém, aponta para uma prática notadamente violenta e, sobretudo, irracional.

Palavras-chave: Razão – Populismo – Teoria do direito penal.

Abstract: The survey approaches exemplarily a problem that permeates the whole theory of criminal law: the (im)possibility of a rational criminal law. As paradigmatic case is hold the narrow connection between the criminal law discourse and the populist criminal politics. The analysis emphasizes the reciprocal implication of rationality and irrationality in this relation. The result, however, points to a violent and, especially, irrational practice.

Keywords: Reason – Populism – Criminal law theory.

Sumário: Introdução: direito penal/política criminal racional *vs.* política criminal populista – 1. Elementos gerais do populismo e o discurso político-criminal – 2. Condições de realização da política criminal: o discurso jurídico-penal; o clamor por segurança; a eticização do debate político – 3. Criminalização e suas conseqüências – 4. (Im)possibilidade de um direito penal racional – 5. Conclusão.

Área do direito: Penal; Filosofia jurídica

Introdução: direito penal/política criminal racional *vs.* política criminal populista

A exigência de um direito penal racional não é nova no discurso jurídico. O que não lhe retira, porém, a atualidade. E, como se tratasse de uma conseqüência lógica, reclama-se também uma política criminal racional.[1] A realidade dessa política, contudo, parece se manter alheia a essa busca por racionalidade: ela se mantém seletiva e, sobretudo, violenta. Eis o porquê de se falar de uma crise na política criminal – a política criminal contemporânea é notadamente irracional.[2]

Afirmar simplesmente que o saber jurídico-penal é uma ciência normativa pouco explica e nada altera essa situação. Essa é, antes de mais nada, a resposta cínica que tanto contribui para a manutenção de técnicas discriminatórias de exercício

1. Kaiser, *Kriminalistik* 12 (1992); Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M. 1973, p. 192ss. Apesar disso, Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbeck 1974, p. 20 intenta amenizar o aspecto ideológico (Nietzsche, Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn, in: idem: *Werke in drei Bänden*, 3. Bd., München 1956, p. 310) e histórico (Löwenthal, Autorität in der bürgerlichen Gesellschaft, *Schriften* 3, Frankfurt a.M. 1982, pp. 254ss.) do conceito de racionalidade: "Nesse contexto mostra-se que o conceito de racionalidade – se ele deve mesmo ser empregado – tem de se amparar na nossa representação atual de plausibilidade e rigor. Isso significa então que ele perde muito de sua sacralidade e dignidade e – *racionalmente* utilizado – pode servir como fórmula com que se alude a um entendimento dominante com relação às exigências de uma linguagem cientificamente aceitável". (Como esta, todas as traduções do alemão para o português, desde que não indicadas, são da lavra do autor.)

2. Hassemer, Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, in: idem: *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, p. 278; Lüderssen, *Abschaffen des Strafrechts?* Frankfurt a.M. 1995, pp. 22ss.; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a.M. 1993, pp. 43s., 161 e 245.

de poder. O problema deve ser, portanto, tomado muito mais a sério: trata-se de averiguar as causas da irracionalidade da política criminal.

Numa primeira aproximação, poder-se-ia dizer que a irracionalidade é uma característica do direito penal. Não muito diferente é a tese de Durkheim, segundo a qual o direito penal corresponderia a um estado inferior do processo social de racionalização.[3] Sem dúvida, a estreita relação entre pena e violência induz à plausibilidade de semelhante postura. Ela esconde, porém, um otimismo evolucionista que parece incompatível com a constatação anterior. Isso vale tanto mais se abdicamos de uma visão eurocentrista e voltamos os olhos para a sociedade periférica condenada – na linguagem de Ribeiro – a sucessivas atualizações históricas. O que quer dizer que a história não apresenta nenhuma tendência de superação do direito penal – muito pelo contrário – e que, ainda que esse fosse pontualmente o caso na sociedade dominante, as conseqüências indiretas desse processo evolutivo para a sociedade periférica são, via de regra, negligenciadas.[4]

O discurso do saber jurídico-penal tem-se mostrado incapaz de alterar esse estado – definitivamente, ele não influencia a prática político-criminal da maneira como se propõe. O que não implica sua total ineficácia. A própria elaboração de um modelo de direito penal e política criminal já traz inúmeras conseqüências. Trata-se do que Foucault chama de possíveis funções positivas de erros científicos.[5]

É esse, precisamente, o objeto desse estudo: se e, por conseguinte, como o direito penal preventivo, trabalhado minuciosamente por um saber altamente especializado, pode se constituir uma condição ótima para uma política criminal irracional, para a *política criminal populista*. Com outras palavras: quais são as condições para que um modelo científico de direito penal se torne cúmplice da

3. Durkheim, *De la division du travail social*, 7. ed., Paris 1960, pp. 103-118. Cf. também Günther, *WestEnd* 1 (2004), p. 127; Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, 4. ed., Frankfurt a.M. 1987, pp. 119ss.

4. Ribeiro, *O processo civilizatório*, 11. ed., São Paulo: Cia das Letras, 1997, pp. 68ss.

5. Foucault, *Die Ordnung des Diskurses*, 9. ed., Frankfurt a.M. 2003, p. 23.

irracionalidade de uma prática e incorpore uma função ideológica no contexto de uma política criminal expansiva?[6]

Nesse intuito deve ser analisado, inicialmente, o conceito de populismo, para então associá-lo à questão da política criminal (1). Em seguida serão tratadas algumas condições de realização da atual prática político-criminal (2). A terceira parte (3) intenta uma aproximação dessa realidade, na medida que pergunta por suas conseqüências. Finalmente questiona-se a possibilidade de uma política criminal racional (4).

1. Elementos gerais do populismo e o discurso político-criminal

Certamente populismo não é nenhum conceito jurídico. Populismo é genuinamente um fenômeno político, cujo conceito se alargou com o tempo.[7] E, com isso, ele perdeu qualquer possibilidade de definição – desde sempre intensamente discutida na ciência política.[8] Mais recomendável, portanto, é tentar isolar os elementos que, apesar de todas as controvérsias, são utilizados regularmente na ciência política para caracterizar o fenômeno do populismo. Esses elementos podem ser reduzidos, com o perigo de toda simplificação, a duas dimensões: (a) o

6. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a.M. 1973, p. 44; idem (nota 3), Bd. 2, pp. 280s.; Marx/Engels, Die deutsche Ideologie, *MEW* 3, Berlin 1969, pp. 26s., 31 s., 34, 36, 38ss., 45ss.; Marx, Zur Kritik der Politischen Ökonomie, *MEW* 13, Berlin 1961, p. 9; Ritsert, *Ideologie*, Münster 2002, p. 25, 30ss., 57ss., 129. Quando nos referimos à manutenção de uma prática, abdicamos desde já uma relação nomológica entre base e superestrutura em nome de uma relação dialética. Cf. Horkheimer, *Traditionelle und kritische Theorie*, GS 4, Frankfurt a.M. 1988, pp. 170, 173, 179 s., 185 s.; Ritsert (nota 6), pp. 45ss.

7. Birnbaum, Populismus, Reaganismus und die amerikanische Demokratie, in: Dubiel (Hrsg.), *Populismus und Aufklärung*, Frankfurt a.M. 1986, p. 117.

8. Birnbaum (nota 7), S. 106; Dubiel, Das Gespenst des Populismus, in: idem. (Hrsg.), *Populismus und Aufklärung*, Frankfurt a.M. 1986, p. 34; Hellmuth, Patchwork der Identitäten. Ideologische Grundlagen und politisch Praxis des Populismus in Frankreich und Österreich, in: Hauch/Hellmuth/Pasteur (Hrsg.), *Populismus*: Ideologie und Praxis in Frankreich und Österreich, Innsbruck 2002, p. 9; Laclau, *Política e ideologia na teoria marxista: capitalismo, fascismo e populismo*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, pp. 149, 171s.; Puhle, Was ist Populismus?, in: Dubiel (Hrsg.), *Populismus und Aufklärung*, Frankfurt a.M. 1986, p. 12.

direcionamento imediato ao povo e (b) a possibilidade de manipulação da lealdade da massa dentro de certos limites.

(a) O primeiro elemento, que remete ao povo, resulta da própria origem latina do termo populismo.[9] *Populus*, contudo, é tão polissêmico quanto populismo.[10] Portanto, a sugestão mais convincente para a precisão nesse contexto parece, seguindo a tradição de Gramsci, a contraposição do povo de homens simples, do homem pequeno, da massa em relação aos intelectuais.[11] "Movimentos chamados populistas apelam para o *povo* em oposição às elites, especialmente para a *pessoas simples* e não para determinadas classes, grupos profissionais ou interesses."[12]

Esse direcionamento direto ao povo, porém, não explica ainda o sentido pejorativo que geralmente é associado ao emprego do adjetivo populista.[13] E nesse ponto é importante fazer uma distinção: enquanto populismo em geral pode comportar uma certa ambigüidade[14] – essa ambivalência seria uma característica

9. Dubiel (nota 8), p. 34; Laclau (nota 8), p. 171; Puhle (nota 8), p. 13.

10. Laclau (nota 8), p. 172; Weffort, Política de massas, in: idem, *O populismo na política brasileira*, 5. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 25.

11. Gramsci, Methodische Konzepte zum Kulturbegriff, in: Dubiel (Hrsg.), *Populismus und Aufklärung*, Frankfurt a.M. 1986, pp. 57ss. Cf. também Kebir, Zum Begriff des Alltagsverstandes (*senso comune*) bei Antonio Gramsci, in: Dubiel (Hrsg.), *Populismus und Aufklärung*, Frankfurt a.M. 1986, p. 77.

12. Puhle (nota 8), p. 13. Cf. também Hellmuth (nota 8), p. 10.

13. Dubiel (nota 8), pp. 34, 43s.; Puhle, Zwischen Protest und Politikstil: Populismus, Neo-Populismus und Demokratie, in: Werz (Hrsg.), *Populismus*: Populisten in Übersee und Europa, Opladen 2003, p. 15; Werz, Alte und neue Populisten in Lateinamerika, in: idem (Hrsg.), *Populismus*: Populisten in Übersee und Europa, Opladen 2003, p. 46.

14. Werz, Einleitung: Populismus und Populisten, in: idem (Hrsg.), *Populismus*: Populisten in Übersee und Europa, Opladen 2003, pp. 9s. Essa ambigüidade fica clara na análise marxista que vê no populismo – ou como prefere Laclau (nota 8), pp. 180 e, especialmente, 202: no populismo radical – o único caminho possível para o socialismo. Cf. também Gramsci (nota 11), p. 71. Se se toma o Estado democrático de direito em sério e não se concebe ele apenas como um campo de forças políticas que tanto pode ser conduzido para a esquerda ou para a direita – Puhle (nota 13), p. 14 –, parece então mais adequado evitar essa ambigüidade. Apesar de Laclau (nota 8), pp. 203 s. insinuar essa possibilidade e sugerir o emprego de populista somente num significado claramente pejorativo, ele a rechaça em nome de uma precisão conceitual. Mais interessante parece a proposta de Hall, Popular-demokratischer oder autoritärer Populismus, in: Dubiel (Hrsg.), *Populismus und Aufklärung*, Frankfurt a.M. 1986, pp. 84ss., que distingue entre populismo democrático-popular e populismo autoritário, deixando para esse toda a carga negativa.

do populismo latino-americano[15] – a qualificação como política criminal populista traz sempre consigo uma carga negativa. Nesse contexto, populista é sempre uma adjetivação pejorativa.[16]

Enquanto (a) responde a *quem* uma tal política se volta, o segundo elemento (b) busca mostrar *como* essa política se dirige ao povo. Entende-se aqui populismo como estratégia, como técnica de que o político se vale para apelar às mais diversas necessidades das massas e mobilizá-las de uma tal maneira a tornar sua satisfação – tão paradoxo quanto a formulação pode parecer – secundária e tendencialmente indesejada. Primordialmente, busca-se uma fácil e sempre disponível lealdade das massas. Esse mecanismo é ilustrado de modo emblemático por Löwenthal como psicanálise invertida.[17]

É difícil se definir no que consistem praticamente essas estratégias e técnicas em concreto e especificadamente. Elas são complexas e, sobretudo, dependem do contexto histórico. Qualquer tentativa sistemática de enumeração passaria ao largo das sutilezas da realidade. Não obstante, há algumas características que emergem nesse cenário com tal freqüência que podem nos servir como diretrizes: o apelo aos medos e inseguranças coletivos;[18] o apelo à moralidade;[19] a apresentação da

15. Puhle (nota 8), p. 29.

16. Cf., por outro lado, a fala do ex-presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES –, Lessa, Entrevista explosiva, in: *Caros amigos*, ano 8, n. 93, São Paulo, 2004, p. 35, na ocasião de sua demissão: "Eu, inclusive, tenho sempre dito, até um pouco para provocar, que sou neonacionalista e neopopulista. Uso a palavra populista de propósito, porque, como a ela foi colocada muita conotação negativa, quero resgatá-la desse tratamento, e recolocá-la no seu ponto correto".

17. Löwenthal, Falsche Propheten: Studien zum faschistischen Agitation, *Schriften* 3, Frankfurt a.M. 1982, p. 150. Cf. também Dubiel (nota 8), p. 42. Clara e detalhada é a exposição de Horkheimer, *Egoismus und Freiheitsbewegung*, GS 4, Frankfurt a.M., 1988, pp. 9ss.

18. Dubiel (nota 8), pp. 42 e 44; Laclau (nota 8), p. 159; Löwenthal (nota 17), pp. 28, 35, 47ss.

19. Dubiel (nota 8), S. 36; Gramsci (nota 11), p. 62; Hall (nota 14), pp. 99 e 101; Hellmuth (nota 8), p. 11; Horkheimer (nota 17), pp. 22ss.; Löwenthal (nota 17), p. 28; Puhle (nota 8), p. 13; Weffort (nota 10), p. 36. Como explica Adorno, *Negative Dialektik*, Frankfurt a.M. 1975, pp. 42s. essa simplificação do essencial deve ser atribuída ao próprio pensamento tradicional. O que característica o populismo é a exploração de um – segundo Adorno – pensamento administrativo.

sociedade numa imagem dicotômica simplificadora;[20] e a falta de um programa coerente e abrangente.[21]

A partir daí, a referida oposição entre povo e elite ganha uma coloração completamente nova: ela reparte, simplificando, o mundo em dois grupos distintos e simultaneamente insinua que o povo é o legítimo representante da moral enquanto a elite representa uma ameaça. Pode parecer surpreendente à primeira vista a naturalidade com que o tema política criminal se enquadra nesse mecanismo complexo. Essa adequação é bem descrita por Hall: "O tema crime e comportamento desviante, articulado por discursos da moral popular, tocam as experiências imediatas, os medos e a insegurança das pessoas normais. Isso leva à integração do *clamor por disciplina* que vem debaixo com o clamor por uma reconstrução violenta da ordem social e da autoridade *de cima*. Tal articulação configura a ponte entre as verdadeiras causas materiais da insatisfação popular e a sua representação através de específicas forças ideológicas e campanhas como a necessidade geral de uma *sociedade disciplinada*. Seu principal efeito é a mobilização do apoio popular para a reconstrução da ordem através de regulamentação: a base de uma campanha populista de lei e ordem".[22]

20. Dubiel (nota 8), p. 37; Hall (nota 14), p. 99; Hellmuth (nota 8), p. 10; Löwenthal (nota 17), pp. 100s.; Puhle (nota 8), p. 13; Weffort (nota 10), p. 33 e, em especial, Ötsch, Demagogische Vorstellungswelten, in: Werz (Hrsg.), *Populismus*: Populisten in Übersee und Europa, Opladen 2002, pp. 93ss.

21. Dubiel (nota 8), p. 37; Hall (nota 14), p. 102;. Cf., por outro lado, Laclau (nota 8), p. 189. A concepção de Laclau pode ser melhor compreendida, e merece, assim, apoio, se interpretamos o populismo teleologicamente: se consideramos a manutenção de poder como sua finalidade, o populismo passa a ser, globalmente analisado, coerente. Quando dizemos, no entanto, que falta ao populismo um programa de orientação própria, nos referimos às finalidades manifestas atribuídas a cada uma de suas ações políticas, que se apresentam, via de regra, umas de encontro com as outras. Nesse sentido, tem razão Horkheimer (nota 17), pp. 26s. e 43 ao identificar ao lado de um momento de racionalidade um momento ainda mais intenso de irracionalidade.

22. Hall (nota 14), pp. 93s. Cf. também Hall (nota 14), p. 101. Razões parecidas poderiam explicar, ademais, por que a apresentação da criminalidade vende-se tão bem na mídia: Cf. Hoffmann-Riem, *Kriminalpolitik ist Gesellschaftspolitik*, Frankfurt a.M. 2000, p. 194, como também Luhmann, *Die Realität der Massenmedien*, 3. ed., Wiesbaden 2004, pp. 61ss.

2. Condições de realização da política criminal: o discurso jurídico-penal; o clamor por segurança; a eticização do debate político

Tal ligação deve ser, então, analisada mais de perto, a partir das condições de realização da política criminal atual. Entre essas condições podem ser destacadas, sem qualquer pretensão de esgotamento: (a) o discurso jurídico-penal, (b) uma proclamada insegurança da sociedade e (c) a eticização do debate político.

(a) A superação das chamadas teorias absolutas da pena – por exemplo, nas variantes de Kant e Hegel[23] – corresponde a uma transformação social fundamental. Segundo Hassemer, as conseqüências fáticas da pena devem ser inseridas na justificação do direito penal, pois a concepção de racionalidade de nosso tempo implica a referência às conseqüências externas.[24] A pergunta que se impõe, então, é: que mudança paradigmática é essa? O conceito de Weber de racionalidade orientada a fins pode nos servir como ponto de partida.

Weber descreve o surgimento e o desenvolvimento da moderna sociedade capitalista através da institucionalização da ação racionalmente orientada a fins.[25] Para se entender sua descrição, deve ser recordada sua classificação para os tipos puros de ação social. Segundo esse modelo, o agir social pode ser determinado: "*racionalmente orientado a fins*: através de expectativas de comportamento dos objetos no mundo exterior e de outras pessoas e a utilização dessas expectativas como *condições* ou *meios* para *fins* próprios, como resultado, pretendidos e ponderados racionalmente;

23. Kant, Die Metaphysik der Sitten, *Werke* VI, Berlin 1968, pp. 331-335 e Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, *Werke* 7, Frankfurt a.M. 1970, pp. 178-198, respectivamente.

24. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. ed., München 1990, p. 285. Acerca do entendimento predominante no saber jurídico-penal: Albrecht, *KritV* 1986, 55 e 58; Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, FS für Lüderssen, Baden-Baden 2002, p. 205; Lüderssen (nota 2), p. 30; Prittwitz (nota 2), pp. 43 e 202ss.; Roxin, JuS 1966, 378; idem, *StrafR* AT I, 3. ed., München 1997, p. 44.

25. Habermas, (nota 3), Bd. 1, pp. 200ss., especialmente, 300ss., 338 e 383; idem, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 3. ed., Frankfurt a.M. 1989, pp. 451 e 454.

racionalmente orientado a valores: através da crença consciente nos valores próprios incondicionados – sejam eles éticos, estéticos, religiosos ou como sejam interpretados – de um determinado comportamento puro como tal e independente de resultado; *afetivamente*: em especial *emocionalmente*: através das emoções atuais e das condições sentimentais; *tradicionalmente*: através do costume já incorporado".[26] A tipologia corresponderia a uma gradação de racionalidade, a partir da qual seria atribuído à ação racionalmente orientada a fins o patamar mais alto.[27] "Atua racionalmente orientado a fins aquele que orienta sua ação segundo fim, meio e conseqüências necessárias e, nesse processo, *pondera* racionalmente os meios com os fins e os fins entre si".[28] Aqui deve ser destacada a pretensão totalizante desse modelo de racionalidade. De acordo com a racionalidade orientada a fins, qualquer outro tipo de ação, ancore-se ela em valores, emoções ou tradição, deve ser considerado irracional. E é sobre esses fundamentos que Weber desenvolve seus paradigmas de ciência e direito.

A ciência deveria ser objetiva e axiologicamente neutra.[29] Sua função seria essencialmente fornecer o conhecimento necessário à determinação de uma adequada relação entre meio e fim, que pudesse orientar o comportamento.[30] A determinação de fins últimos de uma ação social não poderia jamais constituir uma pretensão científica. Essa atitude constituiria necessariamente uma valoração do objeto e, como tal, deveria ser tratada como irracional.[31]

26. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. ed., Tübingen 1980, p. 12. Destaques no texto original.

27. Habermas (nota 3), Bd. 1, pp. 22 e 379; Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach 1989, p. 19.

28. Weber (nota 26), p. 13.

29. Weber, Die *Objektivität* sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: ders.: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. v. Winckelmann, Tübingen 1982, p. 212; idem, Der Sinn der *Wertfreiheit* der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: idem: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. v. Winckelmann, Tübingen 1982, p. 511.

30. Weber, Die *Objektivität* (nota 29), pp. 149s.; idem, Der Sinn der *Wertfreiheit* (nota 29), pp. 499 e 508.

31. Weber, Die *Objektivität* (nota 29), pp. 152, 212ss.; idem, Der Sinn der *Wertfreiheit* (nota 29), p. 492; idem, *Wissenschaft als Beruf*, Stuttgart 1995, p. 30. Se a racionalidade orientada

O modelo de direito, por sua vez, que corresponderia ao paradigma de racionalidade da moderna sociedade capitalista seria o direito formal e positivo, que atinge a sua forma mais elaborada com o direito sistematicamente codificado.[32] Semelhante direito atenderia à necessidade burguesa de segurança jurídica diante de uma valoração arbitrária exercida pela autoridade.[33] O pensamento jurídico em compasso com a racionalidade orientada a fins deveria se limitar, na medida do possível, a uma atividade estritamente lógico-formal. O direito seria mera *técnica* jurídica.[34]

Toda a teoria de Weber está calcada em tipos ideais. Tanto a classificação da ação social quanto os paradigmas de ciência e direito são desenvolvidos a partir dessas categorias. Tipos ideais são construções metodológicas que devem auxiliar na interpretação da realidade. Eles têm, portanto, valor heurístico. Como Weber esclarece, esses tipos construídos com fins sociológicos não retratam a realidade, pelo menos, não na pureza de suas formulações.[35] E isso parece óbvio. De outro modo, como seria possível a determinação racional de uma ação social, no sentido da racionalidade orientada a fins, se esse modelo de racionalidade impede justamente a fixação de fins? Da relação de ponderação que fundamenta a racionalidade orientada a fins, por si só, não se pode retirar qualquer ação concreta. Em algum momento é necessária a incorporação de um elemento externo a essa relação, ainda que comumente se intente alargar a cadeia de modo a perdê-la de vista.[36] Esse complemento é garantido via de regra – ainda que possa parecer à primeira vista contraditório – pela racionalidade orientada a valores.[37]

a fins já não encerra em si uma valoração é uma questão que não pode ser respondida agora. Para tanto: Habermas, Wertfreiheit und Objektivität, in: idem, *Arbeit, Erkenntnis, Fortschritt*, Amsterdam 1970, p. 305 e, especialmente, Ritsert (nota 6), pp. 104s.

32. Weber (nota 26), pp. 471, 482ss.

33. Weber (nota 26), pp. 443, 470s., 487s. e 503.

34. Weber (nota 26), pp. 496, 509ss.

35. Weber (nota 26), pp. 10 e 13; idem, Die *Objektivität* (nota 29), p. 191.

36. Kracauer, Die Wissenschaftskrisis, in: idem: *Das Ornament der Masse*, Frankfurt a.M. 1977, pp. 204ss.

37. Weber (nota 26), p. 13. Cf., também, Voß (nota 27), pp. 19s.

Conseqüentemente a ciência jamais será em realidade absolutamente neutra. O próprio Weber reconhece, por exemplo, o momento de valoração que determina a escolha e configuração do objeto da investigação.[38] Da mesma maneira, o direito não pode ser de todo formal. A técnica carece sempre de uma substância – e de uma valoração – para sua concretização. O que faz o direito da moderna sociedade capitalista é deixar esse momento imprescindível a outros sistemas sociais, sobretudo ao sistema econômico.[39] Mais uma vez, a formulação paradoxal: o direito formal da sociedade moderna não pode se desenvolver independentemente de tendências anti-formais.[40]

Se admitimos a plausibilidade do modelo de descrição do processo social de racionalização sugerido por Weber e nos voltamos, agora, ao direito penal, torna-se sobremaneira claro por que um direito penal que pretende se legitimar a partir de uma idéia absoluta de justiça passa a ser anacrônico. O direito penal moderno deveria servir a uma finalidade externa e pré-concebida, e de maneira nenhuma a um valor absoluto – cada vez mais taxado de irracional.[41]

Não é outro o problema que von Liszt pretende solucionar com o seu conhecido Programa de Marburgo. Para fundamentar sua teoria, von Liszt propõe uma releitura do desenvolvimento histórico do direito penal e, em especial, da pena com vista à racionalidade orientada a fins. Segundo ele, a pena jamais foi independente

38. Weber, Die *Objektivität* (nota 29), pp. 161ss.; idem, Der Sinn der *Wertfreiheit* (nota 29), p. 511.

39. Weber (nota 26), pp. 505s. e 512. Cf., igualmente, Foucault, *Surveiller et punir*, Paris 1975, pp. 32s., 66, 106ss.; Rusche, *ZfS* 1933, 66ss.

40. Weber (nota 26), pp. 503ss.

41. Weber, Der Sinn der *Wertfreiheit* (nota 29), p. 492; Horkheimer, *Zur Kritik der instrumentelle Vernunft*, Frankfurt a.M. 1967, p. 44. No que se refere especificamente ao direito penal: *v.* Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I, Berlin 1905, pp. 150, 155s. e Bd. II, p. 55; Weber (nota 26), p. 506. Essa vinculação entre cultura de uma época e a compreensão que o saber do direito penal tem de si próprio deixam explícitos o caráter histórico e a contingência da pena. De modo semelhante: Albrecht (nota 24), p. 56; Günther (nota 24), pp. 207 e 219; Lüderssen (nota 2), pp. 259-263; Moccia, Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems, in: Schünemman/Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln 1995, pp. 50s.

de uma relação de finalidade. Essa relação já teria sido, isso sim, inconsciente. Nesse primeiro momento, a pena pré-estatal e pré-jurídica teria sido uma ação instintivo-teleológica a proteger as condições de vida dos grupos de indivíduos de então contra distúrbios externos. Em outras palavras, ela teria servido à manutenção da espécie.

Para von Liszt, a idéia de progresso no desenvolvimento humano reside precisamente na transformação da ação instintiva em ação volitiva, a partir da tomada de consciência da finalidade até então ignorada, porém já existente. E é exatamente isso que teria acontecido com a pena. A evolução do direito penal, que von Liszt chama de objetivização da pena, corresponderia à progressiva tomada de consciência da orientação da pena como uma arma teleologicamente manipulável na luta da ordem jurídica contra o crime.[42] Esse combate ao crime poderia ser traduzido sobretudo pela finalidade preventiva da pena.[43]

Primordialmente, o que von Liszt intenta é construir um modelo preventivo sobre bases científicas – daí todo o seu repúdio à metafísica e a crendices. Essa pretensão implicaria o recurso a dados empíricos.[44] É nesse contexto que deve ser compreendida sua concepção de política criminal: ela seria o combate ao crime, amparado na experiência, através da pena e de medidas análogas a ela. A política criminal seria, portanto, ciência aplicada.[45]

Por outro lado, von Liszt não atribui ao direito penal o mesmo caráter de ciência. Para ele, o direito penal em sentido estrito seria apenas a técnica lógico-

42. *v.* Liszt (nota 41), Bd. I, pp. 132ss., 145ss.; 156, 161, Bd. II, pp. 50 e 293.

43. *v.* Liszt (nota 41), Bd. I, pp. 147, 175s. Apesar disso, resta difícil compreender como se conciliam as seguintes passagens: "Repressão e prevenção não são opostos. [...] A pena é prevenção através de repressão; ou como também podemos dizer: repressão através de prevenção". [*v.* Liszt (nota 41), Bd. I, p. 176] e: "A pena não é o único, sequer o mais eficiente, meio de combate ao crime. *Ao lado da repressão há a prevenção, muito superior àquela em eficácia*". [*v.* Liszt (nota 41), Bd. II, p. 83. Destaque no texto original]. A segunda citação encerra, claramente, uma contradição. Senão, o que seria o meio de combate ao crime se não a própria prevenção?

44. *v.* Liszt (nota 41), Bd. I, pp. 134, 137, 151, Bd. II, pp. 9, 38, 84, 289 e 297. Surpreende, então, que v. Liszt empregue tantas vezes na sua exposição a palavra crença e derivações, como, por exemplo, em: *v.* Liszt (nota 41), Bd. II, pp. 2s., 8, 15, 21s., 39, 284 e 297.

45. *v.* Liszt (nota 41), Bd. II, pp. 68, 78s. e 294.

formal de vincular a pena, como conseqüência jurídica, ao crime, como circunstância de fato.[46] E, como essa técnica deveria ser submetida a uma metodologia e regras rigorosas, von Liszt conclui, sem mais, que o direito penal serviria em última instância à limitação do poder punitivo do Estado.[47] Daí sua conhecida metáfora de ser o direito penal a Magna Carta do criminoso.[48]

Uma vez que atribui à política criminal e ao direito penal métodos e finalidades diversos, von Liszt evita falar de uma verdadeira oposição entre as duas disciplinas.[49] Ele não nega, contudo, uma relação de tensão entre ambas: o direito penal seria a barreira instransponível da política criminal.[50] E, ainda que com certa consternação, ele não via qualquer alternativa para esse panorama.[51]

O desenvolvimento posterior do direito penal não deixa nenhuma dúvida de que o prognóstico de von Liszt falhou. E de longe. Em primeiro lugar, a história já demonstrou de modo suficientemente claro que uma jurisprudência lógico-formal não necessariamente está a serviço da limitação de poder ou das liberdades individuais. Ademais, a relação entre política criminal e direito penal sofreria uma alteração fundamental.

Bom exemplo dessa transformação é a conferência proferida por Roxin no ano de 1970. Nessa exposição, o autor esboça o modelo de um direito penal teleológico ou funcional. Segundo Roxin, na aplicação do direito penal, o resultado justo dependeria menos da dedução das regras lógico-formais que da sua base político-criminal. Essa base deveria aproximar, a partir de uma flexibilização conceitual, o resultado da realidade.[52] Isso não implica dizer que Roxin abdique de todo a segurança jurídica

46. *v.* Liszt (nota 41), Bd. II, pp. 77s.
47. *v.* Liszt (nota 41), Bd. I, p. 151, Bd. II, p. 60.
48. *v.* Liszt (nota 41), Bd. II, p. 80.
49. *v.* Liszt (nota 41), Bd. II, p. 78.
50. *v.* Liszt (nota 41), Bd. II, p. 80.
51. *v.* Liszt (nota 41), Bd. II, pp. 60ss., 69, 80ss.
52. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin 1970, pp. 4 e 8; idem, *StrafR* AT I (nota 24), pp. 163s.

que decorreria da sistematização dogmática. Pelo contrário, a teoria do delito deveria ser reestruturada a partir da unidade dialética entre vinculação jurídica e adequação teleológica político-criminal.[53] É, então, a partir de funções político criminais que ele intenta reelaborar e sistematizar os conceitos dogmáticos.[54]

Se semelhante projeto é levado mesmo a sério, deve no mínimo surpreender que Roxin não tenha se ocupado intensivamente em sua vasta obra com o problema da fundamentação e legitimação da política criminal. Ele descreve expressamente: "[O objeto da política criminal configura] o direito não como ele *é*, mas como ele *deveria ser* construído teleologicamente".[55] Dar-se por satisfeito com tal assertiva é recair inevitavelmente na tautologia: o sistema jurídico-penal deve se orientar pela política criminal, ou seja, ele deve ser o que ele teleologicamente deveria ser. Definitivamente não se retira daí qualquer função político-criminal concreta.

Essa tautologia pode ser, contudo, contornada se atentamos a "uma cadeia de funções, como esclarece Mir Puig, que se condiciona na seguinte seqüência: função do Estado, função do direito penal, função da teoria do delito".[56] Para Roxin, a função do Estado é assegurar a todos os cidadãos uma vida comum a salvo do perigo. Quer dizer, ao Estado cabe garantir segurança a seus membros. A mesma obrigação tem o direito penal e a pena só pode, por conseguinte, ter uma finalidade preventiva, seja ela especial ou geral. O direito penal se prestaria, como característica, à proteção subsidiária de bens jurídicos.[57]

A funcionalização, orientação teleológica ou instrumentalização do direito penal corresponde, portanto, à institucionalização dos fins preventivos.[58] Decorre

53. Roxin (nota 52), pp. 10s. Cf., também, Mir Puig, Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, in: Schünemman/Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln 1995, pp. 38ss.

54. Roxin (nota 52), pp. 15ss.

55. Roxin, *StrafR* AT I (nota 24), p. 145. Destaques no texto original.

56. Mir Puig (nota 53), p. 37.

57. Roxin, *JuS* 1966, 381ss., idem, *StrafR* AT I (nota 24), pp. 11, 54s.

58. Fabricius, *Was ein Lehrbuch lehrt...*, Frankfurt a.M. 1998, p. 13; Lüderssen (nota 2), p. 19; Naucke, *KritV* 1999, 340.

daí uma total fusão entre política criminal e direito penal. Ambos se apresentam como instrumentos da prevenção criminal.[59] Essa instrumentalização do direito penal pela política representa o que Naucke chama de perda de autonomia do direito penal:[60] o legislador pode, a partir de então, se valer tanto do direito penal como de qualquer equivalente funcional.[61]

A resposta trivial de que seria inerente à concepção do direito penal como proteção subsidiária de bens jurídicos uma função limitadora[62] é pouco convincente. Em primeiro lugar, subsidiariedade é ambivalente. Como princípio jurídico ela pode sim limitar a ação do Estado, mas pode também obrigá-lo à atividade. O conceito tem, como nota Prittwitz, um componente negativo e um positivo,[63] do que pode ser retirada a seguinte regra: quão maior a dificuldade de realização da finalidade, tanto mais predominará o componente positivo do princípio da subsidiariedade. E certamente a garantia de segurança dos cidadãos não pode ser inscrita no rol das tarefas mais simples de se realizar. A conclusão mais próxima é de que o direito penal preventivo e subsidiário está muito mais inclinado à expansão que à limitação.[64] Em segundo lugar, o argumento se olvida de que a introdução

59. Hassemer, Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik (nota 2), pp. 277 e 287; Naucke, *JuS* 1989, 863; idem (nota 58), p. 339; Prittwitz (nota 2), p. 236.

60. Naucke (nota 58), p. 342.

61. Albrecht (nota 24), pp. 68ss.; idem, *Die vergessene Freiheit*, Berlin 2003, p. 169; Lüderssen (nota 2), p. 201; Naucke, *JuS* 1989, 866; idem (nota 58), p. 342; Prittwitz, Strafrechtliche Aspekte von HIV-Infektion und Aids, in: idem (Hrsg.), *Aids, Recht und Gesundheitspolitik*, Berlin 1990, p. 125.

62. Roxin, *StrafR* AT I (nota 24), pp. 11-27. Muito próxima é a explicação de v. Liszt: "*Apenas a pena necessária é justa. Para nós, a pena é meio para um fim.* O pensamento teleológico exige, porém, a adequação do meio ao fim e o máximo de parcimônia no seu emprego. Essa exigência se faz valer especialmente em face da pena, pois ela é uma espada de dois gumes: *proteção* de bens jurídicos através de *lesão* de bens jurídicos". [*v.* Liszt (nota 41), Bd. I, p. 161. Destaques no texto original]. A aproximação dessa postura com o modelo de Weber de ciência é, mais uma vez, notória.

63. Prittwitz, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? *Ultima ratio*?, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a.M. u.a. 1995, pp. 390s.

64. Albrecht, *KritV* 1988, 184; Prittwitz, Funktionalisierung des Strafrechts, in: *StV* 1991, p. 435. Para um panorama do desenvolvimento do direito formal clássico até um direito regulatório, um "direito material como meio de controle": Teubner, Verrechtlichung – Begriff, Merkmale,

da finalidade preventiva no direito penal não só neutraliza uma pretensa função originalmente crítica e limitadora da teoria do bem jurídico – é a observação de Hassemer –, como a deturpa.[65] Um direito penal que promete a proteção de bens jurídicos tende a abranger todo bem jurídico carente de proteção. Com isso, a própria noção de bem jurídico perde qualquer contorno possível: ao final, tanto a necessidade de proteção quanto o conteúdo dos bens jurídicos são entregues ao sistema político. Não surpreende, portanto, que a própria utilidade do conceito de bem jurídico seja cada vez mais colocada em questão.[66]

Naucke resume bem a funcionalização do direito penal ao dizer que qualquer política criminal pode a partir desse momento se tornar legal.[67] E aqui reside a grande auto-enganação do discurso do saber jurídico-penal: ao fazer crer que direito penal e política criminal são idênticos, ele supervaloriza sua capacidade de influência. E é somente essa identificação de não-idênticos que explica por que o saber do direito penal se preocupa tão pouco com a sua eficácia.[68] Permite-se,

Grenzen, Auswege, in: Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, pp. 311ss. Cf., igualmente, Albrecht (nota 24), pp. 58ss.

65. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (nota 1), p. 96; idem, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: idem, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, p. 162. Cf., igualmente, Tavares, *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 181. É, contudo, bastante questionável se esse potencial crítico corresponde de fato à origem do conceito. A tese de Birnbaum é, sobretudo, ambivalente. Se, por um lado, a apartir da idéia de lesão de bens, ele rejeita a concepção de que o Estado estaria obrigado à sua auto-manutenção [Birnbaum, Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, Archiv des Criminalrechts, *Neue Folge* 15 (149), 1834, p. 180] e defende uma clara diferenciação entre mera periclitação de bens e real (p. 182) e, com isso, se coloca numa posição crítica à tendência de expansão do poder punitivo, por outro lado, tem-se a impressão de que a sua principal tentativa seria forjar um conceito para abarcar todos os comportamentos já criminalizados mais adequado do que a teoria da lesão do direito (pp. 177ss.) – o que daria a sua tese um caráter sobretudo meramente racionalizador, no sentido de que fala Röska-Hardy, *DZP* 43 (1995), 261s.

66. Jakobs, *¿Qué protege el derecho penal: bienes juridicos o la vigencia de la norma?* Mendoza 2001.

67. Naucke, *JuS* 1989, 864; idem, *KritV* 1990, 253.

68. Amelung, *ZStW* 92 (1980), 30s.; Prittwitz (nota 2), p. 43; Voß (nota 27), p. 6. Diferentemente, por uma eficácia preventiva comprovada do direito: Kaiser/Schöch, *Strafvollzug*, 5. ed., Heidelberg 2002, pp. 123s.; Roxin/Arzt/Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 3. ed., Heidelberg 1994, p. 43.

assim, relegar o preventivo do direito penal teleológico ou funcional ao campo do meramente argumentativo, do discurso. Enquanto isso a política criminal em exercício e a prática do direito penal permanecem em grande medida largadas ao acaso – que não é tão fortuito quanto parece – e ao arbítrio.[69]

Diante dessa fundamentação circular do direito penal instrumental, a tese de Adorno sobre tautologia parece se encaixar com precisão ao discurso jurídico-penal: "Somente essas construções teóricas proporcionam à onipotente impotência do acordo inquestionável a segurança inabalável, que atinge o extremo; somente a acrobacia do pensamento mantém relação com a coisa, coisa que ela, segundo a *fable convenu*, em nome de sua satisfação própria, despreza".[70] Essa acrobacia fica patente no que se refere a certas variantes da teoria de prevenção geral positiva. Em certos casos, nega-se a essas teorias preventivas formuladas pelo discurso do saber jurídico-penal o próprio caráter preventivo.[71]

O melhor caminho para fugir a essa auto-satisfação ideológica é a atenção a outras condições determinantes da realidade político criminal – entendida nesse contexto como a prática da política criminal populista. Não é demais lembrar que também aqui a pretensão de completude recairia no mesmo vício idealista. A exposição fragmentária é, portanto, não apenas consciente, mas necessária.

(b) Ainda que se possa discutir largamente se a sociedade contemporânea se deixaria caracterizar por um incremento objetivo das situações de perigo – como deixam transparecer as nomenclaturas de sociedade de catástrofes ou de sociedade de risco[72] –, é fácil constatar-se a mobilização de um sentimento

69. Naucke, *ZStW* 85 (1973), 427; Schüler-Springorum, *Kriminalpolitik für Menschen*, Frankfurt a.M. 1991, pp. 50ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal*. Parte general, Buenos Aires 2000, p. 25.

70. Adorno (nota 19), p. 45.

71. Schumann, Empirische Beweisbarkeit der Grundnahmen von positiven Generalprävention, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*: kritische Analyse im deutsch-englischen Dialog, Heidelberg 1998, pp. 17s.

72. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M. 1986, p. 31; Prittwitz (nota 2), pp. 49ss.

difuso de insegurança.[73] E disso não se pode desvincular o clamor por segurança intensamente propalado pela comunicação de massa.[74] Curioso é que, nesse cenário onde a palavra transparência é enunciada aos quatro ventos, as medidas que deveriam satisfazer a essas necessidades preponderantemente subjetivas permaneçam às escuras.[75]

É precisamente por esse motivo que Kaufmann recusa a assunção da segurança como uma finalidade legítima de qualquer política social. Faltaria à segurança o requisito de um fim político-social, qual seja, um consenso mínimo sobre o seu conteúdo material.[76]

Essa imprecisão em torno da idéia de segurança, por outro lado, é o que lhe garante a qualidade de apelo emocional tão conveniente ao mecanismo populista:[77] "*A inequivocidade aparentemente evidente em face da indefinição simultânea de conteúdo informativo* alude à qualidade de apelo emocional da palavra *segurança*, cuja existência é confirmada pelo sucesso propagandístico de seu emprego. [...] A falta de clareza do conteúdo permite então a qualquer um vincular seus próprios desideratos à palavra e, com isso, realizar a condição que lhe outorga o *caráter simbólico*: em certas ocasiões, basta a audição ou a visualização da palavra segurança para despertar um certo alvoroço emocional".[78]

Não é, portanto, por acaso que, no debate público, a idéia de segurança, originalmente sempre ligada a um objeto, a um bem – pense-se na segurança da vida, da propriedade etc. – tenha se livrado de qualquer laço. Fala-se de segurança

73. Günther, Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft, in: Prittwitz/Manodelakis (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Rostock 2000, p. 28; Prittwitz (nota 2), p. 72.

74. Albrecht, *Kriminologie*, München 1999, p. 3; Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2. ed., Stuttgart 1973, p. 16.

75. Kaufmann (nota 74), p. 26.

76. Kaufmann (nota 74), p. 120. Cf., também, Voß (nota 27), pp. 55s.

77. Horkheimer (nota 17), p. 48.

78. Kaufmann (nota 74), pp. 32s.

hoje como um fim em si mesmo.[79] Essa autonomia aparente atinge um nível tão alto que já não causa mais surpresa a tentativa de forjar um meta-direito fundamental à segurança interior.[80]

Correlato desse sentimento de insegurança e, conseqüentemente, desse clamor por segurança é o clamor por responsabilização. Não é a toa que ao lado de uma sociedade de risco, intenta-se caracterizar uma sociedade de responsabilização.[81] Nesse contexto de forte apelo emocional, surge a categoria – mais uma vez seguindo Kaufmann – da responsabilização como uma fórmula mágica: "A reclamação por *responsabilização* se vincula com a esperança (possivelmente frustrada) de que através dela os graves problemas sociais possam ser resolvidos".[82]

O encanto da fórmula não pode, porém, ser tão forte a nos fazer perder de vista que o processo de imputação de responsabilidade é uma construção social fortemente dependente de elementos subjetivos. Esse fato é demonstrado de maneira bastante convincente pela psicologia social norte-americana.[83] O emprego do

79. Albrecht, Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a.M. u.a. 1995, p. 431; idem (nota 74), p. 3; Kaufmann (nota 74), p. 58.

80. Cf., criticamente, Frankenberg, *KJ* 10 (1977), 369.

81. Günther (nota 73), p. 35.

82. Kaufmann, Über die soziale Funktion von Verantwortung und Verantwortlichkeit, in: Lampe (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Recht*: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechstheorie XIV, Opladen 1989, p. 205. Cf., ademais, Kaufmann, *Der Ruf nach Verantwortung*, Freiburg-Basel-Wien 1992, p. 11.

83. Para tanto, exemplarmente, os estudos de *Walster*, Journal of personality and social psychology 1966, 73ss. e Fischoff, *Journal of experimental psychology, human perception and performance* 1975, 298ss. *Grosso modo*, o primeiro mostra que a responsabilização é utilizada com freqüência como reação de defesa; o segundo, que há uma tendência geral de se interpretar um acontecimento desagradável como previsível e, por conseqüência, atribuível a alguém, quando o intérprete já tem o conhecimento do real curso causal, ainda que, num momento anterior, ele houvesse julgado o resultado como imprevisível e como um caso de azar, não atribuível a ninguém. Cf. também, Graumann, Die Zuweisung von Verantwortung – Ein sozialpsychologisches Problem, in: Lampe (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Recht*: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie XIV, Opladen 1989, pp. 163ss; Prittwitz (nota 2), pp. 108ss. Essa tendência de se interpretar o acontecimento como um injusto atribuível a um terceiro é, segundo Schlink, Der Preis der Gerechtigkeit, in: *Merkur* 2004, pp. 986ss., uma conseqüência do processo de

processo de atribuição de responsabilidade dá a entender que os acontecimentos no mundo estariam inteiramente sob o controle da vontade humana. E é isso que o faz tão atrativo ao espírito humano: a realidade com a qual nos confrontamos torna-se mais bem suportável.[84] As conseqüências de semelhante processo e sua íntima ligação com a política criminal devem ser melhor analisadas na seção seguinte (3).

(c) A eticização do debate político também merece atenção especial, pois determina a forma como a política criminal se apresenta na prática. Segundo as regras do jogo político, seus atores devem, na medida do possível, atingir os mais diversos apelos sociais – e aqui devem ser incluídos, por que não, também os exclusivamente emocionais. É essa referência, bem sucedida, que pode garantir a esses atores a (re)eleição.[85]

Esse apoio fundamental para o êxito político tende a ser tão mais fácil segundo a apresentação de soluções viáveis para a satisfação dessas necessidades sociais. À primeira vista, essa parece ser uma tarefa hercúlea: a complexidade da constelação social exigiria logicamente solução da mesma maneira complexa. Mas o importante nesse cenário não é tanto como as situações de conflito social se configuram de fato, mas sobretudo como elas emergem na esfera pública – uma esfera pública ancorada nos meios de comunicação de massa.[86] Basta, portanto, que os problemas sociais sejam apresentados de uma maneira simplificadora e tão mais simples serão suas

juridicização e, por conseguinte, do predomínio, na sociedade contemporânea, do paradigma da percepção normativa sobre a empírica. Enquanto a apreensão empírica do mundo mostra uma predisposição do indivíduo em aprender, a apreensão normativa, sua indisposição, uma vez que trabalha com expectativas contra-fáticas.

84. Günther (nota 73), p. 33; Walster (nota 83), p. 74.

85. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a.M. 1983, pp. 170s. Em sentido semelhante: Kindermann, Symbolische Gesetzgebung, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie XIII, Opladen 1988, p. 234; *Voß* (nota 27), pp. 32 e 70.

86. Hoffmann-Riem (nota 22), pp. 197ss.; Luhmann, Öffentliche Meinung und Demokratie, in: Maresch/Werber (Hrsg.), *Kommunikation, Medien, Macht*, 2. ed., Frankfurt a.M. 2000, p. 28; idem, *Die Realität der Massenmedien* (nota 22), p. 9; Rötzer, Aufmerksamkeit als Medium der Massenmedien, in: Maresch/Werber (Hrsg.), *Kommunikation, Medien, Macht*, 2. ed., Frankfurt a.M. 2000, p. 55.

soluções. E não há nada mais simplificador e, portanto, nada mais adequado do que a redução da colorida realidade social numa imagem em preto e branco.[87]

Mas aqui surge um outro problema na perspectiva política. Enquanto a imagem é dicotômica, perdura a possibilidade da alternativa, a existência do outro. No contexto do populismo, a alternativa, o outro, corresponde exatamente ao limite de manipulação da lealdade das massas, quer dizer, ao fim do mecanismo. Essa alternativa é, porém, tão aparente quanto a democracia estabelecida nesses termos. O outro é de antemão bloqueado através do recurso mais ou menos consciente ao preconceito. Quando no debate político se opõe o mal ao bem,[88] o inimigo ao cidadão,[89] o outro a nós,[90] já se está tacitamente decidido – pelo bem, pelo cidadão ou por nós – e a política se encerra como tal para se tornar uma grande, mas quase sempre, desinteressante encenação.[91] O recurso à chamada moral popular impede, portanto, a continuidade do discurso genuinamente político. A representação do mal, do inimigo ou do outro implica a reflexão do processo e colocar em xeque essa própria qualificação.

Essa apresentação moralizante e simplificadora da sociedade num esquema binário não se restringe, naturalmente, ao discurso político. Um bom exemplo dessa estratégia manipuladora pode ser encontrada no próprio discurso do saber jurídico penal: a separação entre um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo levada a cabo por Jakobs.[92]

87. Löwenthal (nota 17), pp. 100ss.; Ötsch (nota 20), p. 95.

88. Baratta, *ZStW* 92 (1980), 109; Günther, *KJ* 27 (1994), pp. 135ss.; Hall (nota 14), p. 99.

89. Frankenberg (nota 80), p. 356.

90. Dubiel (nota 8), p. 37; Ötsch (nota 20), p. 96.

91. Horkheimer, *Über das Vorurteil*, Köln-Opladen 1963, pp. 10s.; idem (nota 17), p. 34; Luhmann (nota 85), p. 162; idem, Die Ehrlichkeit der Politiker und die höhere Amoralität der Politik, in: Kemper (Hrsg.), *Opfer der Macht*, Frankfurt a.M. 1994, pp. 36s.; Voß (nota 27), pp. 41s.

92. Jakobs, *ZStW* 97 (1985), 753ss. e, novamente, mas menos contido: idem, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart (Kommentar), in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München 2000, pp. 47ss.

A estreita vinculação entre as condições apressadamente expostas acima pode-se resumir da seguinte maneira: através do combate preventivo ao mal, quer dizer, através da imputação de responsabilidade jurídico-penal a terceiros promete-se sentimento de segurança. Ou, na formulação mais contundente de Fabricius: "O meio mágico do direito penal, como ele não tem a eficácia programada sobre a coisa, isto é, sobre a criminalidade, pode ser utilizado sem mais na medida em que serve para acalmar a população".[93] É bastante natural que a tendência da política criminal aponte para uma crescente criminalização.[94]

3. Criminalização e suas conseqüências

O que torna, porém, o processo de criminalização tão atraente para o sistema político? – e aqui nos referimos especificamente ao ato legislativo criminalizante, quer dizer, à criminalização primária, ainda que muito do que se dirá na seqüência possa se aplicar à criminalização secundária. Para responder a essa questão, não se podem buscar as conseqüências práticas da criminalização a partir do discurso do saber jurídico penal. A resposta prevalecente nesse discurso já é por demais conhecida e repetida – prevenção –, mas pouco toca, se creditamos alguma plausibilidade ao que até agora foi apresentado, a realidade da política criminal.

93. Fabricius, Parteipolitische Position und kriminalwissenschaftliche Einsichtsfähigkeit, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a.M. u.a. 1995, p. 338.

94. Albrecht (nota 79), p. 429; idem (nota 61), pp. 17, 42, 56, 72ss., 110, 118 e 148; Frommel, Liberales Strafrecht in der Defensive, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 22. Strafverteidigertag vom 20.-22. März in Erfurt, Köln 1998, pp. 14ss.; Hassemer, Absehbare Entwicklung in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, in: Prittwitz/Manodelakis (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Baden-Baden 2000, pp. 17s.; idem, Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – am Beispiel des Strafrechts, in: ders., *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, p. 80; idem (nota 2), pp. 268ss.; Jäger, Irrationale Kriminalpolitik, in: *FS für Schüler-Springorum*, Köln u.a. 1993, p. 235; Lüderssen (nota 2), pp. 22-25; Naucke, *KritV* 1990, p. 253; idem (nota 58), pp. 340ss.; Prittwitz (nota 61), p. 128; idem (nota 2), pp. 240s.; idem (nota 63), pp. 387, 395s.; Schüler-Springorum (nota 69), p. 99; Tavares, A crescente legislação penal e os discursos de emergência, in: *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, pp. 44ss.; idem., A globalização e os problemas de segurança pública, in: Hollensteiner (Hrsg.), *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 59s.

A criminalização é essencialmente um processo de atribuição de responsabilidade. A aplicação do direito penal não controla outra coisa senão os limites de legitimidade dentro dos quais se pode imputar um fato punível a um indivíduo.[95] Toda a estrutura da teoria do delito está voltada a esse controle. Não é exagero, portanto, se dizer que a teoria do delito como um todo é uma teoria de imputação.[96] O que distingue a criminalização de outros processos de atribuição de responsabilidade – certamente há outras modalidades de responsabilização que não jurídico-penais ou sequer jurídicas – é a sua função especialmente individualizante.[97]

As estritas regras às quais o processo de imputação de responsabilidade jurídico-penal são submetidas por imperativo constitucional – pense-se aqui, por exemplo, no princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* e no princípio da culpabilidade – funcionam de modo a isolar um fato de seu contexto social no limite do possível e atribuí-lo a um único indivíduo. O sucesso da imputação depende precisamente desse isolamento do fato e do indivíduo, sobre o qual a responsabilidade pelo fato há de pesar. Quão mais isolados puderem ser o fato e o indivíduo, mais bem sucedida será a atribuição de responsabilidade jurídico-penal.

É justamente por detrás desse isolamento que se esconde um grande significado político da criminalização. O outro lado da moeda do processo de imputação de responsabilidade jurídico-penal é a exoneração de todos os demais fatores – inclusive políticos – aos quais hipoteticamente também se poderia atribuir responsabilidade.[98] Esse efeito de exoneração não é exclusividade da responsabilização jurídico-penal, mas inerente à própria idéia de responsabilidade. No entanto, a extrema individualização operada pelas regras jurídico-penais permitem

95. Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre (nota 65), S. 166.

96. Jakobs, *StrafR* AT, 2. ed., Berlin-New York 1993. Fabricius (nota 58), p. 39 chama atenção para esse fato e salienta a diferença entre imputação ou atribuição, idéias bastante difundidas no direito penal, e uma possível, mas negligenciada, constatação.

97. Albrecht (nota 79), p. 433.

98. Günther (nota 88), pp. 149ss.; idem (nota 73), pp. 31ss.; Kaufmann, *Der Ruf nach Verantwortung* (nota 82), pp. 62 e 72; Schlink (nota 83), p. 995.

sua intensificação de tal modo a torná-lo, paradoxalmente, invisível. Quer dizer, a exoneração de responsabilidade decorrente da criminalização permanece, em regra, latente, isto é, não é discutida publicamente. Isso vale tanto mais se atentamos mais uma vez ao que chamamos de eticização do debate político. O bloqueio de alternativas resultante do apelo à moral popular e ao preconceito é, em outras palavras, o bloqueio da possibilidade de qualquer outro processo hipotético de imputação como da própria abdicação da responsabilização. Responsável sempre é o mal, ou seja, o autor do fato punível.[99] Não é casualidade se nos defrontamos uma vez mais com uma tautologia.

A criminalização serve ao político, assim, como reação substitutiva. O legislador, seja conscientemente ou não, se vale de sua função latente de exoneração e se livra da responsabilização em outros setores.[100] Dito de modo mais simples: a criminalização entra no lugar de outras medidas políticas.[101] Esse efeito é o que caracteriza o direito penal simbólico na sua modalidade de legislação álibi.[102] E enquanto ele permanecer latente, tanto melhor para o político, ou seja, a latência marca o limite de funcionamento do mecanismo de enganação.[103] É assim que a criminalização – que se manifesta, com apoio do discurso do saber jurídico-penal, como prevenção ou proteção de bens jurídicos – garante ao legislador não apenas respaldo popular como também, em grande medida, imunidade contra responsabilização.

99. Esse fenômeno é caracterizado por Günther como bloqueio do segundo discurso. O primeiro – e necessariamente manifesto – discurso corresponderia ao comprometimento do indivíduo, enquanto o segundo – não sempre tematizado, mas sempre em funcionamento, uma vez que inerente à estrutura da atribuição –, à exoneração: Günther (nota 88), p. 153.

100. Salientando esse aspecto necessariamente comunicativo do ato legislativo: Kindermann (nota 85), p. 231; Voß (nota 27), p. 78.

101. Frankenberg (nota 80), p. 356.

102. Albrecht (nota 74), pp. 67, 74ss; Amelung (nota 68), pp. 59ss.; Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: idem, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, S. 173; idem, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in: *FS für Roxin*, Berlin-New York 2001, p. 1.009; Hoffmann-Riem (nota 22), pp. 46ss.; Kindermann (nota 85), pp. 234ss.; Neves, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 38; Noll, *ZSchwR* 100 (1981), pp. 360ss.; Voß (nota 27), p. 31.

103. Kindermann (nota 85), p. 235; Neves (nota 102), pp. 39s.

A política criminal que se apóia no direito penal teleológico ou funcional é, portanto, estruturalmente[104] sujeita à manipulação populista. Ela já traz em si o mecanismo populista; o populismo é inerente a ela. Há, assim, uma simbiose entre direito penal instrumental e política criminal populista. O que não constitui, no entanto, nenhum fenômeno original, como observa Tavares: " [...] o discurso jurídico, desde há muito, apresenta o mesmo conteúdo e os mesmos objetivos, justamente o de possibilitar, através de sua forma, que jamais o poder real seja posto em discussão, e que o Estado nunca lhe escape das mãos".[105] O direito penal instrumental e a política criminal populista constituem, portanto, tão-somente o mais recente capítulo dessa longa história de exercício de poder.

4. (Im)possibilidade de um direito penal racional

Se a pensamos como estratégia de manutenção de poder, temos que admitir, sob a perspectiva dos atores políticos, que a política criminal populista é deveras racional. Ela impede o questionamento do poder exercido, ou seja, é um meio bastante eficiente para a finalidade de manutenção de poder.[106] E, pelo paradigma de racionalidade da moderna sociedade capitalista, pouco mais poderia ser acrescentado. O que deve ser precisado, sim, é o sentido do esforço teórico por um direito penal racional e conseqüentemente por uma política criminal racional.[107]

104. Com isso é rechaçada a tese de Noll (nota 102), pp. 355ss., segundo a qual o mecanismo de engano a legislação simbólica dependeria do momento subjetivo do legislador, limitando-o à manipulação consciente.

105. Tavares, A globalização e os problemas de segurança pública (nota 94), p. 55. Cf., também, Neves (nota 102), pp. 153ss.

106. Günther (nota 3), p. 117.

107. Esse problema é bem descrito por Ritsert (nota 6), pp. 101s.: "Uma bela pergunta é: que outros juízos valorativos do tipo *x é racional* e, conseqüentemente, *x é irracional* pode haver além da equiparação de *racional* com *racionalmente orientado a fins*? Há parâmetros de racionalidade que caracterizem por *racional* mais do que uma relação inteligente com outros seres? A razão prática do ser humano não se exprime, por exemplo, numa forma que não de uma *moralidade* pragmaticamente inteligente? [...] A pergunta é, portanto, quais situações de fato podem ser inseridas no lugar de *x* no juízo de valor *x é racional* (ou *irracional*) ou quais, não. Tem sentido, lingüística e teoricamente,

Weber conduz seu modelo descritivo da moderna sociedade capitalista como institucionalização da ação racionalmente orientada a fins coerentemente até suas últimas conseqüências. E com isso sua teoria ganha uma conotação dramática. A abdicação de todo valor absoluto levaria ao que Weber chama de diferenciação de esferas de valor. Cada uma das esferas de valor – dentre as quais poderíamos, por exemplo, nomear a ética, a economia, a ciência, a arte e o erotismo[108] – funcionaria de acordo com a sua respectiva regularidade própria. A carência de idéias valorativas absolutas corresponderia nesse contexto à falta de um critério de coordenação capaz de superar os limites de cada esfera.[109] A conseqüência mais próxima é a de que as colisões entre as diversas orientações da ação social surjam com cada vez mais freqüência, sem que seja possível vislumbrar-se uma solução. Em outras palavras, o processo de racionalização sob o paradigma da racionalidade orientada a fins tem como resultado uma crescente perda de sentido da ação social. A essa tese da perda de sentido acrescenta Weber como conseqüência última a perda de liberdade dos atores sociais. Tratar-se-ia aqui de um processo definitivo e qualquer tentativa otimista de escapar da aterradora conclusão não seria mais do que uma tentativa de auto-enganação.[110]

A partir desse modelo, a inevitável institucionalização da racionalidade orientada a fins no direito penal – analisada aqui como a institucionalização dos fins preventivos – também estaria condenada ao igualmente inevitável destino da perda de sentido. A assunção de fins preventivos, quer dizer, de finalidades político-criminais pelo discurso jurídico penal, que tenta negar a tensa relação entre a esfera de valor jurídica e a esfera de valor política, é, portanto, a verificação dessa perda de sentido e da tentativa de auto-enganação. O processo

introduzir como interpretações de *x* não apenas pessoas e ações mas também instituições e processos sociais? Como se caracteriza, por exemplo, uma sociedade *racional*?"

108. Weber, Theorie der Stufen und Richtungen religiöser Weltablehnung. Zwischenbetrachtung, in: idem: *Schriften* 1894-1922, hrsg. v. Kaesler, Stuttgart 2002, pp. 609, 618, 620, 630 e 632.

109. Weber (nota 108), p. 615.

110. Weber (nota 108), pp. 647ss.

de racionalização que levou até a moderna sociedade capitalista não permite escapatória, muito menos a da política criminal mais racional. A reclamação por essa política criminal racional torna-se tão sem sentido como a moderna sociedade capitalista como tal. A política criminal populista não é mais do que um produto periférico dessa grande falta de sentido.

Para Horkheimer e Adorno, a tendência de autodestruição, que aparece na teoria de Weber com a tese da perda de sentido, não constitui nenhuma peculiaridade da moderna sociedade capitalista. Ela pertenceria à própria dialética do iluminismo.[111] O que seria realmente novo nessa formação social seria a radicalização desse processo que toma agora feição de industrialização: "É como se o próprio pensamento houvesse sido reduzido ao nível de processos industriais, submetido a um plano minucioso – ou seja, transformado em uma parte fixa da produção".[112] Essa radicalização se concretizaria, portanto, na redução da razão a um aspecto instrumental e formalizado. Razão seria tão-só relação de meio e fim, isto é, razão orientada a fins.

Num primeiro momento essa instrumentalização pareceria representar a emancipação da razão, que se livraria de todo conteúdo objetivo. Essa subjetivização da razão, por outro lado, conduz à estandardização do pensamento, que se torna, a partir de então, ferramenta para a dominação do homem sobre a natureza.[113] Nesse ponto é notória a influência da tese de Marx sobre fetichismo da mercadoria.[114] Paradoxalmente, a subjetivização da razão é a negação de toda subjetividade.[115]

111. Horkheimer, The end of reason, *SPSS* IX (1941), 366 e 388; idem (nota 41), pp. 28, 38, 75ss.; Horkheimer/Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, 14. ed., Frankfurt a.M. 2003, pp. 3, 10ss., 18ss., 30ss., 97 e 100.

112. Horkheimer (nota 41), pp. 30s. Cf., igualmente, Horkheimer (nota 41), p. 45; Horkheimer/Adorno (nota 111), p. 99.

113. Horkheimer, The end of reason (nota 111), p. 368; idem (nota 41), pp. 87s., 104 e 124.

114. Marx, *Das Kapital*, Bd. I, MEW 23, Berlin 1968, pp. 86s.

115. Horkheimer (nota 41), p. 93; Horkheimer/Adorno (nota 111), pp. 16, 19, 27 e 128. Bastante clara é a exposição de Wellmer, Wahrheit, Schein, Versöhnung. Adornos ästhetische Rettung der Modernität, in: idem: *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne*: Vernunftkritik nach Adorno, 5. ed., Frankfurt a.M. 1993, pp. 11 e 17.

Subjetivização da razão não é outra coisa senão sua instrumentalização, sua conformação à mercadoria.[116] O que resta dela é apenas pseudo-individualidade.[117]

Despido de sua integridade, o homem coisificado tende a se agarrar à primeira possibilidade de salvação contra a opressão, mesmo que a salvação não seja mais do que aparente. E a aparente salvação, que se apresenta como única, é a identificação do indivíduo com a generalidade, a adequação com o já existente. Em outras palavras, o indivíduo oprimido em sua subjetividade tenta resgatá-la ao se submeter à opressão.[118]

"A utilização maligna do impulso mimético explica traços decisivos de demagogos modernos."[119] Ora, não é outra coisa que faz o mecanismo do populismo. Ele é exatamente a manipulação da revolta da natureza do ser humano oprimido pelos seus opressores. "É típico da nossa era presente a manipulação dessa revolta pelas forças dominantes da civilização; a utilização da revolta como um meio de perpetuação das condições através das quais a revolta é despertada e contra as quais ela se volta. Civilização, como irracionalidade racionalizada, integra a revolta da natureza como mais um meio ou instrumento."[120]

A tendência da razão subjetiva, instrumental e formalizada, ou seja, da racionalidade orientada a fins rumo ao totalitarismo fica bastante clara – tome o totalitarismo a forma de ditadura ou de democracia meramente formal.[121] Definitivamente a racionalidade orientada a fins não está em condições de se decidir pela democracia. Faltam-lhe os meios para tanto.[122] Como poderia, então, um direito

116. Adorno (nota 19), pp. 47 e 98; Horkheimer (nota 41), pp. 47s. e 84; Horkheimer/Adorno (nota 111), p. 31.

117. Horkheimer/Adorno (nota 111), pp. 163s.

118. Adorno (nota 19), pp. 75s., 100ss.; Horkheimer, The end of reason (nota 111), pp. 368, 372s.; idem. (nota 41), pp. 95, 114 e 143; idem, *Traditionelle und kritische Theorie* (nota 6), p. 188.

119. Horkheimer (nota 41), p. 116.

120. Horkheimer (nota 41), pp. 93s. Cf. também Adorno, *Thesen über Bedürfnis*, GS 8, Frankfurt a.M. 2003, p. 392; Horkheimer, *Akademisches Studium*, GS 8, Frankfurt a.M. 1985. pp. 385ss.; Horkheimer/Adorno (nota 111), pp. 69 e 99.

121. Horkheimer (nota 41), p. 117.

122. Horkheimer (nota 41), pp. 36s.

penal instrumental[123] preencher os requisitos de um direito penal racional – se é que racionalidade nesse contexto tem algo que ver com uma ordem democrática?

A primeira vista, com a teoria crítica, a razão parece estar condenada a um fim trágico. Contra isso, ou mais precisamente, contra ela se volta Habermas com a sua teoria da ação comunicativa. Habermas vê na confusão entre processo de racionalização e institucionalização da racionalidade orientada a fins a grande falha das construções teóricas pessimistas, como qualifica as posturas de Weber, por um lado, e de Horkheimer e Adorno, por outro. Habermas pretende demonstrar que essas teorias trabalham com um conceito de racionalidade ilegitimamente reduzido: o processo de racionalização ofereceria mais possibilidades do que aquelas abarcadas pela racionalidade orientada a fins.[124]

Habermas propõe, portanto, um conceito de racionalidade mais complexo, que esteja em condição de abranger não somente a orientação pelo resultado, mas também a orientação para o entendimento.[125] Para isso, ele sugere uma nova tipologia da ação social:

"Chamamos *instrumental* uma ação orientada para o resultado quando a analisamos sob o aspecto de cumprimento a regras técnicas e avaliamos o grau de eficácia de uma intervenção num contexto de estados e acontecimentos; chamamos *estratégica* uma ação orientada para o resultado quando a tratamos sob o aspecto de cumprimento a regras de escolha racional e valoramos o grau de eficácia da influência sobre a decisão de um oponente racional. Em oposição, refiro-me a ações

123. Horkheimer descreve com precisão o entendimento dominante e aparentemente óbvio do saber jurídico-penal da sociedade moderna: "Pena é um meio através do qual um determinado Estado, em seus limites, exige atenção diante da lei; sua finalidade é intimidação. Todas as demais teorias da pena são metafísica ruim". (Horkheimer, *Zur Ergreifung Eichmanns*, GS 8, Frankfurt a.M. 1985, S. 156).

124. Habermas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? in: Habermas/Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt a.M. 1971, p. 194; idem (nota 3), Bd. 1, pp. 342, 355, 362, 365, 369 e 383, Bd. II, pp. 449 e 488; idem, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (nota 25), p. 445.

125. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a.M. 1983, p. 144; idem (nota 3), Bd. 1, p. 384; idem, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (nota 25), pp. 501s.

comunicativas quando os planos de ação dos atores participantes não são coordenados sobre cálculos egocêntricos de resultado, mas sobre atos de entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não se orientam primariamente em seus próprios resultados; eles buscam seus objetivos individuais sob condição de que eles poderiam acordar seus planos de ação uns com os outros sobre o fundamento de uma definição comum da situação."[126] Assim, Habermas transfere a tônica para a orientação para o entendimento, fazendo da ação comunicativa o paradigma da racionalidade: "O foco da investigação passa, com isso, da *racionalidade cognitivo-instrumental* para a *racionalidade comunicativa*".[127]

O que caracteriza a política criminal populista, portanto, é uma perturbação no processo de comunicação. Esse distúrbio impediria o entendimento ou o consenso com resultado final e racional. Valendo-se da teoria dos atos da fala de Austin, em especial da distinção entre atos ilocucionais e perlocucionais,[128] Habermas analisa alguns casos que qualifica de formas de aparição patológicas da comunicação. Dentre eles estaria o que chama de ação estratégica oculta: "Tais patologias da comunicação podem ser conceituadas como resultado de uma confusão entre ações orientadas pelo resultado e ações orientadas para o entendimento. Em situações de ação estratégica oculta, pelo menos um dos participantes se comporta orientando-se pelo resultado, mas mantém os demais na crença de que todos preenchem os requisitos de uma ação comunicativa".[129] O legislador atua orientando-se pelo resultado quando ele se vale da criminalização como reação substitutiva apesar da aparência de uma ação comunicativa

126. Habermas (nota 3), Bd. 1, p. 385. Destaques no texto original. Cf. também idem, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (nota 25), pp. 20ss., 276ss., 405, 459 e 541.

127. Habermas (nota 3), Bd. 1, p. 525. Destaques no texto original. Cf., igualmente, idem (nota 3), Bd. 1, pp. 388, 394, 455 e 523, Bd. 2, pp. 279, 283, 523 e 583.

128. Austin, *Zur Theorie der Sprechakte* (How to do things with words), 2. ed., Stuttgart 1979, pp. 112ss.

129. Habermas (nota 3), Bd. 1, p. 445; idem, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (nota 25), pp. 461 e 541.

amparada sobre um discurso[130] de prevenção. Apenas essa enganação é capaz de garantir o aspirado apoio popular. Nesse contexto é secundário saber se esse mecanismo é conscientemente manipulado pelo político ou não. Importa saber o que ele de fato opera.[131] Nessa assimetria, isto é, nessa falta de entendimento, está o déficit de legitimação do direito penal daí emergente.[132] Para Habermas, a legitimação do direito decorre, *grosso modo*, da adequada – ou seja, com base na comunicação, daí a idéia tomada de Arendt de um poder comunicativo[133] – transformação do poder social em poder político.[134] Se a estrutura comunicativa é apenas aparente no processo de criminalização, também não é mais que aparente a legitimidade do direito penal que não quer senão a lealdade da massa. "Por isso o direito, quando observado empiricamente, incorpora tão-somente a forma de que se *serve* o poder político".[135]

É, contudo, bastante questionável se o consenso em que se ampara o conceito de racionalidade em Habermas é realmente realizável.[136] Isso depende, por exemplo, de se saber como uma esfera pública existe de fato[137] e se a linguagem, ou melhor, a

130. Naturalmente a palavra discurso não é aqui empregada com o sentido específico que lhe atribui Habermas, senão com o sentido mais próximo da linguagem cotidiana, como *parole*. Para Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (nota 25), p. 114, "discursos são reuniões com o objetivo de fundamentar manifestações cognitivas".

131. Por isso nos parece supérflua nesse contexto a distinção entre manipulação e comunicação sistematicamente desfigurada – quer dizer, entre engano consciente e inconsciente. Para tanto, Habermas, (nota 3), Bd. 1, p. 445; idem, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (nota 25), pp. 461 e 541.

132. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 134, 138, 154ss.

133. Arendt, *Macht und Gewalt*, 17. ed., München 2006, pp. 36ss.

134. Habermas (nota 132), pp. 166ss.

135. Habermas (nota 132), p. 171.

136. Neves, *Zwischen Themis und Leviathan*, Baden-Baden 2000, p. 158.

137. É nesse sentido a argumentação do jovem Habermas: Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt a.M. 1990, pp. 225ss. Mais tarde ele reinterpreta essa tese de maneira mais otimista, ou seja, como se uma esfera pública viabilizadora de comunicação e, por conseguinte, consenso, fosse de fato não só realizável nos dias de hoje (p. 29s.), com o que, finalmente, a idéia de uma razão comunicativa pode parecer plausível, como também, e sobretudo, sua assunção, necessária. Cf., em especial, Habermas (nota 132), pp. 396s.

comunicação como tal já traz em si os elementos para o entendimento racional.[138] Não é demais lembrar que Habermas parte de uma constatação contra-fática, ainda que necessária, para fundamentar sua teoria – quer dizer, ele toma possibilidades que podem estar em desacordo com o desenvolvimento real da sociedade.[139] Ele mesmo afirma que "certamente esse [...] requisito de uma esfera pública, ao mesmo tempo livre de poder e política, é irrealista, mas ela não é, se bem compreendia, utópica no mau sentido".[140] Se estas questões não são satisfatoriamente respondidas – hipostasiar a comunicação é apenas fugir a elas –, permanece a teoria da ação comunicativa amarrada ao idealismo com todas as suas conseqüências.

5. Conclusão

A pergunta acerca de uma política criminal racional continua em aberto. A questão, no entanto, a que uma teoria do direito penal, o saber jurídico-penal, não pode se esquivar é outra: qual função o direito penal deve exercer de fato. Dar-se por satisfeito com fórmulas idealistas e racionalizadoras, no pior sentido da palavra, como quer o funcionalismo jurídico-penal, não serve de nada.

O primeiro passo para que o discurso do direito penal estabeleça seu contato com a realidade é não fugir à prática da política criminal. E nessa prática predominam dados inegáveis: exercício de poder, imposição de dor – em suma: restrição

138. Habermas, (nota 3), Bd. 1, p. 365. De outro modo, Foucault (nota 5), pp. 10ss.; Lyotard, *Le différend*, Paris 1983, pp. 16ss.; Horkheimer, *Traditionelle und kritische Theorie* (nota 118), p. 191; Horkheimer/Adorno (nota 111), pp. 21s.; Nietzsche (nota 1), pp. 311ss. Aqui se exprime o problema da intermediação do verdadeiro, descrito por Adorno (nota 19), pp. 51s. da seguinte maneira: "Critério do verdadeiro não é a sua imediata comunicabilidade a alguém. Devemos nos opor à coação quase universal de confundir a comunicação do conhecido com o próprio conhecido e de dar a ela, se possível, preponderância, enquanto todo passo rumo à comunicação esgota e falsifica a verdade. Tudo o que é linguagem trabalha nesse paradoxo". Com isso, Adorno aproxima-se muito da tese de Benjamin, *Über die Sprache überhaupt und über die Sprache des Menschen*, GS II.1, Frankfurt a.M. 1980, pp. 140ss.

139. Habermas, (nota 3), Bd. 1, pp. 304 e 329.

140. Habermas, Volkssouveränität als Verfahren (1988), in: idem (nota 132), p. 628. Wellmer (nota 115), pp. 21s. chama então essa utopia de intra-mundana ou materialista, para diferi-la da utopia escatológico-sensualista com que caracteriza a idéia de Mimesis em Adorno (p. 19).

violenta de liberdade. A reconstrução do saber jurídico penal deve tomar esses elementos a sério. E se o direito penal racional pretende alguma base ética, então ele deve tomar uma postura crítica e transformadora diante dessa realidade.[141] "Seu *pathos* essencial é a *indignação*, sua tarefa essencial é a *denunciação*".[142] Só assim o saber jurídico-penal pode escapar a essa função apologética de ser uma condição ótima para a política criminal populista ou qualquer outra prática irracional.

141. Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt a.M. 1993, p. 16 ressalta a vinculação entre uma teoria crítica e sua necessária fundamentação ética. E assim procedem Zaffaroni, *Em busca das penas perdidas*, 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999, pp. 182ss. e idem, El sistema penal y el discurso jurídico, in: idem (org.), *La justicia penal de hoy*, Buenos Aires 2000, p. 55 e Zaffaroni/Alagia/Slokar (nota 69), p. 25, quando definem o discurso dos direitos humanos como base de sua crítica do direito penal, e Tavares (nota 65), p. 121, ao construir sua teoria do direito penal com base apenas nas liberdades individuais.

142. Marx, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung, *MEW* 1, Berlin 1976, p. 380.

Socialização e criminalização dos riscos: conflitos entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica

Izabela Lopes Jamar
Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela UFSC.

Resumo: A nova ordem mundial global, a sociedade dos riscos, suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis e o anuncia como o garantidor da segurança jurídica prometida, fundamentando as propostas do Direito Penal do Risco em contraposição à teoria penal liberal clássica.

Palavras-chave: Sociedade do risco – Funções do direito penal – Direito penal moderno – Novos paradigmas.

Abstract: The article analyses expectations, rumors and fragments of teaching and learning in the field of Criminal Sciences, highlighting the relation among Criminology, Criminal Politics, Criminal Law and Criminal Process Law. It points out practical and theoretical problems of dogmatic and positivist models in Criminal Education and presents proposals for a reconstruction based on problem-posing theory.

Keywords: Criminal science – Integrated model – Problem-posing criminology – Education – Inter-discipline.

Sumário: 1. Socialização dos riscos: uma transição da modernização simples para a modernização reflexiva – 2. Criminalização dos riscos: um embate entre o direito penal liberal e o moderno direito penal – 3. Considerações finais – 4. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal

1. Socialização dos riscos: uma transição da modernização simples para a modernização reflexiva

Ulrich Beck, sociólogo crítico da modernidade, analisa os processos de transformações que vem ocorrendo na sociedade contemporânea e identifica uma divisão dentro da modernidade: a separação entre modernidade simples e modernidade reflexiva. O desenvolvimento dessa análise resultou na ruptura da modernidade contemporânea e nos contrastes entre a sociedade industrial clássica e a nova configuração social a qual Beck denomina sociedade mundial dos riscos.

O processo de modernização reflexiva não rompe com o modelo contemporâneo, assim como a modernização do século XIX rompeu com o mundo tradicional. O que ocorre é um chamado da modernidade para os riscos produzidos pela vitória do avanço tecnológico, científico, da exploração da natureza e da globalização.

Assim, Ulrick Beck define a modernização reflexiva como uma possibilidade de (auto)destruição criativa para toda uma era: a da sociedade industrial.[1]

A modernização reflexiva pode ser definida como um estágio em que um tipo de modernização destrói o outro e o modifica. Na modernização simples temos a desincorporação e, depois a reincorporação das formas sociais tradi-

1. BECK, Ulrick; GIDDDENS, Antony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12.

cionais pelas formas sociais industriais, já a modernização reflexiva envolve a desincorporação das formas sociais industriais e a reincorporação de uma outra modernidade.[2]

Esse processo é o resultado da própria modernização, onde segundo o autor encontramo-nos diante daquilo que ele chama de "modernização da modernização" ou "segunda modernidade", ou também "modernidade reflexiva". Trata-se de um processo no qual são postas em questão, tornando-se objeto de "reflexão", as assunções fundamentais, as insuficiências e as antinomias da primeira modernidade.[3]

Nesse passo, o processo de reflexividade descrito pelo autor se mostra como um confronto entre modernização e conseqüências da modernização. Não se trata de oposição ao modelo industrial à base de novas disputas políticas, mas sim de assimilar os efeitos e as ameaças derivadas do super desenvolvimento da modernidade industrial que não puderam ser feitos à época pela racionalidade industrial. No entender de U. Beck:

"Com o advento da sociedade de risco, os conflitos da distribuição em relação aos 'bens' (renda, emprego, seguro social), que constituíram o conflito básico da sociedade industrial clássica e conduziram às soluções tentadas nas instituições relevantes, são encobertos pelos conflitos de distribuição dos "malefícios". Estes podem ser decodificados como conflitos de responsabilidade distributiva. Eles irrompem sobre o modo como os riscos que acompanham a produção dos bens (megatecnologia nuclear e química, pesquisa genética, a ameaça ao ambiente, super-militarização e miséria crescente fora da sociedade industrial ocidental) podem ser distribuídos, evitados, controlados e legitimados."[4]

2. Idem, ibidem.

3. SWIF. *A sociedade global do risco*: Uma discussão entre Ulrich BECK e Danilo ZOLO (Trad. port.: Selvino J. Assmann). Disponível em: http://lgxserver.uniba.it. Web italiano para a Filosofia – Copyright 1997-1998. Acesso em 03.02.2006.

4. BECK, Ulrick; GIDDDENS, Antony; LASH, Scott. Op. cit., p. 17.

A distinção que Beck faz entre os modelos de modernização é que num primeiro momento existe uma auto-ameaça às bases da sociedade industrial, graças a uma modernização bem sucedida, mas que ignora os riscos que produz e num segundo momento, o crescimento do conhecimento e da reflexão sobre tal situação.

A reflexividade refere-se à transição autônoma, despercebida e indesejada da sociedade industrial para a sociedade dos riscos. Essas transformações se dão em virtude do inerente dinamismo da sociedade moderna que está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, entre outras estruturas da sociedade industrial e instalando uma nova ordem social, uma outra modernidade.

Na verdade, o processo de modernização reflexiva dissolve, consome e ameaça as bases do modelo da sociedade industrial. Seria, no entender de Beck, a alteração da sociedade industrial por ela mesma o que ocorre, num primeiro estágio, sem reflexão, conhecimento e consciência.

Num segundo momento, é que a junção desses fatores passam a ser objeto de decisões política, pública e científica. A partir do momento em que a sociedade industrial se vê alarmada pelas conseqüências do processo de produção, passa a rever seus fundamentos, visando a construção de instrumentos capazes de segurar e subsidiar a formulação de prioridades políticas e institucionais para gerir os riscos.

Em resumo, na teoria de Beck podemos identificar duas ordens de conseqüências do processo de modernização: 1.º) os riscos decorrentes do progresso industrial e seus efeitos colaterais indesejados que assumiram uma dimensão global; 2.º) a percepção desses riscos pela sociedade que passam a construção de uma cultura dos riscos através da mídia e de outras fontes e ainda a inserção desse riscos nos programas político-ambiental global.

Por outro lado, Niklas Luhmann assinala que os desenvolvimentos conceituais ou implicam uma evolução ou são produtos dela. Para este autor, o conceito de risco nos remete a um contexto histórico que abrange os últimos séculos e apesar de

seu surgimento no contexto moderno, este adquire diferenças conceituais a cada etapa de sua evolução desde o final da Idade Média até o surgimento da modernidade.[5]

Luhmann nos chama a atenção para as distinções as quais devemos nos referir quando da utilização do termo 'risco' dentro do contexto moderno. O autor enfatiza que a diferença entre riso/seguridade se constitui de maneira assimétrica à diferença risco/perigo. Em ambos os casos, o conceito de risco designa um complexo estado de fatos com os quais nos deparamos, ao menos, na sociedade moderna.

Para Luhmann, o conceito de risco se diferencia do conceito de perigo na medida em que os danos futuros não são conseqüências de uma decisão e têm uma atribuição externa. O risco adquire uma dimensão de maior relevância, pois suas conseqüências podem ser atribuídas a decisões humanas, senão vejamos :

"We will give the concept of risk, another form with the help of the distinction of risk and danger. The distinction presupposes (thus differing form other distinctions) that uncertainty exists in relation to future loss. There are then two possibilities. The potential loss either regarded as consequence of the decision, that is to say, it is attributes to the decision. When then speak of risk 0 to be more exact of the risk of decision. Or the possible loss is considered to have been caused externally, that is to say, it is attributes to the environment. In this case we speak of danger".[6]

Para o autor, o presente constitui uma restrição ao imperativo decisional que se traduz na necessidade de entrecruzar passado e futuro e ainda presente e futuro por meio da decisão provável/improvável para a tomada de decisões, pois apesar de todos os esforços para constituir um conceito concreto, os riscos são um conjunto de elementos inconclusivos.

5. PAULUS, Nelson. *Del concepto de riesgo*: conceptualizacion del riesgo em Luhmann y Beck. Disponível em: http://www.revistamad.uchile.cl/10/paper07.pdf. Acesso em 25.08.2005, p. 50.

6. LUHMANN. Niklas. *Rusk*: a sociological theory. New York: A. de Gruyter, 1993, p. 21-22.

De maneira mais específica, para Luhmann, o conceito de risco tem levado em consideração uma diferença de tempo entre evolução anterior e posterior à materialização do dano. Em suma, os problemas de risco não podem ser tratados por normas, dado que se convertem quase sempre em fatalidades em razão das incertezas.

Para Luhmann, tanto o surgimento quanto a evolução do conceito de risco se desenvolve numa correlação com a modernidade a qual o autor vincula a emergência e a consolidação dos processos de diferenciação funcional da sociedade, tese central do autor, que redundam em uma crescente autonomia e auto-referencialidade dos sistemas parciais. O termo sociedade de risco é insuficiente em função da complexidade da sociedade moderna, termo último que também é parcial.

De um modo geral, os teóricos da sociedade do risco reconhecem uma pluralidade de percepção e constituição do risco e se referem a este como fenômeno sócio-estrutural da sociedade contemporânea e estão pensando em riscos que têm suas causas e origens em comportamentos e decisões humanas frutos da manipulação dos avanços tecnológicos. Os novos riscos são derivados de decisões industriais, em especial, aquelas que têm seu núcleo em vantagens e oportunidades econômicas, baseadas no critério da utilidade.[7]

Diante desse novo contexto, pode-se dizer que esses riscos se diferem das ameaças de guerra, eis que têm uma origem pacífica. As diferenças residem ainda na atribuição da culpa pelos riscos pré-industriais que eram atribuídos a uma causa externa à sociedade (vontade de Deus, força da natureza) enquanto que os riscos tecnológicos derivam dos processos de tomada de decisões. No entender de M-A. Hermitte:

"Os riscos cuja separação entre riscos naturais, tecnológicos e sociais tornou-se permeável, são, de agora em diante, desafios políticos no sentido aristotélico do termo, no sentido do *suum cuique tribuere*. Não se trata mais de preveni-los tecnicamente e indenizá-los, ainda é preciso decidir de forma

7. MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 39.

democrática e assegurar um distribuição justa, o que foi demonstrado em 1986 por U. Beck, como o mostra o prefácio de Bruno Latour na tradução de forma clara: estamos trocando bens mas também mazelas. Escolha do lugar de instalação de um incinerador, de uma central nuclear, de um espaço sem OGM, etc. terá conseqüências no que se refere aos empregos, à esperança de vida, à paisagem, à distribuição das riquezas, etc. então, a luta contra as desigualdades, motor da mudança política no mundo moderno, está atuando na distribuição dos riscos: o risco, objeto técnico é também objeto político e, conseqüentemente, jurídico. É o esforço aceito por uma sociedade, com o intuito de levar à evolução de seu sistema político, de tal forma que este inclua todas as dimensões do risco do Estado de direito, em vez de rejeitá-lo à margem do direito da responsabilidade e da regulamentação técnica que a torna sociedade do risco."[8]

Assim, os riscos passam a pertencer a categorias distintas: a dos que puderam e podem ser controlados e a dos que escapam a esses mecanismos de controle da sociedade industrial, justamente por ter ocorrido falhas nas instituições e normas reguladoras desenvolvidas pela sociedade industrial.

Passou-se então o questionamento sobre a ineficiência e inoperância dessas instituições, tendo em vista ainda que as estratégias da sociedade industrial em garantir a segurança se deram ao nível de Estado-nação que pressupunham decisões e conseqüências restritas aos limites nacionais, em contraposição à sociedade globalizada do risco.

Os estudos relacionados à percepção de risco apresentam-se hoje, como fundamentais para a criação de indicadores utilizados em vários campos do conhecimento. Também é preciso enfatizar que um risco toma forma através de diferentes atores do campo científico, administrativo, político, social, apreendendo, tratando, instrumentalizando o que se apresenta como risco.

8. HEMITTE, M.-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de Ulrich beck. In: VARELA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Rede Latino-Americana-Européia sobre governo dos riscos, Brasília, 2005, p. 14-15.

A percepção dos riscos desembocou no interesse pelo estudo do tema tanto para as ciências sociais quanto para o campo da psicologia social, creditando aos estudos a importância da disseminação do termo 'risco', abrindo assim, as possibilidades de várias abordagens nas análises de percepção de risco e conseqüentes avaliações, considerando a configuração de processos mentais identificados com os riscos, incluídos na realidade da construção da chamada sociedade de risco, que por sua vez tem parte de seu lastro no interesse que a ciência passou a ter pelos projetos econômicos de grande dimensão, em nome do progresso e do desenvolvimento material das sociedades, configurada mais vigorosamente na etapa atual da modernidade, que reflete as insuficiências e as antinomias do processo histórico das revoluções industriais e suas estratégias de acumulação de riqueza, tais como a realidade dos riscos globais, compreendendo os ecológicos, os ambientais, os políticos, os econômicos e os sociais francamente associados.

Portanto, os riscos acompanham a distribuição dos bens, decorrentes da industrialização e do desenvolvimento de novas tecnologias. Estes riscos surgiram sem que a produção de novos conhecimentos fosse capaz de trazer a certeza de que estes riscos diminuiriam com o passar do tempo ou seriam passíveis de controle e monitoramento eficazes. Esta certeza nos controles favorecidos pela ciência e pela tecnologia teve sua base na modernidade industrial onde os riscos eram compreendidos como fixos e restritos a determinados contextos localizados, e mesmo que atingissem à coletividade, estes seriam frutos do progresso tecnológico e industrial. Já na sociedade de risco, os riscos ultrapassariam os limites temporal e espacial, e se manifestam com dimensões e potencial altamente destrutivos e como sendo também fruto dos excessos da produção industrial, o diferencial se refere ao papel da tecnologia na própria configuração do risco, deslocando o foco da certeza para as incertezas. São os avanços tecnológicos que, ao ampliarem o domínio do conhecimento e da visibilidade, ampliam igualmente o domínio da incerteza.

A complexidade que hoje está situada na problemática do risco envolve, sobretudo, a distribuição dos riscos o que exige o posicionamento constante da

sociedade no sentido da elaboração freqüente de escolhas, o que instaura uma nova ordem segundo a qual os novos riscos devem ser evitados, negados e reinterpretados, e que vem tornando as ações cotidianas, antes voluntárias e mais motivadas pelo desejo e pela afetividade, em processos de conhecimento e determinação dos novos riscos que devem nortear tais escolhas.

Essa nova ordem estabelece algumas diferenças entre os novos riscos e as catástrofes de grande escala e de natureza diversa no mundo inteiro: tempestades e inundações extremamente prejudiciais na Europa bem como tempestades de gelo no Canadá, os riscos gerados em razão do nível de desenvolvimento das forças produtivas tais como contaminações nucleares ou química por meio de radioatividade ou substâncias nocivas ou tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos; os riscos do consumo de alimentos geneticamente modificados ou dos alimentos contaminados por agrotóxicos; a confiança no elo de fidelidade com o parceiro ou não diante das doenças sexualmente transmissíveis, em especial, a AIDS; a insegurança pública. Estas incertezas geram sofisticados processos cognitivos, envolvendo objetividades e subjetividades, motivados pela perspectiva do risco, com os quais lidamos todos os dias. Pode ser ainda que muitos riscos causem danos irreversíveis, e permaneçam invisíveis por um período longo.

É nessa perspectiva que surgiu a necessidade de se socializar os riscos, ou seja, trazer ao conhecimento da sociedade os riscos, os perigos e os danos decorrentes do progresso técnico-científico. Além disso, essa socialização dos riscos implica na prevenção, se possível, desses riscos, na securitização dos riscos, na informação da existência dos riscos, na responsabilização pela ocorrência de danos, numa reforma cultural e institucional para a conscientização do surgimento de novos riscos a partir de decisões que tentem prevenir ou até mesmo limitar o surgimento de novos riscos.

A propriedade do risco leva a configuração de contextos que indicam a sua apropriação, definindo cenários, atores e organizações diversas, congregando adeptos que aceleram as pressões para o monitoramento dos riscos, tais como,

associações, segmentos sociais diversos, representantes de instâncias políticas e administrativas, instituições e cientistas.

Percebemos também que num primeiro momento a dificuldade relativa ao reconhecimento e ao tratamento dos riscos era a ausência de atores que se declarem proprietários ou vítimas potenciais desses perigos, através de processos cognitivos. Esta ausência significa o relaxamento de observações precisas das situações de risco fazendo com que elas não se inscrevam num campo de competências bem definidas, causando a dispersão de interesses e prerrogativas para análises bem pontuadas capazes de transformar as situações difusas de perigo em riscos definido.

Num segundo momento, essa lacuna é preenchida através das transformações ocorridas na nova ordem mundial, não só com relação à gênese sócio-econômica do risco e suas dimensões, mas também na relação da sociedade com os problemas e as ameaças por eles produzidas.

A sociedade industrial construiu um arcabouço ideológico que legitimou a concretização do acúmulo de conhecimento e de tecnologias impactantes como meios para realizar um mundo mais igualitário. Esses meios, fundamentados na ciência e na tecnologia (sem a total observância da perspectiva da precaução), seriam capazes de prover o mundo de abundância, diminuir e/ou controlar a escassez e a fome, as calamidades naturais, as pandemias, etc. Considerava-se que os problemas econômicos eram exclusivos das ciências econômicas, que os problemas de saúde pública eram próprios das ciências da saúde, que os problemas sociais eram específicos das ciências sociais e das iniciativas assistencialistas para consolidar a modernidade e administrar os riscos. Com o fenômeno da globalização nos defrontamos com o desafio da formulação do pensar baseado na complexidade nos fazendo considerar diversas vertentes que configuram a realidade dinâmica dos fenômenos. Somos contemporâneos de uma variedade de riscos globais com importantes dimensões pessoais.[9]

9. NAVARRO, Marli B. M. de A. & CARDOSO, Telma A. de O. (2005). *Percepção de risco e cognição:* reflexão sobre a sociedade de risco. Ciências & Cognição, ano 2, v. 6, nov. 2005. Disponível em: http://www.cienciasecognicao.org/. Acesso em 03.02.2006.

A percepção dos riscos pela sociedade originou um projeto normativo, qual seja o da segurança. A partir dessa possibilidade de detectar-se os riscos surgia a obrigação ou até mesmo um dever, por parte das instituições, de preveni-los ou de evitá-los ou de controlá-los.

Porém, com o passar dos tempos e com o surgimento de novos riscos, chegou-se à conclusão de que esse projeto de segurança não passava de uma utopia, uma vez que outros riscos iam surgindo por mais que as instituições e as regulações pudessem funcionar perfeitamente instaurando a era das incertezas, da perda da confiança e da insegurança em razão das falhas na detecção de novos riscos, pois existem vários fatores que comprometem a prevenção, a previsão e o monitoramento dos riscos.

Identifica-se uma nova tendência à administração, gestão, controle e prevenção dos novos riscos, eis que detectou-se um crise na ciência e no direito como instituições detectoras, normatizadoras e gerenciadora dos novos riscos.

Diante da sensação generalizada de insegurança diagnosticada de extrema gravidade com o surgimento dos novos riscos e ainda diante da crescente sensação de incerteza que acaba se convertendo em uma demanda social especificamente normativa por segurança e confiança e proteção, já que alcançá-las se tornou a finalidade dominante da ordenação da vida social, reclama a sociedade pela intervenção do aparato penal como meio mais grave de sanção a condutas indesejadas, acreditando-se ser uma solução. Assim como as decisões de riscos têm cunho político, a criminalização do risco representa e lidera os recentes movimentos de política criminal, sobre os quais falaremos a seguir.

2. Criminalização dos riscos: um embate entre o direito penal liberal e o moderno direito penal

O paradigma penal das sociedades democráticas modernas, do fim do século XX tem suas raízes longínquas no pensamento filosófico ocidental moderno do século XVII e se exprimem por excelência no pensamento cartesiano,

na doutrina liberal do individualismo, teve na revolução Francesa sua máxima realização política e social e ainda sua conotação antropocêntrica e humanista que se impôs no último século a favor dos direitos humanos e se consolidou em todos os tempos, lugares e condições.

O Direito Penal surgiu quando a sociedade se organizou de uma determinada maneira, ou seja, surgiu para cumprir funções concretas dentro e para uma sociedade. O direito penal foi definido como o conjunto de normas jurídicas que prevêem os crimes e lhe comina as penas, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas.

Num primeiro momento, o direito penal foi definindo suas funções e suas finalidades passando a ter missão de garantir as condições de vida da sociedade, combater o crime e preservar os interesses do indivíduo no corpo social.

Num segundo momento, o direito penal assumiu a função de controle social com a função de manter a hegemonia, manter o consenso e ainda buscar a submissão daqueles indivíduos que não se integram à ideologia dominante da sociedade.

Num terceiro estágio, o direito penal assume, além das funções anteriormente descritas, a de tutelar bens jurídicos (direitos) com o objetivo de garantir a segurança jurídica e assegurar a coexistência dos indivíduos dentro da sociedade.

É, assim, função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos. Todavia, nem todos os bens jurídicos devem ser protegidos pelo Direito Penal, mas somente aqueles tidos pela sociedade como os mais relevantes. A estes denominamos bens jurídicos penais.

A indicação de quais sejam estes bens jurídicos de relevância penal está a cargo do legislador, como representante que é da sociedade, a quem incumbe identificar aqueles objetos da realidade que são por ela valorados como bens jurídicos merecedores de regulamentação jurídico-penal.

Das várias conceituações ofertadas pela doutrina sobre o que venha a ser bem jurídico penal, ressaltamos aqui a criada por Polaino Navarrete, que entende

bem jurídico como bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade.[10]

Dadas as várias conceituações, o direito penal, assim como todos os outros ramos do direito, obedece a alguns princípios que são considerados básicos desde a sua concepção e que o determinam e o situam como sendo clássicos dentro do ordenamento jurídico.

Todos esses princípios que norteiam o direito penal surgiram com a reforma penal proposta por Beccaria,[11] no Iluminismo, a qual muitos denominam "humanização do direito penal", onde pretendiam atacar o direito penal do antigo regime inaugurando o direito penal moderno também denominado de direito penal liberal.

O direito penal liberal surgiu na época das mudanças onde a sociedade estava deixando o método tradicional de produção das riquezas, o feudalismo e adentrando num novo método de produção, qual seja o da produção industrial, que se seguiu com a ascensão da burguesia liberal que inaugurou o capitalismo e que o definiu como sendo o novo modelo de produção.O direito penal (e Processo Penal), assim como outros ramos do conhecimento, acompanhou essas mudanças estabelecendo uma nova ordem de atuação. Enraizado na filosofia Iluminista, o movimento de reforma proposto por Beccaria trouxe em sua base a promessa de segurança jurídica contra as arbitrariedades, a tirania, os abusos e barbaridades do direito penal absolutista.[12]

Esse direito se ergueu contra as penas infamantes, cruéis e de morte, contra o processo sigiloso, contra a desigualdade na aplicação da lei, contra todos os abusos cometidos contra os condenados. Esse direito penal se contrapôs a

10. SILVA, Rosana Ribeiro da. *Tutela penal dos interesses difusos*. Direito penal supra-individual: interesses difusos. Disponível em: http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp!id=5980. Acesso em 03.02.2006.

11. A obra *Dos delitos e das penas* (1764) foi o marco do pensamento liberal clássico do Direito Penal designando as novas teorias sobre direito penal, crime e pena.

12. SILVA, Rosana Ribeiro da. *Tutela penal dos interesses difusos*. Direito penal supra-individual: interesses difusos. Disponível em: http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp!id=5980. Acesso em 03.02.2006.

todas as formas de intimidação primando pela certeza e segurança e garantias individuais e por uma Justiça penal mais humana. Assim se firmou o direito penal moderno e seus princípios basilares.

São cinco os princípios que possibilitam a identificação de quais bens jurídicos devam ser tutelados pelo Direito Penal. O primeiro deles é o *princípio da legalidade* e de acordo com este princípio, também chamado de princípio da reserva legal, não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. O princípio da legalidade que é base estrutural do direito positivo e pedra angular do direito penal assegura a previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado e também garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta da que está disposta na lei. O segundo é o *princípio da lesividade*, segundo o qual é indispensável para a tutela penal de um bem jurídico a comprovação da lesão efetivamente sofrida por este, sem a qual não será possível a aplicação de qualquer sanção pelo Estado ao seu ofensor. O terceiro é o *princípio da intervenção mínima*, pelo qual o Direito Penal somente deverá atuar na proteção de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não possam ser eficazmente tutelados por outros ramos do direito, melhor dizendo, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, só deve intervir quando ocorrerem graves ataques aos bens jurídicos eleitos mais importantes pela sociedade. O quarto princípio é o da *fragmentaridade*, segundo o qual somente agressões e ataques socialmente intoleráveis a bens jurídicos de extrema relevância os sujeitam a tutela penal. O último princípio é o da *subsidiariedade*, pelo qual o Direito Penal é remédio extremo, somente utilizável quando a atuação de qualquer outro dos ramos do direito, como o Direito Civil ou Administrativo, se quedar insuficiente. Esse último princípio se relaciona como sendo duas características do direito penal, sobre sua natureza constitutiva e sancionadora.

É válido observar ainda que além da tutela dos bens jurídicos, além de seus princípios norteadores o direito penal assumiu uma missão (função e finalidade): a defesa da sociedade, a garantia da segurança jurídica e a confirmação

da validade das normas, utilizando-se da pena como retribuição pelo crime ou lesão a bens jurídicos e ainda como contramotivação, intimidação de todos para que não cometam novos crimes prevenção e desde o período da reforma penal até os dias de hoje, a ideologia penal dominante. Na verdade, o sistema penal, ou melhor, o direito penal acompanha os modos de produção da sociedade. Ele vai se sofisticando paralelamente aos modos de produção das riquezas.

A reforma penal do século XVIII ocorreu não em razão da insatisfação do povo daquela época em presenciar os espetáculos formados a fim de supliciar os criminosos, mas em razão da transição dos meios de produção que estava deixando de ser o feudal para o capitalismo mercantil. Desde a reforma humanista até os dias atuais, a preocupação do direito penal e do sistema penal é resguardar os bens jurídicos que se tornaram bens jurídicos penais para garantia da evolução do sistema produtivo. Então, se vivemos no pós-industrialismo ou na sociedade da alta tecnologia, nada mais óbvio que o sistema penal queira proteger os bens jurídicos geradores dessa tecnologia e nos resguardar dos danos gerados por essa mesma tecnologia..

É certo que uma nova ordem mundial se instaurou no século XX, qual seja a globalização. E com tudo isso estão vinculados problemas cruciais da política moderna. A modernidade iluminista deve enfrentar o desafio de cinco processos: a globalização, a individualização, o desemprego, o subemprego, a revolução dos gêneros e, *last but not least*, os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros. Penso que se estão consolidando um novo tipo de capitalismo e um novo estilo de vida, muito diferentes daqueles das fases anteriores do desenvolvimento social. E é por este motivo que necessitamos urgentemente de novos quadros de referência, seja no plano sociológico, seja naquele político.[13]

Juntamente com essa nova ordem, novos problemas, eis que houve uma profunda modificação nos campos do conhecimento e que agora convivemos

13. SWIF. *A sociedade global do risco:* uma discussão entre Ulrich BECK e Danilo ZOLO (Trad. port.: Selvino J. Assmann). Disponível em: http://lgxserver.uniba.it. Web italiano para a Filosofia – Copyright 1997-1998. Acesso em 03.02.2006.

com as conseqüências do avanço tecnológico, científico e ainda com as ameaças decorrentes da instabilidade sócio-econômica e as agressões ao meio-ambiente.

Todos esses fatos que são apresentados, principalmente através da mídia, criam na sociedade uma sensação de insegurança, de incertezas quanto ao futuro, de falta de confiança nas instituições. É importante ressaltar que a percepção desses fenômenos de risco aproximaram as relações entre a ciências sociais e as ciências penais, em razão das transformações dos sistemas penais de vários países e da emergência do estado preventivo ou de segurança.

Esse intercâmbio tem propiciado a abertura da política criminal para a absorção dos fenômenos ligados aos riscos pelo direito penal. O surgimento de novas situações de riscos, as incertezas, as inseguranças criadas pelos riscos tecnológicos de alto nível é que determinam essa crescente demanda social por segurança direcionada ao sistema penal, principalmente em razão da gravidade e da dimensão dos novos riscos.

Porém, apesar desse raciocínio que se faz lógico, pois é do senso comum acreditar que o sistema penal solucionará os problemas de maior gravidade, ou melhor, considerando a mudança e abrangência do termo bem jurídico penal a partir da globalização que decretou uma nova ordem mundial, algumas implicações existem diante da expectativa de eliminação, controle e prevenção de novos riscos por parte do aparato penal.

Contudo, os novos fenômenos da sociedade de risco suscitam ao direito penal moderno problemas novos e difíceis de contornar, eis que o direito penal moderno e seus princípios se preocupam somente com a criminalidade individual e com a proteção de bens jurídicos individuais.

As metas político-criminais da nova modernidade dirigem-se à utilização do aparato penal para o combate dos novos riscos e garantir a segurança da sociedade como um todo. Porém, o direito penal liberal não consegue executar tal tarefa, diante de sua sistemática de atuação, dos princípios pré-estabelecidos.

Diante das alterações que a realidade vem sofrendo na atual globalizada sociedade de risco, é de todo compreensível que o ordenamento jurídico anseie pelo aumento exponencial dos bens jurídicos a serem tutelados. Todavia, os deveres de cuidado correspondentes não comportam sujeição ao mesmo fenômeno de

multiplicação, sob pena de deixarem aquelas normas de conduta de ter relevância, passando a ser regra geral o seu desrespeito, e não o seu acatamento. Isto ocorre devido a interiorização por parte dos jurisdicionados de novas regras de conduta sempre ter dependido do fator tempo.

É a relevância atribuída pela sociedade a um bem jurídico que o torna suscetível de tutela penal. Somente os bens jurídicos entendidos como bens jurídicos penais possibilitam a sua tutela através do Direito Penal. Assim, pelo pensamento dominante é que, como bem nos explica Jorge de Figueiredo Dias, se por um lado temos a restrição da tutela penal a bens jurídicos penais, e por outro temos a subsidiariedade desta tutela, a conclusão natural a que devemos chegar é de que o Estado e seus aparelhos de controle da criminalidade devem intervir o menos possível, e na medida exata para possibilitar a manutenção do funcionamento da sociedade.[14]

Todavia, a ruptura do paradigma de proteção de bens individuais e sociais a que se destina o Direito Penal, e o entendimento tradicional de que o Direito Penal se constitui *ultima ratio legis* (princípio da intervenção mínima), não poderiam deixar, em confronto com a atual realidade globalizada, de fazer emergir novas teorias que tenham por fim possibilitar a tutela penal de interesses que transcendam ao individualismo penal tradicional.

Conforme depreende-se, passa a existir uma incompatibilidade entre o direito penal liberal clássico ou o direito penal moderno, eis que como concebido até então, não daria conta dos novos fenômenos de risco e as adaptações sugeridas pelas novas metas político-criminais vão de encontro com os princípios e garantias tradicionais. Surge então um embate a ser resolvido: a criação de uma política criminal adequada para o tratamento dos novos riscos e o respeito aos princípios e garantias penais e processuais penais do Estado Democrático de Direito. Apontaremos de forma resumida, qual seria o núcleo duro do conflito entre a teoria penal clássica e as inclinações do direito penal do risco.

14. SILVA, Rosana Ribeiro da. *Tutela penal dos interesses difusos*. Direito penal supra-individual: interesses difusos. Disponível em: http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp!id=5980. Acesso em 03.02.2006

As principais tendências ligadas à prevenção do risco por meio do direito penal são: a proteção estendida a bens jurídicos supra-individuais; a antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano; a flexibilização às regras de causalidade; as normas penais em branco e os tipos penais abertos e, por último, a responsabilização criminal da pessoa jurídica.

A proteção estendida a bens jurídicos supra-individuais. Os bens jurídicos supra-individuais transcendem ao individual. Podemos exemplificá-los como sendo o mercado financeiro, a saúde pública, o equilíbrio ambiental. Esses bens guardam um distanciamento dos bens palpáveis e afetos à esfera pessoal dos indivíduos. *A antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano.* Pressupõe o adiantamento da intervenção punitiva. Seria aplicada para os crimes de perigo abstrato, dos delitos cumulativos, dos delitos de mera transgressão e ainda de boa parte dos tipos omissivos. Está ligada também a proteção dos bens jurídicos supra-individuais e também à falta de concretude dos tipos penais. *A flexibilização às regras de causalidade.* O surgimento dos novos riscos tecnológicos remete a uma crescente dificuldade de identificação das causas e dos causadores desses riscos. Determinar as origens e imputar sujeitos certos torna-se uma tarefa bastante complicada. Procura-se então eliminar a relação de causalidade entre conduta e resultado lesivo. *As normas penais em branco e os tipos penais abertos.* Atuação do direito penal partir de uma linha global de sua atuação e não focada num ato criminoso específico. Demanda ainda a atuação de outro ramo do direito que previamente determinou a ilicitude de alguma conduta. Geralmente ocorre com o direito penal ambiental que se refere sempre às regras do Direito Administrativo, quando se trata de infrações ao meio-ambiente, em razão também da complexidade da matéria. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica.* É a operacionalidade da tutela penal perante a criminalidade de empresas, de danos causados ao meio-ambiente, aos consumidores, à saúde pública, eis que afetam a coletividade.

Para a garantia desse moderno direito penal, ou melhor, para a adaptação do direito penal à sociedade mundial do risco, profundas mudanças devem ocorrer em seu *modus operandi* a fim de que sua intervenção na sociedade seja eficaz. O que se torna complicado, nessa ânsia de se levar para o campo penal os problemas

descendentes dos novos riscos, é a expansão do moderno direito penal *versus* a manutenção da teoria penal clássica.

Como vimos anteriormente, as bases do direito penal moderno são feitas a partir de princípios e garantias contra o totalitarismo do Regime Absolutista, visando um crime e pena anterior ao fato e individualizados, a mínima intervenção do direito penal, a comprovação da lesão, o ataque direto a bens jurídicos de extrema relevância e ainda a falta de resolução dos problemas por outro ramo do direito, já que o direito penal é remédio extremo.

É justamente aqui que reside o núcleo da discordância. Com relação à proteção dos bens jurídicos supra-individuais o que se vê é a ampliação desse conceito e do objeto da tutela penal que refletirá na produção legislativa desordenada indo de encontro com os princípios da intervenção mínima, lesividade, subsidiariedade e fragmentaridade, eis que o conceito de bens jurídicos supra-individuais é abstrato e está afastado da órbita do indivíduo.

No que diz respeito à antecipação da tutela penal podemos identificar alguns focos de conflito, sendo o primeiro a amplitude dos tipos penais e a falta de relação desses com resultados concretos, melhor dizendo, a falta de base para delimitação do objeto da proteção. O segundo seria a desnecessidade da lesão ou da ameaça concreta ao bem jurídico. O terceiro seria a impossibilidade de se estabelecer uma pena para esse resultado lesivo diante da falta de referência a um dano efetivo e a um perigo real. Nesse passo, diante dessa abstração e da amplitude desses tipos podemos detectar um choque entre o princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima e da subsidiariedade.

Em relação à flexibilização das regras de causalidade, torna-se ainda mais perigoso, pois o direito penal liberal exige um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo para sua intervenção, o abandono da certeza entre ação e resultado.

Em se tratando de normas penais em branco e tipos abertos, o conflito reside em lesão direta ao princípio da legalidade e da taxatividade, em razão de que o tipo penal faria sempre remissões a outros ramos do direito, por exemplo o Direito Administrativo, em razão da complexidade da matéria. Por um lado é de se admitir tendo

em vista a impotência do direito na detecção dos fatores de risco, porém o princípio da reserva legal tem como premissa a objetividade, restritividade e a especificidade da norma, determinando com clareza e precisão os tipos penais.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas fere às claras os princípios da individualização, da pessoalidade da sanção penal, pois o direito penal foi feito para os indivíduos, para a pessoa, para o homem como ser dotado de livre-arbítrio e vontades próprias e a pessoa jurídica age por intermédio de seus representantes.

Por fim, o que se vê é por um lado os que defendem a abertura do direito penal, da globalização do direito penal face às mudanças nos contextos de elevada complexidade social, de outro lado uma resistência contra a flexibilização dos instrumentos da dogmática penal devendo as questões relativas aos riscos serem resolvidas por outras instâncias do direito, eis que ferem os princípios basilares do direito penal moderno.

3. Considerações finais

Partindo-se da análise da obra de Ulrich Beck, em seu manifesto cosmopolita, nos deparamos com processos de transformações que vem ocorrendo na sociedade contemporânea onde o autor faz uma divisão dentro da modernidade: a separação entre modernidade simples e modernidade reflexiva. Segundo o autor, os estudos sobre percepção dos riscos têm crescido para apoiar várias análises elaboradas por diversos campos do conhecimento. Discutem-se hoje os fenômenos da chamada segunda modernidade, ou também como denominada por Ulrich Beck, de "modernidade reflexiva", onde consideramos que a partir de novos contextos reflexivos gerados pelos impactos da perspectiva do risco, novos padrões cognitivos estão se delineando para nortear tomadas de decisões, abrangendo desde as mais amplas no âmbito dos governos às mais cotidianas da vida dos indivíduos.

A reflexividade refere-se à transição autônoma, despercebida e indesejada da sociedade industrial para a sociedade dos riscos. Beck costuma afirmar que a problemática central na modernidade clássica era a distribuição da riqueza, enquanto na sociedade reflexiva a problemática passou a ser a distribuição dos riscos. Assim, enquanto a igualdade era a palavra-chave da modernidade clássica, a força

motivadora da sociedade de risco é a segurança. Segurança no contexto de riscos imensuráveis e despersonalizados.

Nesse novo paradigma social, onde os riscos ultrapassam os limites temporal e espacial, eis que se manifestam com dimensões e potencial altamente destrutivos, que se instalou os novos fatores característicos dos novos tempos quais sejam a complexidade, a globalidade, e o dinamismo social.

A percepção dos riscos pela sociedade determinou elevado nível de insegurança na sociedade. Identifica-se uma falência na administração, gestão, controle e prevenção dos novos riscos, eis que se detectou uma crise na ciência e no direito como instituições gerenciadora dos novos riscos.

Diante dessa sensação de insegurança, eis que a sociedade midiatizada como a de hoje tem acesso às informações o que faz também com que esses sentimentos se tornem públicos, a demanda pela pretensão de segurança acabou se convertendo por uma regulação penal para o controle das atividades de riscos.

O direito penal moderno, na sua acepção seria, de forma resumida, o responsável pela manutenção da convivência harmoniosa entre os cidadãos do Estado. Num segundo estágio, o direito penal busca a submissão dos indivíduos a determinadas regras. Num terceiro momento passa a tutelar bens jurídicos (direitos) dos cidadãos do Estado.

Porém, a tutela exigida passa a ser dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade assumindo o direito penal a função de garantir a segurança jurídica dos cidadãos.

O direito penal, além dessas mudanças significativas em seu conteúdo, acompanhou as mudanças no campo dos modos de produção das riquezas da sociedade. Na verdade, suas mudanças têm correlação direta com os modos de produção das riquezas, do feudalismo para o capitalismo industrial, do capitalismo industrial para o capitalismo globalizado.

Nessa nova ordem mundial que se instalou com a globalização, surge um outro paradigma social, o paradigma dos riscos que demandam algumas providências por parte do Estado para garantir a segurança dos seus entes. É justamente aqui, com base no senso comum de que o direito penal é o solucio-

nador de todos os problemas que tem a lesão de bens jurídicos como resultado, que está o cerne deste trabalho.

Em linhas gerais tentou-se explicar como a socialização do risco demanda a solução, prevenção, controle, gestão e administração desses riscos pelo aparato penal. Isso se dá devido à confiança que se tem no sistema penal e ainda diante do descrédito de outras instituições do próprio direito.

Mas também tentou-se demonstrar que os princípios básicos do direito penal moderno vão de encontro com as soluções apresentadas pelo moderno direito penal na tentativa de se gerir os problemas causados pelos novos riscos, instalando uma série de conflitos que a política criminal contemporânea está tentando solucionar.

O primeiro deles é porque os princípios básicos do direito penal determinam o indivíduo, o homem livre, como destinatário da norma penal, determinam a mínima intervenção do direito penal, tendo este que agir somente quando outra instância não puder fazê-lo, determina que a lesão deve ser direta, ainda que se possa identificar o causador dessa lesão e que a ação tenha nexo com o resultado. Reza ainda o direito penal liberal que os tipos devem ser determinados, específicos e objetivos não dependendo de outro ramo do direito para complementá-lo.

Ao contrário, o moderno direito penal ou direito penal dos riscos, determina uma amplitude e abertura dos novos tipos penais, um adiantamento da tutela penal, uma flexibilização no conceito de bens jurídicos a despersonalização da responsabilidade e ainda a desnecessidade da prova de causalidade, da prova do nexo entre ação e resultado.

O segundo é de cunho crítico e diz respeito a incapacidade do direito penal em regular as novas ameaças tecnológicas, eis que suas funções seriam meramente simbólicas devido a ânsia de rápidas soluções como resposta às demanda da sociedade. Seria a mudança da imagem da realidade, mas não a mudança da realidade para acalmar o meio social.

O terceiro conflito, esse com propriedade de causa, eis que fundados nas críticas da criminologia moderna diz respeito à falência do sistema penal e à sua deslegitimação diante do fracasso das ideologias do tratamento ressocializador e da

defesa social (prevenção) e da ineficácia do controle penal na resolução dos problemas individuais e sociais. A ineficiência dessa pretensão já está anunciada devido à impropriedade dos meios e da falta de novos mecanismos de persecução penal para a solução dos problemas transindividuais da sociedade dos riscos. É certo que não podemos fechar os olhos e ignorar os novos fenômenos dos riscos, mas não seria o sistema penal indicado para a resolução desses novos problemas advindos da sociedade do risco, mesmo se se empreender mudanças significativas no direito penal.

Essa é uma das questões que devem ser resolvidas dentro do campo da política criminal a fim de que o direito penal dos riscos se torne um direito penal funcionalizado às exigências de uma tutela efetiva dos mega-riscos a fim de manter as liberdades e garantias previstas pelo Estado Democrático de Direito, eis que nele se consolidaram.

Mas, enquanto essas questões político-criminais não se resolvem, o ideal é que os fenômenos dos riscos sejam tratados, gerenciados e controlados pelo poder público e por outros ramos do direito, tais como o Direito Administrativo de caráter sancionatório e o Direito Civil indenizatório, em parceria com a sociedade civil organizada.

4. Referências bibliográficas

BATISTA Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECK, Ulrick; GIDDDENS, Antony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal da sociedade contemporânea. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo:* para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2001.

GARCIA, Rogério maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, ano 5. Porto Alegre: ITEC/Notadez, jan.-mar. 2005.

HEMITTE, M.-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de Ulrich beck. In: VARELA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Rede Latino-Americana-Européia sobre governo dos riscos, Brasília, 2005.

HERZOG. Felix. Limites al control penal de los riesgos sociales. (Una pespectiva crítica ante el derecho penal em peligro. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, n. 46. Madri: Ministério da Justiça, jan.-abr. 1993.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NAVARRO, Marli B. M. de A. & Cardoso, Telma A. de O. (2005). *Percepção de risco e cognição*: reflexão sobre a sociedade de risco. Ciências & Cognição, ano 2, v. 6, nov. 2005. Disponível em: http://www.cienciasecognicao.org/. Acesso em 03.02.2006.

PAULUS, Nelson. *Del concepto de riesgo*: conceptualizacion del riesgo em Luhmann y Beck. Texto disponível na Internet. Disponível em: http://www.revistamad.uchile.cl/10/paper07.pdf. Acesso em 25.08.2005.

SILVA, Rosana Ribeiro da. *Tutela penal dos interesses difusos*. Direito penal supra-individual: interesses difusos. Disponível em: http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp!id=5980. Acesso em 03.02.2006.

SWIF. *A sociedade global do risco*: Uma discussão entre Ulrich BECK e Danilo ZOLO (Trad. port.: Selvino J. Assmann). Disponível em: http://lgxserver.uniba.it. Web italiano para a Filosofia – Copyright 1997-1998. Acesso em 03.02.2006.

Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa

Nuria Pastor
Doctora en Derecho. Profesora Lectora de Derecho penal en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Becaria de la Fundacion Alexander von Humboldt en la Universidad de Bonn (Alemania)

Resumo: Este trabajo se ocupa del problema de la delimitación entre los engaños constitutivos de delito de estafa y aquellos comportamientos que pueden calificarse de "habilidad negocial" y que han de considerarse penalmente permitidos. En este trabajo se concibe el patrimonio como fuente de libertad y la información como presupuesto de la realización de esta libertad. En la actual configuración del mercado, resulta imposible que el titular racional de un patrimonio tenga acceso personalmente a todas las informaciones que son necesarias para tomar sus decisiones económicas y, por ello, en nuestro mercado es necesaria cierta confianza en las personas que intervienen en él. En este contexto, el tipo de estafa desempeña el papel crucial de garantizar en las relaciones económicas aquella veracidad que es necesaria para conservar la estructura normativa del mercado. Sobre esta base normativa, en estas líneas se propone un sistema de deberes de veracidad que debería servir para definir los límites de la estafa punible y se dedica especial atención a los casos en los que el engaño se dirige contra una víctima estructuralmente débil.

Palabras-clave: Estafa – Engaño – Patrimonio – Libertad económica – Información – Mercado – Víctima débil.

Abstract: This paper deals with the issue of definition between deceit constituting fraud and those behaviors that could be deemed as "negotiation abilities", which are to be considered legally irrelevant for the Criminal Law. In this paper we consider patrimony as a source of freedom and information as the basis to obtain such freedom. In the current market configuration, it is impossible for the rational owner of patrimony to have full personal access to all the information needed to make his economic decisions, therefore, in our market it is necessary to have a certain degree of trust in people who participate in it. In this context, the crime of fraud plays a crucial role in guaranteeing truthfulness in economic relations necessary to preserve the structure of market conventions. Based on these conventions, we propose here a system of veracity duties, which should help define the limits of punishable fraud and special attention is given to the cases in which fraud is targeted against a structurally weak victim.

Keywords: Fraud – Deceit – Patrimony – Economic freedom – Information – Market – Weak victim.

Área do direito: Penal

En[1] 1978 Hans Heiner Kühne titulaba con gran acierto *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug*[2] la breve monografía en que analizaba la cuestión de cuáles son los límites entre las maniobras de los operadores del mercado que deben ser calificadas de "habilidad negocial" y las que deben considerarse comportamientos

1. Abreviaturas empleadas: §, §§: parágrafo/s; *ACR*: Archiv des Criminalrechts; *ADPCP*: Anuario de Derecho penal y ciencias penales; *CPC*: Cuadernos de Política Criminal; *FS*: Festschrift (Libro-homenaje); *GA*: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; *Jura*: Juristische Ausbildung; *JZ*: Juristenzeitung; *LK-StGB*: Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar); *MDR*: Monatsschrift für Deutsches Recht; *NF*: Neue Folge (nueva serie); *NJW*: Neue Juristische Wochenschrift; *NK-StGB*: Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch; núm. marg.: número marginal; p.: página/s; *PE*: Parte especial; s. /ss.: siguiente/s; *StGB*: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); *STS*: Sentencia del Tribunal Supremo; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

2. Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 7 ss.

típicamente relevantes desde la perspectiva del tipo de estafa.[3] En el análisis de este problema aparece con gran fuerza una primera intuición, a saber, la de que no toda inveracidad[4] capaz de conducir a otro a decisiones económicamente desventajosas determina la existencia de estafa,[5] es decir, que no toda inveracidad es razón suficiente para hacer responsable al "autor" por el acto de disposición perjudicial de la víctima. En efecto, la causación de la desorientación de otro, suponiendo que la causalidad entre una inveracidad y la decisión de disposición patrimonial pueda establecerse con relativa certeza,[6] no significa todavía nada en el plano normativo.[7] Ciertamente, tanto la conducta del sujeto que se presenta en una entidad bancaria a retirar fondos de una cuenta ajena con una falsificación del DNI del verdadero titular, como la afirmación del comerciante de que sus precios son los más bajos o la del vendedor de mercadillo que asegura de una baratija de plástico que se trata de una joya de gran valor son comportamientos que pueden "causar" desorientación (error) en la víctima y conducirla a un acto de disposición perjudicial. Sin embargo, la valoración normativa de estas tres situaciones no es la misma y ello lo demuestra el hecho de que así como en el primer caso la doctrina afirmaría la existencia de un engaño típico, la negaría en el segundo y en el tercero, por tratarse de una mera mentira de recomendación y de un engaño burdo respectivamente. Esto pone de relieve que la mera causación de un acto de disposición perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues, aun cuando la causalidad puede tener

3. Tischler, *Jura*, 1988, p. 123.

4. Bien se trate de la transmisión de información falsa, bien de la omisión de información. En este trabajo se rechaza un concepto «subjetivo» de inveracidad, como discrepancia entre los conocimientos del autor (su representación) y lo que el autor manifiesta y se parte de un concepto «objetivo» de inveracidad, como discrepancia entre la realidad y la manifestación sobre la realidad que realiza el autor.

5. Silva Sánchez, *Las inveracidades*, p. 77, p. 81, p. 85.

6. Y es que, además, la causalidad psíquica propia de la estafa es de muy difícil constatación, pues es muy difícil probar qué factores han sido decisivos en un concreto proceso de decisión (Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 21 s.).

7. Jakobs, *Urkundenfälschung*, p. 12: empeorar el estado de información de otro no es lo mismo que causar un estado de información peor.

importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento. En lo que se refiere a esta última, existe un ámbito de inveracidades permitidas y otro de inveracidades típicas cuyos límites deben trazarse con base en criterios normativos.[8]

La necesidad de ofrecer criterios normativos para establecer cuándo una inveracidad cae dentro del ámbito de lo típicamente relevante se pone especialmente de manifiesto en el ámbito de la *estafa por omisión*.[9] A este respecto debe aclararse que no todos los casos de estafa mediante silencio constituyen supuestos de estafa por omisión, pues cuando mediante el silencio el autor "comunique" al disponente una determinada información, porque el silencio adquiera en el contexto un significado concreto, estaremos ante una estafa mediante actos concluyentes. Así, " ... la corriente doctrinal que considera la omisión como forma de comportamiento mezcla [...] dos supuestos que, sin embargo, son diferentes. En primer lugar se hallan los casos paralelos al de la estafa producida en virtud de un engaño mediante silencio". El silencio, ciertamente, posee, en determinadas circunstancias, un indudable contenido de significado; de ahí que pueda verse en él un engaño capaz de generar el error de otra persona. [...] En segundo lugar [...] se hallan los supuestos, significativamente distintos de los anteriores, en que un sujeto no saca a otro del error en que se encuentra –y que va a producir un perjuicio patrimonial–, cuando puede hacerlo, resultando, además, que ocupa una determinada posición de responsabilidad cualificada en relación con el bien jurídico en peligro. A propósito de estos casos, sin duda cabe hablar de "omisiones".[10] Pues bien, en los casos de «omisiones», en los que el error ya existe o se produce con independencia del comportamiento del autor y este último no lo elimina, el

8. Kindhäuser, *ZStW*, 103 (1991), p. 402, p. 411 ss.; el mismo, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 63; Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 8; Pawlik, *Betrug*, p. 73 ss.; Pérez del Valle, *CPC*, 59 (1996), p. 387; Silva Sánchez, *Las inveracidades*, p. 105 s.; Schmoller, *JZ*, 1991, p. 127.

9. Maaβ, *Betrug*, p. 3 ss. Aun cuando lo cierto es que la necesidad de criterios normativos es idéntica en los casos de estafa mediante comportamiento activo (sobre la reducción de la diferencia entre acción y omisión a una cuestión técnica, cfr. Jakobs, *Tun und Unterlassen*, p. 24 ss.).

10. Silva Sánchez, *El delito de omisión*, p. 358 s.

autor no puede ser considerado responsable del acto de disposición perjudicial por el mero hecho de que el disponente sufra un déficit de información; más bien, es necesario encontrar razones normativas que permitan afirmar que el acto de disposición de la víctima pertenece materialmente al autor.

La necesidad de encontrar razones normativas para hacer al autor responsable del acto de disposición llevado a cabo formalmente por la víctima se ha expresado en la doctrina con formulaciones más o menos afortunadas. En primer lugar, algunos autores se han esforzado por introducir criterios normativos en el juicio de causalidad en la estafa, sobre todo, consideraciones provenientes de la teoría de la adecuación.[11] En segundo lugar, la victimodogmática,[12] aunque con base en unos fundamentos discutibles,[13] ha puesto expresamente de relieve la existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa. En tercer lugar, en el marco de la teoría de la imputación objetiva se han desarrollado construcciones de interés.[14] En concreto, se debe poner especialmente de relieve que algunas de ellas resaltan la idea clave de que un análisis correcto del comportamiento típico del delito de estafa debe partir de la premisa de que la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial, salvo que se encuentre un fundamento para

11. Bockelmann, *ZStW*, 69 (1957), p. 272; Herzberg, *MDR*, 1972, p. 96; Hirsch, *ZStW*, 74 (1962), p. 130; y, sobre todo, Naucke, *Peters-FS*, p. 109 ss.

12. Giehring, *GA*, 1973, p. 18 ss.; Amelung, *GA*, 1977, p. 1 ss.; Hassemer, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 99 ss.; Ellmer, *Betrug*, p. 271 ss. (cfr. el análisis de Gómez Benítez, *ADPCP*, 1985, p. 339 s.). A mi entender, las propuestas de los tres primeros de introducir la idea de responsabilidad de la víctima a través del tratamiento de la duda no son satisfactorias y, en cambio, tiene mayor capacidad de rendimiento el intento de Ellmer de tener en cuenta las incumbencias de cuidado (*Obliegenheiten zur Aufmerksamkeit*) de la víctima en la definición del engaño típico.

13. Las consideraciones realizadas por la victimodogmática en lo que se refiere a los límites de la tipicidad en el delito de estafa conducen en ocasiones a soluciones satisfactorias, pero su fundamentación es poco convincente. Así, la introducción del principio de subsidiariedad (necesidad de protección) en la interpretación de la estafa propuesta por Amelung, *GA*, 1977, p. 9 ss. (y lo mismo podría aplicarse a la construcción de R. Hassemer, *Schutbedurftigkeit*, que es prácticamente un desarrollo de la posición de Amelung) ha sido criticada por suponer la utilización en la interpretación de un principio que tiene como fin inspirar la labor del legislador (en este sentido, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 244).

14. Gómez Benítez, *ADPCP*, 1985, p. 336 ss.; Kurth, *Betrug*, p. 175 ss.

desplazar la responsabilidad al autor. En el desarrollo de esta idea de la autorresponsabilidad, destacan, por una parte, algunas propuestas de tipo estructural que definen la estafa como un delito de autolesión[15] o bien como autoría mediata tipificada[16] y, por otra, otras que se esfuerzan en buscar criterios materiales para dotar de contenido a la idea de autorresponsabilidad.[17] Pero, sobre todo, deben destacarse planteamientos recientes claramente normativos que proponen una concepción del comportamiento típico de la estafa como infracción de un deber de veracidad. Estos últimos entroncan con el pensamiento de que, en principio, la víctima es responsable de su acto de disposición y entienden que la razón normativa del desplazamiento de la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima al autor es la infracción de los deberes de veracidad por este último. En este punto, debe hacerse referencia, por una parte, a la aportación de Kindhäuser, quien reintroduce en la dogmática de la estafa la categoría del *derecho a la verdad*, no entendido como «objeto de protección»,[18] sino como modo de denominar la expectativa normativa de la víctima de la estafa frente al autor sobre quien pesa un deber de veracidad.[19] Por otra parte, es de especial importancia la reciente

15. Frisch, *Bockelmann-FS*, p. 657 ss.

16. Kindhäuser, *Bemmann-FS*, p. 339 ss.

17. Así, Schmoller, *JZ*, 1991, p. 117 ss., p. 127. Este autor entiende que el engaño sobre determinadas informaciones no es típicamente relevante y, por tanto, no fundamenta la traslación al autor de la responsabilidad por el acto de disposición perjudicial. En concreto, esto es así en el caso de las inveracidades sobre la oferta y la demanda, la información falsa sobre las conductas de otros operadores en el mercado (*Mitläufereffekt*) y las afirmaciones inveraces de las partes en un proceso contradictorio. En estos casos, aun cuando el engaño «cause» una disminución patrimonial no podemos hablar de perjuicio sino de ejercicio de la libertad de la víctima. También Hilgendorf, *Tatsachenaussagen*, p. 185 ss., establece un ámbito de responsabilidad de la víctima a través de la definición del concepto de hecho; para este autor, cuando el engaño no recae sobre "hechos", la víctima es responsable de su decisión de disposición. Algo semejante hace Graul, *Bradner-FS*, p. 816 ss., cuando afirma que la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima solamente se desplaza al autor si este último es inveraz sobre la consecución del "fin objetivo de la disposición".

18. Concepción sí presente en algunos autores del siglo XIX como Cucumus, *Betrug*, 1 ss., (quien, sin embargo, posteriormente cambió de opinión: cfr. *ACR*, NF, 1835, p. 563 s.); Feuerbach, *Lehrbuch*, § 410 ss.; Grolman, *Grundsätze*, §§ 288, 290; Henke, *Handbuch, III*, § 151, p. 1 ss.

19. Kindhäuser, *ZStW*, 103 (1991), p. 399 ss.

construcción de Pawlik, quien desarrolla un interesante sistema de posiciones de garante (en virtud de organización o con origen institucional) que utiliza para explicar los límites del comportamiento no permitido en la estafa.[20]

En las líneas que siguen se pone de relieve, *en primer lugar,* la importancia que tiene el patrimonio como fuente de libertad y el papel que la información desempeña para que tal libertad sea efectiva (I). *En segundo lugar*, se analiza por qué la configuración actual del mercado determina la imposibilidad de que el titular del patrimonio acceda personalmente a todas las informaciones que necesita para tomar una decisión de disposición y su necesidad de confiar en informaciones elaboradas por otros operadores económicos. A continuación, se analiza la cuestión del fundamento normativo de los deberes de veracidad, pues la mera constatación de que el titular del patrimonio necesita que otros le proporcionen información o de que existen desniveles fácticos de conocimientos entre unos y otros operadores en el mercado no es fundamento suficiente para hacer a unos responsables por los déficits de otros (II). *En tercer lugar,* se pretende indagar en el principio que rige el reparto de incumbencias de averiguación de la información en el mercado y se esbozan las líneas de lo que podría ser un sistema de deberes de veracidad para el delito de estafa (III). *En cuarto y último lugar*, se dedican unas líneas a analizar cómo deben tratarse, en el contexto de este sistema de deberes de veracidad, los supuestos de estafa de víctima estructuralmente débil (IV).

I

La protección del patrimonio es el reconocimiento jurídico de un ámbito de libertad de la persona.[21] Existen determinados presupuestos necesarios para que el patrimonio sea una verdadera fuente de poder para su titular y no una mera posición formal. Entre ellos, se encuentra su protección frente a sustracciones, actos

20. Pawlik, *Betrug,* p. 127 ss.
21. Kindhäuser, *ZStW,* 103 (1991), p. 407; Otto, *Struktur,* p. 80 s.

de violencia y, también, frente a determinados engaños. El tipo de estafa se centra, precisamente, en este último aspecto, esto es, en garantizar al titular del patrimonio cierto grado de información veraz para que su acto de disposición sea un proceso de decisión libre.[22] En efecto, la información es orientación para la toma de decisiones sobre el patrimonio,[23] así que sin orientación la titularidad del patrimonio se convierte en algo puramente formal que ya no es fuente de poder para la interacción económica, al igual que ocurre cuando el sujeto que está en posesión de un valioso aparato carece del manual de instrucciones. Obviamente, ello presupone que, desde la perspectiva del tipo de estafa, el patrimonio no se contempla como una realidad estática, como una suma de bienes, sino como una realidad dinámica, como poder jurídicamente reconocido en la interacción económica para la persecución de los propios fines.[24] Con ello solamente se afirma que el tipo de estafa tiene la función de garantizar un determinado grado de orientación a quien realiza el acto de disposición, sin responder todavía a la cuestión de qué grado de veracidad debe garantizar el tipo de estafa y de cuál es el fundamento que legitima a imponer a un determinado sujeto un deber de veracidad frente al titular del patrimonio.

En el análisis de la información como presupuesto para que el patrimonio mantenga su condición de poder para la interacción económica puede darse un paso más, a saber, determinar qué informaciones son relevantes para la realización de un acto de disposición –sin tomar todavía posición respecto al problema de a quién incumbe la averiguación de esa información–. Para ello es necesario definir

22. En este sentido, ya Pérez del Valle, *CPC*, 59 (1996), p. 377, pone de relieve, a propósito del tratamiento de los casos de estafa por omisión, que "la posición de garante de la que se trata en el engaño omisivo de la estafa no es la de evitación de un resultado típico (perjuicio patrimonial), sino una más concreta de la que ha de derivar el deber de impedir representaciones equivocadas a la víctima que constituyen un paso intermedio en el desarrollo de la tipicidad de la estafa". Este pensamiento se encuentra también en Kindhäuser, *ZStW*, 103 (1991), p. 399 ss., y Pawlik, *Betrug*, p. 83.

23. Sobre la orientación como condición de la libertad, Jakobs, *Urkundenfälschung*, p. 11 ss.; Kindhäuser, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 83.

24. En este sentido, las concepciones personales del patrimonio han desarrollado la idea de que el vínculo entre titular y bienes no debe entenderse de un modo formal sino funcional. Cfr., por ejemplo, Otto, *Struktur*, p. 81; Pawlik, *Betrug*, p. 263; Weidemann, *Kompensationsproblem*, p. 213.

cómo funciona el proceso de decisión del titular del patrimonio (o de la persona que actúa autorizadamente en su lugar). Ciertamente, según cómo se defina el proceso de decisión de la víctima de la estafa, las informaciones relevantes para el acto de disposición serán unas u otras. En este punto, una opción posible es partir del sujeto concreto que realiza el acto de disposición en cada caso. Sin embargo, esta solución haría muy difícil ofrecer una definición concreta de los límites de la información relevante, pues las informaciones importantes para el proceso de decisión del sujeto meticuloso resultarían irrelevantes para el perezoso y las informaciones que el supersticioso consideraría esenciales le parecerían superfluas a quien no lo es. Por ello, es necesario fijar un *modelo de decisión de la víctima de la estafa* que permita determinar *ex ante* qué informaciones son relevantes en una toma de decisión de disposición, con independencia de las peculiaridades psicológicas de la víctima concreta. A mi entender, el modelo de decisión que debe considerarse el propio de la víctima de la estafa es el que esté generalmente vigente en el mercado. Ahora bien, esta afirmación debe justificarse, en la medida en que la elección del modelo de decisión generalmente vigente en el mercado trae consigo su imposición a todos los operadores económicos, también a los que *de facto* toman sus decisiones económicas con base en modelos de decisión distintos. La razón de la elección del modelo generalmente vigente en el mercado es que el delito de estafa protege el patrimonio como poder jurídicamente reconocido de interacción precisamente en el mercado. El precio de mantener el propio poder de interacción es la adaptación al modelo de decisión vigente en ese mercado, así que quien opte por tomar sus decisiones de disposición con base en un modelo alternativo lo hace por su cuenta y riesgo.

El modelo de decisión vigente en el mercado es, *en primer lugar*, racional, lo cual significa que el sujeto debe basar su decisión en informaciones que hagan referencia al objeto de la relación económica y no en datos inconexos.[25] Esto implica que otros modelos de decisión, como es el del sujeto supersticioso, no se deben tomar en

25. Este pensamiento parece estar presente en Kindhäuser, *Bemmann-FS*, p. 357; el mismo, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 89.

consideración. *En segundo lugar*, hay que preguntarse si el modelo de decisión vigente en el mercado da cabida a factores emocionales. A mi entender, las informaciones sobre aspectos emocionales solamente son relevantes para el modelo de decisión si constituyen, en todo o en parte, objeto de la relación económica. En la venta de una guitarra que perteneció a un famoso intérprete, el valor afectivo vinculado a la guitarra es también objeto de la relación económica. En ese sentido, puede decirse que existe un mercado de objetos de valor afectivo.[26] En cambio, cuando los factores emocionales no forman parte claramente del objeto de la relación y, simplemente, están presentes en el entorno de la decisión económica, la información sobre los mismos debe considerarse irrelevante para este modelo de decisión. *En tercer lugar*, los juicios de valor en sentido estricto no constituyen informaciones relevantes para el modelo de decisión vigente en el mercado porque son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos, así que carece de sentido plantearse la posibilidad de una inveracidad sobre los mismos.[27]

II

El análisis de los límites de la inveracidad permitida desde la perspectiva del tipo de estafa debe partir de la constatación del hecho de que los sujetos que interaccionan en el mercado no disponen de toda la información necesaria para tomar sus decisiones económicas. Quien adquiere un producto difícilmente conoce

26. En este punto queda especialmente claro que el titular del patrimonio, en sus actos de disposición, puede introducir toda clase de fines personales en una relación económica, aun cuando se trate de fines que el mercado calificaría de absurdos, siempre y cuando, en primer lugar, tal «personalización» se produzca dentro del ámbito de lo permitido por el Derecho –no es posible «personalizar» introduciendo fines ilícitos según el Derecho– y, en segundo lugar, los fines personales se expresen intersubjetivamente como vinculantes para las partes de la relación económica.

27. Cuestión distinta es que haya afirmaciones que se presenten como juicios de valor y que, sin embargo, tengan además de la dimensión subjetiva que les es propia, una dimensión objetiva o informativa. En tal caso, no estamos ante juicios de valor en sentido estricto, sino ante juicios de valor que, al tiempo, son afirmaciones de hecho en lo que se refiere a su parte informativa (cfr., sobre esta cuestión, Hilgendorf, *Tatsachenaussagen*, p. 172 ss., p. 183). Obviamente, para averiguar si un juicio de valor tiene o no una dimensión objetiva, la afirmación ha de interpretarse en el contexto, teniendo también en cuenta quién es el sujeto que la realiza.

todas sus características y lo mismo puede decirse de quien invierte en un negocio o de quien paga un precio para obtener a cambio una prestación. "Se sabe" mucho sobre los productos, el funcionamiento del mercado, etc., pero no "todos saben todo",[28] porque la información está repartida entre los diversos operadores económicos y, además, de un modo desigual. Ello es así porque la estructura compleja del mercado actual se caracteriza por la especialización de la actividad económica, lo cual trae consigo también la especialización y el reparto de la información.[29] Ciertamente, en un mercado pequeño y sencillo, podría darse la circunstancia de que los sujetos accedieran por sí mismos a todas las informaciones que tienen que ver con sus decisiones económicas. Sin embargo, si en un mercado complejo como el nuestro se esperara de quien se dispone a realizar un acto de disposición un esfuerzo que llegue hasta el punto de adquirir y comprobar toda la información necesaria para tomar libremente una decisión de disposición, la interacción económica se haría tan costosa que los sujetos preferirían renunciar a ella.[30] En un mercado con la complejidad del nuestro, caracterizado por la especialización y la agilidad de los contactos económicos, a los sujetos solamente se les puede exigir un esfuerzo razonable y proporcionado a la clase de relación económica y a la agilidad propia de la relación en cuestión.[31] Lo cierto es que es propio de la estructura actual del mercado que ese esfuerzo razonable y proporcionado no le baste al titular del patrimonio para acceder a todas las informaciones que necesita, así que si pretende continuar con la relación económica, se ve en la necesidad de confiar en otros sujetos que sí tienen acceso a esa información.[32]

Ciertamente, la constatación de que los operadores económicos presentan déficits de conocimientos, esto es, de que no están en posesión de toda la infor-

28. Pawlik, *Betrug*, p. 68.

29. Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 12.

30. Jakobs, *Urkundenfälschung*, p. 12; Pawlik, *Betrug*, p. 71; Tischler, *Jura*, 1988, p. 123.

31. Hassemer, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 143 ss.

32. Amelung, *GA*, 1977, p. 7; Hassemer, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 32; Kindhäuser, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 118.

mación que necesitan para tomar libremente sus decisiones económicas es un elemento importante para entender que, en el mercado actual, los desniveles de conocimientos existentes entre los distintos operadores económicos establecen las condiciones para que unos puedan manipular las decisiones de otros.[33] Sin embargo, la constatación de las carencias de información y de la consiguiente necesidad de información de unos no es en sí un fundamento para imponer a otros unos deberes de veracidad cuya infracción les constituya en responsables de las decisiones económicas de quienes carecen de información suficiente.[34] En efecto, no debe olvidarse que la posesión de información es poder en la interacción económica, con otras palabras, que es, en definitiva, un producto valioso para cuya adquisición el sujeto que la posee ha realizado quizá un gran esfuerzo. En principio, quien está en poder de la información puede emplearla para su propio provecho,[35] como medio para gestionar sus propios intereses, y solamente se puede esperar (normativamente) de él que haga entrega a otros de la información de la que dispone si existe un deber jurídico-penal de informar.

Por tanto, por una parte, quien realiza el acto de disposición tiene la necesidad de confiar en informaciones proporcionadas por otros, pues le resulta imposible acceder personalmente a todos los datos que necesita para tomar su decisión de disposición. Sin embargo, por otra parte, la mera constatación de esta necesidad no basta para fundamentar la existencia de un deber de veracidad de los demás operadores económicos frente a ese sujeto. ¿Cuál puede entonces ser la razón normativa para imponer a alguien deberes de veracidad en la in-

33. Baurmann, *Zweckrationalität*, p. 117.

34. Bockelmann, *Schmidt-FS*, p. 445 s.; Jakobs, *Estudios*, p. 225; el mismo, *GA*, 1997, p. 564 s.; Kindhäuser, *ZStW*, 103 (1991), p. 402; el mismo, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 118 s.; Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 13; Seelmann, *NJW*, 1980, p. 2.548.

35. Como, con razón, ponía de relieve Hälschner, *Das preußische Strafrecht*, p. 369: "Jeder Contrahent muß aber wissen, daß der andere ebenso seinen Vorteil sucht, daß dessen Meinung und Urtheil ebenso vom individuellen Interesse gefärbt ist wie sein eigenes, und daß er in Verurtheilung der Frage, was unter den gegebenen Umständen seinem Interesse zu dienen vermag, von der andern Seite keine Förderung und Unterstützung, sondern eher eine Gegenwirkung zu erwarten hat". Cfr., también, Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 35; Maaß, *Betrug*, p. 27 ss.

teracción económica? Téngase en cuenta que la afirmación de la existencia de un deber de veracidad del autor frente a la víctima significa que su infracción por el autor tiene como consecuencia la atribución *material* al autor del acto de disposición llevado a cabo *formalmente* por la víctima. Con otras palabras, la infracción del deber de veracidad determina que el autor sea competente por el acto de disposición patrimonial, pues el "comportamiento de la víctima" pasa a interpretarse como el «actuar» de un instrumento, es decir, como un acontecer carente de sentido.[36] En definitiva, la afirmación de que existe un deber de veracidad supone una redistribución del riesgo de error o desorientación, pues parte del riesgo presente en la esfera de la víctima pasa a ser "asunto" del autor debido a la infracción del deber de veracidad.

Como ya se ha puesto de relieve, la razón normativa de la responsabilidad del autor no es la mera constatación de la existencia de un *desnivel de conocimientos* entre los operadores económicos que interaccionan. A mi entender, la razón normativa de la existencia de deberes de veracidad es la *conservación de la estructura normativa del mercado*. La veracidad jurídico-penalmente garantizada a través del tipo de estafa debe ser la necesaria para que esa estructura normativa del mercado se conserve y, por consiguiente, los concretos deberes de veracidad deben extraerse de esta última. Aunque en este punto la argumentación pueda parecer algo tautológica, encuentra su explicación en que el tipo de estafa tiene la función de garantizar al titular que su patrimonio constituya verdadera fuente de poder para interaccionar en ese mercado.[37] Ello implica que se ha de conservar la estructura normativa del mercado para asegurar de ese modo *la funcionalidad que el patrimonio tiene para su titular*, es decir, que continúe siendo poder para la interacción

36. La víctima no dispone «libremente», así que no puede hacérsele responsable de las consecuencias.

37. Evidentemente, existen muchos otros presupuestos para que el patrimonio conserve su funcionalidad que no son garantizados por el tipo de estafa (por ejemplo, protección del patrimonio frente a intervenciones violentas) o, incluso, que no son garantizados por el Derecho (la pérdida de poder que significa para el agricultor la granizada que destroza su campo, el incendio fortuito de los propios bienes, etc.).

en ese mercado. Y el fundamento de la existencia de deberes de veracidad explica, al tiempo, los límites de los mismos, es decir, la garantía normativa de veracidad debe llegar hasta el punto en que sea necesario para que se mantenga el mercado (en sentido normativo) con sus características actuales. Ahora bien, de lo dicho no debe deducirse que el tipo de estafa sea un medio para conservar la facticidad del mercado, porque, si se admitiera que los deberes de veracidad deben buscarse en la facticidad del mercado, se convertiría al tipo de estafa en un instrumento de protección de un patrimonio entendido en sentido puramente fáctico y ello es, a mi entender, inadmisible.[38] El referente para la fundamentación y delimitación de los deberes de veracidad del autor de la estafa es *el mercado en sentido normativo* o, con otras palabras, la estructura normativa del mercado.

III

Así pues, los deberes de veracidad deben buscarse en el mercado, entendido éste en un sentido normativo. En concreto, esto significa que, para averiguar los deberes de veracidad de un sujeto, debe acudirse a la posición ocupada por el mismo en la relación económica y no a los conocimientos que ese sujeto tenga. Por tanto, en primer lugar, para la definición de los deberes de veracidad de un sujeto no son relevantes ni los conocimientos especiales, ni los conocimientos que el sujeto posea en virtud de la posición ocupada en otra relación económica, los cuales, en realidad, deben considerarse conocimientos especiales a efectos de la relación económica objeto de examen. En segundo lugar, los deberes de veracidad pesan sobre el sujeto como «precio» de su posibilidad de interaccionar en esa relación

38. A mi entender, lo correcto es partir de un concepto jurídico de patrimonio, no en el sentido de que deba retomarse la concepción clásica de Binding –esto es, renunciar a la construcción de un concepto penal de patrimonio y remitirse simplemente a los derechos subjetivos patrimoniales del Derecho civil–, sino en el sentido de que el concepto penal de patrimonio se inserta en un mundo jurídicamente configurado y, por tanto, debe respetar las valoraciones del Derecho privado sobre las relaciones entre sujetos y bienes. Creo que la disponibilidad jurídica respecto a los bienes es un presupuesto de la protección penal del patrimonio a través del tipo de estafa.

económica. En efecto, puede decirse que quien decide intervenir en una relación económica asume los deberes de veracidad propios de esa posición. Obviamente, esto implica, en tercer lugar, que los límites de los deberes de veracidad no pueden definirse en abstracto, sino solamente en el contexto de una relación económica concreta. En la definición de los deberes de veracidad pueden diferenciarse dos niveles. *En primer lugar*, se pueden determinar los deberes de veracidad vinculados a la posición ocupada por el autor en una relación económica estándar. *En segundo lugar*, es posible que los sujetos no se limiten a ocupar posiciones económicas estándar sino que lleven a cabo comportamientos que tengan como consecuencia la redefinición de los deberes de veracidad inicialmente propios de esa relación. Estos actos de redefinición pueden ser: actos de asunción por parte del autor de mayores deberes de veracidad, actos de renuncia de la víctima al derecho a la verdad y actos de bloqueo del autor que impidan a la víctima el cumplimiento de sus incumbencias iniciales en cuanto a la adquisición de información. Ahora bien, pese a esta diferenciación de niveles, se puede llegar a la conclusión de que tanto el hecho de ocupar una posición en una relación económica estándar (primer nivel de definición) como el hecho de redefinir los deberes de veracidad a través de determinados comportamientos (segundo nivel de definición) son actos de asunción en sentido amplio.[39]

En el primer nivel de análisis, los deberes de veracidad van vinculados a la posición económica ocupada por el sujeto en una relación económica estándar. El fundamento para que esos deberes de veracidad recaigan sobre el sujeto es el hecho de que este último ocupa esa posición en la relación económica, es decir, el

39. Con independencia de que se trate de los deberes de veracidad que Kindhäuser ha denominado ***heterónomos***, esto es, deberes con origen en la ley o en una institución, fuera del contacto económico, o de los deberes de veracidad ***autónomos***, esto es, deberes que nacen en la relación económica, que dependen de la voluntad del destinatario y que son la otra cara de la confianza depositada por la víctima en el autor, puede recurrirse al fundamento de la asunción en ambos casos. Ello es así porque, en último término, también los deberes heterónomos nacen *para el sujeto* en el momento en que ocupa la posición económica a la que la ley o una institución vincula determinados deberes de veracidad (cfr. Kindhäuser, *ZStW*, 103 (1991), p. 403 s.).

hecho de que inicia la interacción con la víctima en esa posición concreta y, con ello, asume los deberes de veracidad propios de tal posición. Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? A mi entender, se trata del *criterio de accesibilidad normativa*, que paso a exponer a continuación.[40] Entre el disponente y la información que necesita para tomar su decisión de disposición pueden darse diversas clases de relaciones. En primer lugar, puede existir *inaccesibilidad normativa* de la información, lo cual significa que no es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a esa información. Así, cuando el vendedor ofrece un producto que el comprador no puede ver (la prestación hotelera ofrecida por una agencia de viajes) salvo que realice un esfuerzo desproporcionado (ir a la ciudad de destino a comprobar si el hotel tiene las características que la agencia afirma), hay inaccesibilidad de la información. También hay inaccesibilidad a la información sobre un fondo de inversión para un particular que quiere invertir en él, pues por la posición que el gestor de fondos de inversión ocupa en la relación económica, le corresponde a él tener acceso a la información, mientras que ello no le corresponde al particular. En segundo lugar, hay casos en los que entre disponente e información existe una relación de *accesibilidad formal*, es decir, es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a la información pero, al tiempo, no es propio de tal posición el gozar de los conocimientos necesarios para

40. Ya Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 63 ss., recurre a la accesibilidad de la información como criterio para diferenciar cuándo el aprovechamiento de un desnivel de conocimientos es engaño típico y cuándo solamente habilidad negocial. A su entender, hay un desnivel de desconocimientos institucional cuando un operador económico, por ejemplo el vendedor, está en posesión de informaciones de las que difícilmente puede disponer el otro, por ejemplo, el comprador. En tal caso, en vistas de la facilidad con la que el vendedor puede aprovechar su ventaja de conocimientos, debe protegerse al comprador. En cambio, cuando el comprador puede acceder fácilmente a la información, no necesita protección, lo cual significa que el desnivel de conocimientos no es institucional y, por tanto, su aprovechamiento debe considerarse habilidad negocial. Sin embargo, en el planteamiento de Kühne se echa en falta un esfuerzo de concreción de los criterios a los que hay que recurrir parar establecer que una información es accesible para un sujeto; en efecto, ¿debe entenderse la accesibilidad en sentido fáctico? ¿debe llevarse a cabo un cálculo de los costes de acceder a una información? ¿O la accesibilidad depende de otros criterios?

descifrar la información a la que se puede acceder formalmente. Estos supuestos deben tratarse como casos de inaccesibilidad normativa, puesto que en ese caso la información no es orientación. Así, puede que el comprador tenga acceso a la explicación técnica de la estructura de una compleja instalación informática pero no pertenece a la posición que ocupa en la relación económica el tener los conocimientos para estar en condiciones de descifrar esa información técnica. En tercer y último lugar, hay *accesibilidad normativa* cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla. Así, por ejemplo, en principio, la información sobre la situación económica y jurídica de la propia esfera patrimonial, sobre el funcionamiento del mercado o sobre las conductas de otros oferentes de un producto son informaciones normativamente accesibles para el disponente.[41]

Ahora bien, ¿cómo se determina qué informaciones están normativamente accesibles para el disponente? A mi entender, no es sostenible afirmar o negar la accesibilidad con base en criterios de costes económicos, pues ello supondría formular la accesibilidad en términos fácticos. Más bien se debe acudir al mercado en sentido jurídico, lo cual implica que las reglas económicas del mercado solamente pueden tener relevancia en la determinación de la accesibilidad normativa en la medida en que estén incorporadas al sistema jurídico. Evidentemente, la concreción de lo que se debe considerar normativamente accesible e inaccesible es más sencilla en los sectores en los que existe una regulación o unos usos consolidados sobre las medidas de averiguación que incumbe tomar a determinados operadores económicos. Ello ocurre, por ejemplo, en el ámbito bancario, en el que existen usos claros que obligan a las entidades de crédito a averiguar el estado registral de los inmuebles ofrecidos

41. De modo que las inveracidades del «autor» en ese ámbito son irrelevantes, salvo que pueda fundamentarse que este último ha llevado a cabo un acto de asunción de mayores deberes de veracidad frente a la víctima o un acto de bloqueo fáctico del acceso de la víctima a la información normativamente accesible.

por el cliente como garantía de un crédito o a tomar medidas dirigidas a comprobar la identidad de quien se dispone a retirar fondos de una cuenta.[42]

Otra cuestión importante es si la existencia de deberes de información civiles debe tenerse en cuenta en la concreción del criterio de la accesibilidad normativa, es decir, si del hecho de que el vendedor tenga deberes civiles de información frente al comprador se deriva la consecuencia de que este último tiene una relación de inaccesibilidad respecto a esa información y que, en cambio, el vendedor sí tiene acceso normativo a la misma, así que tiene un deber de veracidad penal frente al comprador. A mi entender, una formulación así no puede aceptarse y la relevancia de los deberes de información civiles en la concreción de los deberes de veracidad penales debe limitarse a los deberes civiles que puedan ponerse en relación con la protección del patrimonio pretendida por el tipo de estafa.[43]

En un segundo nivel, deben analizarse los comportamientos del autor o de la víctima que traen consigo la redefinición de los límites iniciales de los deberes de veracidad. *En primer lugar*, pueden existir *actos de asunción por parte*

42. En los últimos años, la jurisprudencia española ha reconocido abiertamente la existencia de estas "incumbencias" de autoprotección. Así, la STS de 22.10.2000 (ponente: Excmo. Sr. Delgado García) absuelve del delito de estafa al sujeto que entregó en una entidad bancaria quince cheques por un valor de casi 30 millones de pesetas sin que la cuenta contra la que se libraron tuviera fondos suficientes para cubrir las cuantías respectivas, con el argumento de que los usos mercantiles del ámbito bancario establecen que "cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el momento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa (sic.), se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que [...] puede obtenerse incluso por teléfono"; la STS de 29.10.1998 (ponente: Excmo. Sr. Jiménez Villarejo) y la STS de 12 de diciembre de 2000 (ponente: Excmo. Sr. Martín Pallín) absuelven de estafa, la primera, a quien se presentó para retirar fondos sin acreditar su identidad y no fue requerido a ello por la empleada de la entidad bancaria y la segunda, a quien presentó al pago un cheque con claras irregularidades, con el argumento de que el empleado de la entidad infringió las normas profesionales de diligencia. Cfr., sobre la evolución jurisprudencia en España, Silva Sánchez, *Las inveracidades*, p. 10 ss.

43. De acuerdo, Maaβ, *Betrug*, p. 19 ss.; Pawlik, *Betrug*, p. 162, quien entiende que el Derecho civil constituye únicamente un límite negativo (allí donde no hay deber civil de informar, no puede haber deber penal), pero no vincula positivamente al Derecho penal.

de la víctima de mayores riesgos de desorientación. Un acto de asunción de estas características existe cuando la víctima renuncia a un derecho a la verdad y, con ello, libera al otro operador económico del correspondiente deber de veracidad. Ahora bien, para que se produzca ese cambio normativo, es necesario que la víctima exprese la renuncia de modo inequívoco, la cual no debe confundirse con el incumplimiento por parte de la víctima de sus incumbencias de autoprotección. Ciertamente, esto último consiste en la omisión por la víctima del esfuerzo de averiguación y comprobación de informaciones que le correspondía según su posición en la relación económica, sin que ello afecte a los límites de los deberes de veracidad del autor, mientras que la asunción por la víctima de mayores riesgos de desorientación implica una reducción de los deberes de veracidad del autor. Así, por ejemplo, en la venta de un producto para proteger las plantas frente a determinados insectos, el vendedor debería, en principio, informar del uso que puede darse al producto; ahora bien, si el comprador toma un paquete del producto y se dispone a pagar sin atender a las explicaciones del vendedor, renuncia a su derecho a la verdad y asume un mayor riesgo de error. *En segundo lugar,* puede producirse una redefinición de los deberes de veracidad mediante un *acto de asunción del autor.*[44] Para que se produzca un acto de asunción, no es suficiente ni que el autor decida proporcionar a la víctima más información de la que debía según sus deberes de veracidad iniciales, ni que manifieste expresamente su decisión, ni tampoco basta que la víctima solicite más información que aquélla a la que, en principio, tenía derecho. Para que exista un acto de asunción es necesario un comportamiento del autor mediante el cual este último *se autovincule inequívocamente* a informar más allá de los deberes de veracidad iniciales de su posición, respondiendo de la veracidad de sus informaciones. Para ello es necesario, *por una parte*, que el autor se presente intersubjetivamente como capacitado para llevar a cabo la mayor prestación de información –estar en posesión de la información,

44. Últimamente, muy convincente el tratamiento de la asunción de Pawlik, *Betrug,* p. 143 ss.

tener la calificación profesional para poder informar, etc. Ahora bien, dado que de la manifestación de la capacidad de suministrar más información no deriva un deber de información, *por otra parte*, es, además, necesario que el autor exprese inequívocamente que se hace responsable de suministrar información veraz sobre esos aspectos de la relación económica que inicialmente no estaban dentro del ámbito de sus deberes de veracidad.[45] Esto último exige que el acto de asunción presente cierta formalidad, lo cual no significa que se deba realizar por escrito, sino que autor y víctima han de construir su interacción sobre la base de que el primero se ha hecho responsable de orientar a la última más allá de sus deberes de veracidad iniciales.[46] Así, el comentario sobre la calidad de un automóvil realizado por un ingeniero en un café carece del contexto de formalidad suficiente para ser un acto de asunción, pues las informaciones proporcionadas en ese contexto por el ingeniero son, claramente, conocimientos especiales, al no ocupar el ingeniero en ese momento una posición de especialista. *En tercer lugar*, los deberes de veracidad iniciales pueden verse modificados por *un acto del autor de bloqueo del acceso por la víctima a informaciones normativamente accesibles*. El autor obstaculiza a la víctima el acceso a informaciones que estaban accesibles para esta última con tal intensidad que la víctima no puede acceder a la información veraz realizando el esfuerzo que es razonable según su posición económica. El bloqueo da lugar al nacimiento de un deber de veracidad cuyo contenido es la neutralización de la información inveraz introducida en la esfera de la víctima. Así, compete a la entidad bancaria comprobar la identidad de quien se presenta a retirar fondos, exigiéndole que muestre su DNI, pero si un cliente muestra un DNI falsificado y

45. Kindhäuser, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 121 ss.

46. Pawlik, *Betrug*, p. 150 ss., introduce una serie de límites a la asunción. Según este autor, hay informaciones cuya averiguación es competencia prioritaria de la víctima. A mi entender, ese límite es el que se corresponde con la determinación inicial de los deberes de veracidad en una relación económica y puede ser desplazado a través de actos de asunción. Así, por ejemplo, aun cuando se afirme que compete primariamente a la víctima averiguar cuál es el funcionamiento del mercado, el autor puede hacerse responsable de la veracidad de esa información mediante un acto de asunción, de modo que lo que era incumbencia de la víctima pasa a ser asunto suyo.

se hace pasar por otra persona, bloquea el acceso de la víctima, la entidad bancaria, a información que estaba normativamente accesible para ella.[47]

Lo que aquí se ha planteado en términos generales puede ser objeto de concreción respecto a cada una de las informaciones que son relevantes en la toma de una decisión de disposición. *En primer lugar,* incumbe a la víctima conocer *el estado jurídico y económico de su patrimonio*, así que el autor no tiene deber de informarle sobre esos aspectos. Si el autor transmite información falsa sobre los mismos, debe entenderse que se trata de una actuación que cae dentro del ámbito del riesgo permitido, salvo que se pueda fundamentar que la transmisión de información inveraz constituye un acto de bloqueo a la víctima del acceso a información normativamente accesible. Ahora bien, pueden existir actos de asunción del autor por medio de los cuales nazca un deber de veracidad respecto a esas informaciones (por ejemplo, la asunción de deberes de asesoramiento). *En segundo lugar,* incumbe a la víctima averiguar los *aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor* a los que pueda acceder realizando un esfuerzo razonable según la clase de relación económica de que se trate (por ejemplo, acudir al Registro de la Propiedad para comprobar la titularidad de un inmueble). En cambio, el autor tiene deber de informar a la víctima sobre las informaciones sobre su situación económica y jurídica que sean normativamente inaccesibles y que sean relevantes para la decisión de disposición de la víctima, a saber, su disposición al cumplimiento y su capacidad jurídica y económica de cumplimiento. Aun cuando la víctima no debe (normativamente) confiar en afirmaciones del autor sobre aspectos que le compete a ella averiguar, pueden existir comportamientos de bloqueo del autor que impidan el acceso de la víctima a esa información y determinen el nacimiento de un deber de veracidad para ese autor. *En tercer lugar,* compete a la víctima la averiguación de todas las informaciones que tie-

47. En todo caso, lo clave es que, en el momento del acto de disposición, la víctima no disponga del estado de información al que tenía derecho porque el autor no conjuró el riesgo de desorientación introducido con el acto de bloqueo.

nen que ver con el *funcionamiento del mercado*,[48] a saber, la corrección del precio, el comportamiento de otros oferentes, cuestiones como si hay otros compradores interesados en el producto, etc. Esto tiene como consecuencia que las llamadas «mentiras de recomendación» o afirmaciones del vendedor como la de que los que ofrece son los últimos ejemplares o la de que tiene muchos clientes interesados en comprar ese producto, etc. son irrelevantes desde la perspectiva del tipo de estafa.[49] No obstante, existen informaciones que solamente son accesibles para el autor (para un médico, las tarifas de precios adecuadas a la clase de prestación); en esos casos, el autor tiene deber de veracidad respecto a esas informaciones. Lo mismo ocurre en el caso de mercados muy complejos, en los que la posición económica del oferente incluye ya deberes de asesoramiento sobre el funcionamiento de ese mercado. Además, pueden producirse actos de asunción que amplíen los deberes de veracidad del autor. *En cuarto lugar*, compete a la víctima la averiguación de la *información sobre los aspectos jurídicos y económicos de la relación*. Ahora bien, si el autor ocupa la posición de especialista y la relación económica es compleja, el autor tiene deber de veracidad respecto a esa información. Lo mismo ocurre cuando el autor asume frente a la víctima una función de asesoramiento. También puede ocurrir que el autor bloquee el acceso de la víctima a información normativamente accesible, con lo cual, si no cumple el deber de veracidad que ha nacido del acto de bloqueo, se erige en responsable del acto de disposición perjudicial. En cuanto a las *características de la prestación*, incumbe a la víctima informarse sobre las que estén normativamente accesibles siempre y cuando pertenezca también a la posición económica de la víctima el tener los conocimientos necesarios para descifrar esa

48. Bockelmann, *ZStW*, 69 (1957), p. 272; Kindhäuser, *Bemmann-FS*, p. 354; Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 63 ss.; Pawlik, *Betrug*, p. 153 s.; Schmoller, *JZ*, 1991, p. 127; Seelmann, *NJW*, 1980, p. 2548.

49. Se trata de mentiras que no se refieren a la cosa objeto de la relación económica sino a la vinculación de la misma con el proceso económico (Kühne, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 63); no obstante, debe precisarse que, en determinados casos, la información sobre la relación entre la cosa y el proceso económico puede ser objeto de una relación económica y, en tal caso, el engaño sobre la misma puede ser relevante (p. 65).

información. Por ejemplo, cuando se trate de un producto complejo (por ejemplo, una máquina), el vendedor ocupa normalmente una posición de especialista, así que le incumbe a él informar sobre las características del producto; en efecto, aunque la víctima pueda acceder formalmente a esa información, carece de los conocimientos necesarios para convertir esa información en orientación.

IV

En la propuesta de sistema de deberes de veracidad en la estafa se ha omitido un aspecto importante que se debe tratar brevemente a continuación, a saber, el de los casos de *estafa de víctima estructuralmente débil*. En efecto, en el análisis realizado hasta aquí se ha partido del presupuesto –más bien, de la ficción– de que la víctima de la estafa es un sujeto normalmente constituido. Sin embargo, el engaño puede estar dirigido a un sujeto de poca capacidad intelectual, a un niño, a un enfermo mental, a una persona socializada de modo anormal, etc. La primera pregunta que estos casos plantean es la de qué debe entenderse por debilidad y, la segunda, la de qué tratamiento normativo debe dársele a la misma, es decir, si la debilidad de la víctima es relevante en la delimitación de los deberes de veracidad y, en su caso, en qué medida y bajo qué presupuestos.

En efecto, la primera cuestión a la que se debe responder es la de qué debe entenderse por debilidad. *En sentido amplio*, puede decirse que es débil toda víctima que, en el momento del acto de disposición, carece de la información suficiente para llevarlo a cabo libremente, es decir, toda víctima que está desorientada. Ahora bien, las razones que explican el "estado de debilidad" de la víctima pueden ser muy diversas y, según las mismas, deben diferenciarse tres grupos de casos: en primer lugar, los casos de víctima normal "debilitada" por la infracción de deberes de veracidad por el autor; en segundo lugar, los de víctima normal que «se debilita a sí misma» mediante el incumplimiento de sus incumbencias de auto-orientación; y, en tercer lugar, los casos en que la víctima es débil debido a su constitución. Los dos primeros supuestos encuentran respuesta en el sistema de deberes de veracidad que se ha propuesto antes (*supra*, III). En efecto, en el primer grupo de casos, el

autor es responsable del estado de desorientación o debilidad de la víctima y, en el segundo, la debilidad es asunto de esta última. En cambio, el tercer grupo de casos debe ser ahora objeto de análisis, pues presenta la peculiaridad de que las inveracidades que frente a una víctima normal se considerarían permitidas (por ejemplo, un engaño burdo) pueden ser eficaces para conducir a la víctima estructuralmente débil a un acto de disposición perjudicial.

La víctima débil *en sentido estricto* o víctima estructuralmente débil es la que, aun cuando el autor cumpla los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal, carece de la información suficiente para llevar a cabo libremente su acto de disposición. Con otras palabras, la víctima débil no es libre en su acto de disposición si solamente se le garantiza normativamente la misma información veraz que se le garantiza normativamente a una víctima normal. Ahora bien, a mi entender, hay que aclarar que la estafa a una víctima que realiza actos de disposición con base en modelos de decisión alternativos y, en concreto, a una víctima que basa su decisión en motivos emocionales no pertenecientes a la relación económica o en motivos supersticiosos, no es un caso de estafa a víctima débil en sentido estricto, salvo que el hecho de que tal víctima tome sus decisiones económicas según modelos alternativos pueda explicarse como fruto de una enfermedad. La razón de esta restricción del concepto de debilidad es que de la víctima se espera que tome sus decisiones de disposición con base en informaciones que tienen que ver con el contenido de la relación económica, así que, en el caso de que decida basar sus decisiones en otras informaciones inconexas (emocionales o supersticiosas), se entiende que lo hace por su cuenta y riesgo. Así, por una parte, si el autor transmite a la víctima información veraz respecto a la relación económica y solamente realiza afirmaciones falsas sobre los comportamientos de otros compradores, se trata de una inveracidad que afecta a informaciones irrelevantes para la toma de decisión de disposición, así que, aunque fácticamente conduzca a un error a la víctima que decide por motivos emocionales, tal error es imputable a la víctima.[50] Por otra parte, tampoco los motivos supersticiosos forman parte del

50. Sobre los casos de *Mitläufereffekt*, cfr. Schmoller, *JZ*, 1991, p. 125 ss.; el mismo, *ZStW*, 103 (1991), p. 127. Puede pensarse en otros ejemplos: alguien decide comprar un producto porque

modelo de racionalidad vigente, así que no existe deber de veracidad del autor respecto a los mismos. En cambio, sí son víctimas débiles en sentido estricto los niños, los enfermos mentales, los sujetos de reducida capacidad intelectual o con alguna alteración de la percepción importante y los sujetos con serios déficits de socialización, porque, debido a su constitución, requieren una mayor orientación para poder tomar libremente sus decisiones económicas.

La constatación de que determinados sujetos son víctimas estructuralmente débiles, es decir, que por su constitución están sometidos a un mayor riesgo de desorientación plantea la cuestión de cuál es el tratamiento normativo correcto de estos casos. *Una primera solución* es la de considerar que la debilidad carece de toda relevancia normativa, lo cual significa que el autor que se encuentra frente a una víctima débil no tiene mayores deberes de veracidad que si la víctima fuera normal. Que esta solución no reconozca la debilidad estructural como fundamento de deberes de veracidad desde la perspectiva del tipo de estafa no significa que cierre el paso a la posibilidad de construir deberes de veracidad desde la perspectiva de la solidaridad, que en Alemania quizá podrían ubicarse en el § 323c StGB,[51-52] pero que, en cambio, en España no podrían considerarse deberes de solidaridad cuya infracción vaya acompañada de una sanción penal. Esta solución se podría apoyar en el argumento de que el anonimato del mercado exige una estandari-

el vendedor afirma que un famoso actor también lo consume, siendo esto último falso; alguien decide realizar una donación porque ve en la lista de donantes que personas importantes han sido muy generosas, siendo el contenido de la lista inveraz.

51. Este precepto es el equivalente a la omisión del deber de socorro del artículo 195 CP español. El § 323c StGB castiga con pena de prisión de hasta un año o con pena de multa a quien no preste ayuda en caso de accidente, peligro común o necesidad, cuando esto era necesario y se le podía exigir según las circunstancias, en especial, porque le era posible sin ponerse a sí mismo en un peligro relevante y sin infringir otros deberes importantes.

§ 323c StGB *Unterlassene Hilfeleistung*. "Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtigen Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu enem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft".

52. Una cuestión que excede el estudio de este trabajo es si la protección del patrimonio debe entenderse incluida en el § 323c StGB (cfr. Spendel, *LK-StGB*, 11 ª ed., § 323c, núm. marg. 28).

zación de las relaciones económicas hasta el punto de negar relevancia a todas las peculiaridades de los sujetos que ocupan una determinada posición en una relación económica. Sin embargo, se le puede formular la objeción de que, al permitir el empleo de engaños burdos frente a víctimas débiles trae consigo la consecuencia de que el tipo de estafa no garantiza que el patrimonio de la víctima débil sea verdadera fuente de poder para esta última, pues, para gozar de orientación, tal víctima necesita más información que la víctima normal, necesita que se supla su déficit cognitivo.

Una segunda solución es la defendida en su escrito de habilitación por Pawlik, quien propone diferenciar dos grupos de casos.[53] En el caso de estafa de niños y enfermos mentales, este autor entiende el tratamiento normativo adecuado es el de la asunción; dado que tales víctimas no tienen competencia de organización, no puede hacérseles responsables de las consecuencias, así que quien desee conducirlas a realizar un acto de disposición debe adaptarse a su nivel de conocimientos o, si no, renunciar a la relación económica con ellas.[54] En cambio, en el caso de las personas que han experimentado una proceso de socialización anómalo (evacuados, asilados), este autor entiende que los deberes en virtud de organización no bastan para garantizar la verdadera libertad de estos sujetos y que existen deberes de carácter institucional dirigidos a suplir los déficits que sufren estas personas. En realidad, la cobertura de esas lagunas a través del proceso de socialización es misión del Estado, pero este último no alcanza a desarrollar esa tarea con todos los sujetos, así que delega un deber en los ciudadanos, los cuales actúan como cuasi-funcionarios frente a la persona socializada de modo anormal. Ese deber es de la misma naturaleza que el del § 323c StGB.[55] El planteamiento de este autor suscita, a mi entender, dudas, por una parte, porque no explica por qué en el primer grupo de casos el mero hecho

53. Pawlik, *Betrug*, p. 179 ss.

54. Ya Jakobs, *GA*, 1997, p. 568, trata estos casos como un problema de responsabilidad por organización.

55. Obviamente, podría discutirse sobre la interpretación del § 323c StGB que este autor sostiene (*GA*, 1995, p. 363 ss.). Esta cuestión se deja aquí de lado.

de interaccionar con un niño o enfermo mental es un acto de asunción del autor y, por otra, porque la solución del segundo grupo de casos no es satisfactoria. En lo que se refiere a esto último, en primer lugar, este autor no respeta la lógica interna del legislador, porque al tiempo que considera que la estafa de víctima socializada de modo anormal es infracción de un deber institucional de la misma naturaleza que el del § 323c StGB, no respeta las diferencias (también de pena) que el legislador ha previsto, por ejemplo, entre la infracción del deber de socorro en situaciones de peligro para la vida (infracción de un deber institucional delegado del Estado, en la concepción de Pawlik) y la responsabilidad por organización de lesiones de la vida ajena. En segundo lugar, desde un punto de vista sistemático, esta solución conduce a la sorprendente conclusión de que una infracción de deberes institucionales delegados del Estado frente al patrimonio ajeno (§ 263 StGB) se castiga más que la infracción de deberes institucionales de la misma naturaleza frente a la vida ajena en peligro (§ 323c StGB). Pawlik intenta responder a la última objeción diciendo que la mayor pena de la estafa se explica porque en estos casos el autor tiene una "competencia institucional especial" frente a la víctima que no nace de la mera interacción neutral con ella, sino de una puesta en escena por parte del autor que determina que, según el criterio de un observador objetivo, la víctima deba sucumbir al engaño. Sin embargo, el argumento no es convincente sino que pone de manifiesto que, para Pawlik, el fundamento de la responsabilidad en estos casos no es, en realidad, un deber institucional independiente de la interacción, sino un acto de organización del autor. En definitiva, Pawlik debería reconocer que, en su planteamiento, el fundamento de la responsabilidad en estos casos es la asunción.

Una tercera solución consiste en entender que en los casos en que el autor interacciona con una víctima estructuralmente débil, hay un acto de asunción de mayores deberes de veracidad, en concreto, de un deber de veracidad cuyo contenido es suplir el déficit cognitivo de la víctima. Por una parte, esta solución se basa en la idea de que el tipo de estafa tiene la función de garantizar que el patrimonio sea verdadera fuente de libertad para su titular y, por otra, entiende que la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un significado ine-

quívoco de asunción. En efecto, por una parte, en el caso de las víctimas débiles, el cumplimiento por el autor de los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal resulta insuficiente para garantizar la verdadera libertad de la víctima estructuralmente débil, de modo que no puede hacerse a esta última responsable de las consecuencias de su acto de disposición. Por otra parte, la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un sentido inequívoco de asunción del deber de suplir su déficit. Ahora bien, parece que, en el marco de este planteamiento, un requisito para afirmar que hay asunción debería ser la cognoscibilidad del déficit de la víctima para el autor, pues la debilidad de la víctima que no haya entrado a formar parte del proceso de comunicación no pasaría de ser una peculiaridad individual que no ha sido incorporada a su posición económica. Ciertamente, esta solución podría considerarse satisfactoria, en la medida en que garantiza a las víctimas débiles una interacción en las mismas condiciones de libertad que las víctimas normales. Sin embargo, resulta complejo explicar por qué la mera interacción del autor con la víctima débil, cuando el déficit de esta última sea cognoscible, trae consigo el nacimiento de mayores deberes de veracidad. En efecto, así como la fundamentación de la responsabilidad del autor por el acto de disposición perjudicial es más sencilla cuando se constata que el autor ha adaptado su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, la afirmación de que hay responsabilidad por organización es más compleja cuando el autor se comporta de un modo neutral, sin desviarse de los estándares propios de la posición económica que ocupa.

En las soluciones expuestas para los casos de estafa de víctima estructuralmente débil se ha puesto de relieve que, por una parte, no parece muy satisfactoria la propuesta de entender que frente a la víctima débil el autor no tiene mayores deberes de veracidad y que, por tanto, la víctima débil debe cargar con las consecuencias de su déficit. Sin embargo, por otra parte se han visto las dificultades de fundamentar la existencia de asunción en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, según lo que le corresponde a su posición en la relación económica, sin adaptar su comportamiento a la debilidad de la víctima. A mi entender, los casos de estafa de víctima estructuralmente débil

deben solucionarse como expongo a continuación. En primer lugar, en los casos en que el Derecho otorga relevancia a la debilidad de la víctima, el autor tiene mayores deberes de veracidad; puesto que el Derecho penal tiene en cuenta esa debilidad, porque no trata a esos sujetos como personas responsables, la posición jurídica del autor frente a la víctima no es la misma posición que ocuparía en el caso de interaccionar económicamente con una víctima normal y, por ello, puede afirmarse que el mero interaccionar con la víctima estructuralmente débil cuya debilidad tiene relevancia jurídica expresa la asunción de suplir el déficit de la misma. Esta afirmación obliga a cuestionarse, *por una parte*, cuándo el Derecho da relevancia a la debilidad de la víctima. Una posibilidad sería acudir a los presupuestos de capacidad negocial previstos por el Derecho privado y otra, la de aplicar a la víctima los criterios de la capacidad de culpabilidad. Me parece que es más interesante explorar esta segunda vía, en la medida en que ciertamente, cuando la víctima no es una persona responsable desde la perspectiva del Derecho penal.[56] Así, el autor que interacciona económicamente con ella, lo hace con un instrumento y, por tanto, se hace responsable por la decisión de disposición a la que la conduce. Así, puede concluirse que los deberes de veracidad del autor aumentan en el caso de que la víctima sea un menor o un incapaz. Ahora bien, *por otra parte*, hay que preguntarse si esos mayores deberes de veracidad del autor son deberes de veracidad propios del tipo de estafa. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa, porque, en tales casos, no puede decirse que la decisión de la víctima, en caso de no mediar engaño, habría podido constituir una nueva situación jurídica –lo cual es, a mi entender, un requisito esencial para poder hablar de acto de disposición–; así que, en estos casos, el engaño del autor no debería considerarse un comportamiento típico desde la perspectiva del tipo de estafa sino, más bien, una sustracción.[57] En segundo lugar, en los casos en que el Derecho no otorga relevancia a la debilidad de la víctima, solamente aumentan

56. Jakobs, *GA*, 1997, p. 568.

57. En este sentido ya gran parte de la doctrina. Cfr., por ejemplo, Choclán Montalvo, *Estafa,* p. 134; Quintano Ripollés, *PE, II*, p. 593; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE,* p. 455; Romero, *Estafa*, p. 175 ss.

los deberes de veracidad del autor si este último *adapta* su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, el acto de adaptación debe interpretarse como un acto de asunción de la gestión de un tramo de la libertad de la víctima. Por esta razón, en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, de modo que no hay elementos de su comportamiento que den cuenta de que ha habido un acto de adaptación, el autor solamente tiene los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal.

Bibliografía

AMELUNG, Knut. Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, *GA*, 1977, p. 1 ss.

BAURMANN, Michael. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987.

BOCKELMANN, Paul. Recensión a Reihart Maurach, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch.* 2., erweiterte und verbesserte Auflage. Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1956, *ZStW*, 69 (1957), p. 270 ss.

_____. "Betrug verübt durch Schweigen", Bockelmann, Paul/Gallas, Wilhelm (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, p. 437 ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma, *AJA*, de 8 de julio de 1999, p. 1 ss.

CUCUMUS, Conrad. *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, Würzburg, 1820.

_____. Bemerkungen über das Verbrechen des Betrugs außer Vertragsverhältnissen, *ACR*, NF, 1835, p. 563 ss.

ELLMER, Manfred. *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* 13ª ed.,–editada y anotada por Mittermaier–Giessen, 1840.

FRISCH, Wolfgang. Funktion und Inhalt des Irrtums im Betrugstatbestand, en Kaufmann, Arthur/Bemmann, Günther/Krauss, Detlef/Volk, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag,* München, 1979, p. 647 ss.

GIEHRING, Heinz. Prozeβbetrug im Versäumnis-und Mahnverfahren –Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB, *GA,* 1973, p. 1 ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Función y contenido del error de tipo en la estafa, *ADPCP,* 1985, p. 333 ss.

GRAUL, Eva. Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden. Zur teologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung, en Pfeiffer, GERD/KUMMER, Joachim/Scheuch, Silke (Hrsg.), *Festschrift für Hans Erich Bradner zum 70. Geburtstag,* Köln, 1996, p. 801 ss.

GROLMAN, Karl von. *Grundsätze der Criminalwissenschaft,* 4ª ed., Gießen, 1825.

HÄLSCHNER, Hugo. *Das preußische Strafrecht,* 3, *System des deutschen Strafrechts, 1. (einziger) Abschnitt, Besonderer Teil, Verbrechen gegen das Recht der Privatperson,* Bonn, 1868.

HASSEMER, Raimund. *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtdogmatik,* Berlin, 1981.

HENKE, Eduard. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, III,* Berlin, Stettin, 1830.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Bewußte Selbstschädigung beim Betrug, *MDR,* 1972, p. 93 ss.

HILGENDORF, Eric. *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht,* Berlin, 1998.

Hirsch, Hans Joachim. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, *ZStW,* 74 (1962), p. 79 ss.

JAKOBS, Günther. Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täteschaft durch ein vorsazloses Werkzeug, *GA,* 1997, p. 553 ss.

_____. Representación del autor e imputación objetiva, en *Estudios de Derecho penal,* Madrid, 1997, p. 423 ss. [Título original: Tätervorstellung und objektive Zurechnung, en Dornseifer, Gehard/Horn, Eckhard/Schilling, Georg/Schöne, Wolfgang/Struensee, Eberhard/Zielinski, Diethart (Hrsg.), *Gedächnisschrift für Armin Kaufmann,* Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, p. 271 ss.] Traducción de Carlos J. Suárez González.

_____. *Tun und Unterlassen im Strafrecht,* Conferencia pronunciada en Strafrechtliches Seminar *Unterlassungsdelikte und weitere Probleme der Zurechnungslehre,* en Bonn, 19.10.1999. Existe traducción al castellano de Sánchez-vera Gómez-Trelles: La omisión: estado de la cuestión, en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra),* Madrid, 2000, p. 21 ss.

_____. *Urkundenfälschung,* Köln, Bonn, Berlin, München, 2000.

KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, *ZStW,* 103 (1991), p. 399 ss.

_____. Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft, en Schulz, Joachim/Vormbaum, Thomas (Hrsg.), *Festschrift für Günther Bemmann,* Baden-Baden, 1997, p. 339 ss.

_____. § 263 en Neumann, Ulfried/Puppe, Ingeborg/Schild, Wolfgang (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch,* Baden-Baden; Band. 4.

KÜHNE, Hans Heiner. *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte,* Kehl am Rhein, 1978.

KURTH, Frowin Jörg. *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug,* Frankfurt am Main, Bern, New York, 1984.

MAAβ, Wolfgang. *Betrug verübt durch Schweigen,* Gießen, 1982.

NAUCKE, Wolfgang. Der Kausalzusammenhang zwischen Tauschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, en BAUMANN, Jürgen/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Peters zum 70. Geburtstag,* Tübingen, 1974, p. 109 ss.

OTTO, Harro. *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes,* Berlin, 1970.

PAWLIK, Michael. Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur, *GA*, 1995, p. 360 ss.

Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.

Pérez del Valle, Carlos. El engaño omisivo en la estafa, *CPC*, 1996, p. 373 ss.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. II*, 2ª ed., Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/ Serrano Gómez, Alfonso Derecho penal español. Parte Especial, 18ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1995.

ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985.

SCHMOLLER, Kurt. Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen, *JZ*, 1991, p. 117 ss.

_____. Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises, *ZStW*, 103 (1991), p. 92 ss.

SEELMANN, Kurt. Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen, *NJW*, 1980, p. 2545.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

_____. Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal, en Salvador Coderch/Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.

TISCHLER, Werner Georg. Freiheit und soziale Bindung im Wirtschafsrecht "Betrug und Opferverantwortung", *Jura*, 1988, p. 122 ss.

WEIDEMANN, Jürgen. *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Bonn, 1972.

Las "conductas neutrales" en derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible

Ricardo Robles Planas
Profesor Ramón y Cajal en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

Resumen: El trabajo aborda el tan discutido problema de las "conductas neutrales" de participación en el delito. Tras una exposición de las principales posturas doctrinales el autor enmarca la solución del problema en el ámbito de la teoría de la conducta típica de intervención, que ha desarrollado en otros trabajos, y ofrece una solución restrictiva para estos supuestos.

Palabras clave: Conductas neutrales – Participación – Imputación objetiva.

Abstract: This paper deals with the widely discussed problem of the "neutral conducts" in relation to aiding contexts. After presenting the principal opinions thereupon, the author frames the solution to the problem within the theory of the criminal participation, he himself has developed in other papers, and offers a restrictive solution to these cases.

Keywords: Neutral conducts – Participation – Penal responsibility.

Sumario: 1. El problema – 2. Soluciones doctrinales: 2.1 Teorías extensivas; 2.2 Las perspectivas subjetivas; 2.3 Las perspectivas objetivas: 2.3.1 La adecuación social y la adecuación profesional; 2.3.2 La solidarización con el injusto ajeno; 2.3.3 El riesgo permitido y la teoría de la imputación

objetiva – 3. Toma de postura: 3.1 El tipo objetivo de la complicidad como marco idóneo para el análisis y la cuestión de los conocimientos especiales; 3.2 Líneas básicas de la conducta típica de intervención – 4. Bibliografia.

Área do direito: Penal

1. El problema

1. Desde hace algunos años se viene discutiendo en la doctrina qué tratamiento debe darse al grupo de casos de "participación mediante acciones neutrales". Se trata de supuestos con una estructura constante: se ejecuta una conducta que acaba favoreciendo causalmente al autor del delito con pleno conocimiento de que ello es así por parte del primer sujeto. A esta estructura cabe añadir una peculiaridad. Son conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol social. Ello significa, a su vez, dos cosas. En primer lugar que en sí mismas consideradas son conductas lícitas o inocuas. La venta de un bien de lícito comercio, la prestación de información jurídica, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una relación profesional o el pago de una deuda son estados no jurídicamente desaprobados, e incluso, como en el ultimo caso, jurídicamente obligados. En segundo lugar, son conductas que se insertan en contextos altamente regulados o estandarizados. Como consecuencia de ello se llevan a cabo con independencia de las particularidades y preferencias tanto de la persona que las ejecuta como de la persona frente a la que se ejecutan.

"Ejemplos: el panadero vende un panecillo a una cliente sabiendo que ésta lo utilizará para introducir veneno en él y ofrecérselo a su marido para acabar con su vida; el taxista transporta a un sujeto hasta el lugar indicado, conociendo que allí cometerá un delito; el comprador aclara al vendedor de un bolígrafo que éste será el instrumento que le permitirá consumar la estafa a una víctima que le espera fuera del negocio inocentemente con unos documentos en la mano; el administrador de una imprenta sabe que las etiquetas del vino que la empresa distribuidora le ha encargado son falsas en relación con la calidad real que afirman tener el vino."

2. Todos estos casos parecen, *a priori*, caer dentro del tenor literal de la previsión legal que castiga la cooperación o complicidad en el delito, en la medida en que se facilita el delito de otro de manera dolosa. Sin embargo, ya a partir de una mera aproximación intuitiva vemos que el castigo como participación no es siempre una solución satisfactoria.[1] En este sentido, la práctica totalidad de la doctrina que se ha ocupado de este tema se ha preocupado por encontrar criterios que restrinjan el alcance de la punibilidad del partícipe. En efecto, el grupo de casos de complicidad mediante "conductas neutrales" viene siendo el núcleo de una impresionante discusión (fundamentalmente) en la literatura penal alemana de los últimos años. Las propuestas son casi inabarcables y la sucesión de *topoi*, criterios y argumentaciones desarrollados para fundamentarlas es, cuando menos, asombrosa.[2] Más allá de las peculiaridades del grupo

1. Cfr. también, Ransiek, «Neutrale Beihilfe in formales Organisationen», en Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Witschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 96, quien pone de manifiesto las dificultades para solucionar dogmáticamente lo que desde el punto de vista intuitivo es evidente.

2. Con denominaciones similares a las indicadas en el texto han tratado el problema con cierto detenimiento, últimamente y entre muchos otros: Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 295 y ss.; Meyer-arndt, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *Wistra* 1989, pp. 281 y ss.; Löwe-Krahl, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäfte*, 1990; Jakobs, *AT*, 24/13 y ss.; Hefendehl, «Der mißbrauchte Farbkopierer», *Jura* 1992, p. 376 y ss.; Otto, *StV* 1994, p. 409-410; Roxin, *LK*, § 27, n. marg. 16 y ss.; el mismo, «Was ist Beihilfe?», en *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 512 y ss; Wolff-Reske, *Berufbedingtes Verhalten als problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995; Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, pp. 41 y ss.; Niedermair, «Straflose Beihilfe durch neutrale Handungen?», *ZStW* 107 (1995), pp. 507 y ss.; Schild Trappe, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995; Jakobs, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, pp. 253 y ss; Wohlleben, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996; Tag, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR* 1997, pp. 50 y ss.; Ransiek, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht», *Wistra*, 2/1997, p. 41 y ss.; el mismo, «Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen», en Amelung, (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 95 y ss.; Rogat, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, 1997; Puppe, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielsfällen aus der höchtsrichterlichen Rechtsprechung. IV. Zurechnung bei mehreren Beteiligten», *Jura* 1/1998, pp. 21 y ss. (existe versión castellana a cargo de García Cavero, en Puppe, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, pp. 127 y ss.); Weigend, «Grenzen strafbarer Beihilfe», *FS-Nishihara*, 1998, pp. 197 y ss.; Amelung, «Die "Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen

de casos de las acciones neutrales, pues, el núcleo del problema es el de hallar el límite mínimo de la intervención punible en el delito. Y este, es un problema que tiene implicaciones dogmáticas tan importantes como la propia estructura de la participación en el delito y el fundamento del injusto del partícipe. Sobre esto último se volverá posteriormente. Ahora conviene aludir a algunas de las soluciones doctrinales más importantes con las que se aborda el grupo de casos de "complicidad mediante acciones neutrales".[3]

2. Algunas soluciones doctrinales

2.1 Teorías extensivas

Según un sector, aunque ciertamente minoritario, no existe razón alguna para restringir el castigo de la complicidad en estos supuestos.[4] Complicidad existe cuando se coopera dolosamente a la comisión de un delito ajeno y esto

des Beihilfetatbestands», *FS-Grünwald*, pp. 9 y ss.; Lüderssen, «Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung», *FS-Grünwald*, pp. 329 y ss.; Baunack, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe*, 1999; Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil* I, 2ª ed., 1996, § 13, n. marg. 112 y ss.; el mismo, *AT*, 4. ed, 12/160 y ss; Otto, «"Vorgeleistete Strafvereitelung" durch beruftypische oder alltäglische Verhaltensweisen als Beihilfe», *FS-Lenckner*, pp. 193 y ss.; el mismo, «Das Strafbarkeitsrisiko beruftypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», *JZ*, 9/2001, pp. 436 y ss.; Wohlers, «Gehilfenschaft durch "neutrale Handlungen"», *ZStrR* 117 (1999), pp. 425 y ss.; el mismo, «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einskränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB», *NStZ* 2000, pp. 169 y ss.; Ambos, «Beihilfe durch Alltagshandlungen», *JA*, 2000, pp. 721 y ss.; Beckemper, «Strafbare Beihilfe durch alltäglische Geschäftsvorgänge», *Jura*, 3/2001, pp. 163 y ss. En lengua española, cada vez son más frecuentes las referencias a la problemática de las acciones neutrales: López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pp. 253 y ss.; Gomez Tomillo, *Libertad de información y teoría de la codelincuencia*, pp. 401 y ss.; Feijóo Sánchez, *Límites a la participación criminal*, passim; Blanco Cordero, *Límites a la participación delictiva, passim*; Rueda Martín, «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *RP*, n. 9, 2002, pp. 122 y ss.; Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, *passim*.

3. Sobre las diferentes soluciones doctrinales, extensamente y con ulteriores referencias vid., Blanco Cordero, *Límites a la participación delictiva*, 2001 pp. 29 y ss.; Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, Cap. II.

4. Así, Niedermair, «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», ZStW 107, 1995, p. 538; Beckemper, «Strafbarer Beihilfe durch alltäglische Geschäftsvorgänge», Jura 3/2001, p. 165.

es exactamente lo que sucede en estos casos. Para estos autores, las conductas neutrales son punibles en tanto en cuanto exista causalidad, dolo e incremento del riesgo de producción del delito. Incluso llega afirmarse que la no aplicación de la norma que castiga la complicidad supondría un privilegio inexplicable para el ámbito de los negocios, donde podría llegar a producirse un "mercadeo" de conductas de favorecimiento de delitos. También aquí el ordenamiento espera un "no conmigo" cuando el sujeto que actúa en el ámbito profesional reconoce a un autor decidido a cometer un delito. A lo sumo puede tenerse en cuenta el principio de insignificancia y la importancia de la aportación en sede de medición de la pena.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, no sigue este entendimiento extensivo-causal de la complicidad, sino que es partidaria de restringir la punibilidad ya en el nivel de la tipicidad. A partir de aquí las opiniones se dividen intensamente entre quienes ubican la restricción en el seno del tipo subjetivo y quienes lo hacen ya en el propio tipo objetivo del cómplice.

2.2 Las perspectivas subjetivas

1. Veamos en primer lugar los argumentos de las aquí denominadas "perspectivas subjetivas". En ellas la distinción entre complicidad punible y la atipicidad depende, sobre todo, de los aspectos internos de quien ejecuta la acción de cooperación: hacen depender la existencia de un riesgo típicamente desaprobado de cooperación del lado subjetivo del interviniente, esto es, del dolo, la convicción o seguridad sobre la comisión del hecho futuro, la finalidad, la relevancia de los conocimientos especiales, etc. Pero ello no significa que las perspectivas que aquí se exponen no utilicen a la vez también criterios objetivos para la delimitación. Sucede, únicamente, que la restricción fundamental a las conductas de cooperación al delito la llevan a cabo en el tipo subjetivo. La denominación de teorías subjetivas cumple así la importante función expositiva de identificar aquellas posturas doctrinales

que tienen en cuenta esencialmente el lado subjetivo para la delimitación del riesgo típico frente a aquellas otras que, como se verá, esencialmente atienden a criterios objetivos. Ello, como habrá podido deducirse, supone ya poner de manifiesto el problema nuclear de la discusión: precisamente si debe otorgarse o no relevancia ya en el tipo objetivo a los conocimientos que tenga el interviniente sobre la comisión futura del hecho en el momento de prestar su aportación. Básicamente se afirma que el significado social de una conducta no puede hallarse sin considerar el contenido de la voluntad de quien la ejecuta. Es más, puesto que toda conducta puede servir para fines delictivos desde el punto de vista objetivo, el castigo por complicidad va a depender de la intención.

2. Pese a que las primeras voces en este sentido son bastante antiguas,[5] en la actualidad su máximo representante es Roxin –y con él un importante sector de la doctrina–.[6] Este autor distingue entre acciones llevadas a cabo con *dolo directo* o con *dolo eventual*. Si la acción es llevada a cabo con *dolo directo* se deberá constatar si muestra una "referencia de sentido delictiva". Una acción posee referencia de sentido delictiva cuando, sin en el hecho delictivo, carece de sentido o no tiene ningún otro sentido para el autor. Es ese caso existirá complicidad punible. Así, la entrega de material a un empresario que comete delitos contra el medio

5. Véanse las referencias en Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 57 y ss.

6. Roxin, *LK*, § 27, n. marg. 16 y ss.; el mismo, «Was ist Beihilfe», *FS-Miyazawa*, pp. 512 y ss. Le siguen expresamente, Wollheben, *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, pp. 160 y ss. y Ambos, «Beihilfe durch Alltagshandlungen», *JA*, 2000, pp. 721 y ss. En esencia, en el mismo sentido, Otto, *AT*, § 22, n. marg. 53; el mismo, «Vorgeleistete Strafvereitelung durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», *FS-Lenckner*, pp. 195 y ss.; el mismo, «Das Strafbarkeitsrisiko beruftypischen, geschäftsmässigen Verhaltens», *JZ*, 2001, pp. 436 y ss. Más distintivo, Ransiek, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht», wistra, 1997, pp. 42 y ss. propone distinguir entre acciones de favorecimiento que se efectúan con la seguridad de que el delito se cometerá y las que no (el mismo, «Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen», en Amelung, (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 95 y ss.). Vid. una explicación detallada sobre las posturas de estos autores en Blanco Cordero, *Límites a la participación delictiva*, pp. 30 y ss. (teoría del dolo eventual), 69 y ss. (Roxin) y en Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 56 y ss.

ambiente no manifiesta ninguna referencia de sentido delictiva, puesto que la entrega de material sigue teniendo igualmente sentido para el empresario sin el hecho delictivo. En cambio, según Roxin, el transportar en taxi al delincuente hasta el lugar del hecho o la venta de un panecillo para envenenar a alguien son acciones que no tienen ningún otro sentido si desaparece el hecho delictivo del autor. Por el contrario, si estamos ante conductas con *dolo eventual* Roxin llega a firmar la impunidad siempre, pues según él aquí opera el principio de confianza. La excepción y, por consiguiente, la imputación vendrá dada con la reconocibilidad de la inclinación al hecho. La confianza ya no estaría permitida desde el momento en que el vendedor del cuchillo encontrara de forma reconocible a un comprador dispuesto a utilizarlo para matar a alguien.

2.3 Las perspectivas objetivas

Como ya se advirtió, la doctrina se halla profundamente dividida a la hora de definir los criterios para decidir la punibilidad del interviniente en casos de conductas neutrales. En este sentido, la separación entre perspectivas subjetivas y objetivas adolece de un cierto esquematismo e imprecisión. Y ello, sobre todo, porque a menudo los criterios se entremezclan, de modo que una solución básicamente subjetiva viene completada con criterios objetivos y a la inversa. De hecho, más importante me parece aún denunciar que en muchos casos se trata del uso de "etiquetas dogmáticas" (entre las que destaca la "teoría de la imputación objetiva"). Esto es lo que sucede especialmente en el ámbito de las perspectivas objetivas. La gran mayoría de los autores que afirman delimitar el riesgo permitido del partícipe sobre la base de un punto de vista objetivo, en realidad, acaban acudiendo a criterios subjetivos en los casos verdaderamente problemáticos, a saber, en aquellos en los que existen conocimientos especiales.

Advertido lo anterior, veamos cuáles son los principales criterios "objetivos" que se barajan para delimitar el círculo de conductas de participación punibles.

2.3.1 La adecuación social y la adecuación profesional

1. La teoría de la adecuación social ha sido y es muy utilizada en este contexto. Como es sabido, según su formulación original[7] afirma que "las acciones que se mueven dentro del orden ético-social históricamente establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del ámbito del injusto",[8] incluso cuando caen dentro del tenor literal de un tipo penal.[9] Se trata, por tanto, de un "concepto normativo basado en la ética social"[10] que actúa a modo de correctivo de los tipos y con el que se excluye el castigo de aquellas conductas que no tienen el sentido o significado social de realización del tipo.[11] Muy expresivamente Welzel caracteriza como socialmente adecuados "aquellos negocios que se mantienen en el marco de la actuación conforme al orden, incluso cuando de ellos se deriven perjuicios".[12]

2. Un sector –aunque ciertamente minoritario– de la doctrina alemana[13] ha desarrollado algunos criterios que pretenden concretar qué debe entenderse por

7. Sobre las "fases" por las que pasa la teoría de la adecuación social en el pensamiento de Welzel, vid., Cancio Meliá, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *ADPCP* 1993, pp. 700 y ss.

8. Welzel, «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss.

9. Welzel, *Strafrecht*, p. 55.

10. Schaffstein, «Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre», *ZStW* 72 (1960), p. 369.

11. Welzel, «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* 58 (1939), p. 517; vid. también, Cancio Meliá, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *ADPCP* 1993, p. 700 y 706.

12. Welzel, *Strafrecht*, p. 55. Cfr. también la descripción de Otto, «"Vorgeleistete Strafvereitelung" durch beruftypische oder alltäglische Verhaltensweisen als Beihilfe», *FS-Lenckner*, p. 201. En España, Rueda Martín («Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *RP*, n. 9, 2002, p. 128-131; la misma, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 244 y ss.) apuesta por el uso de este criterio para solucionar los casos de complicidad mediante conductas neutrales, conuna orientación marcadamente subjetivista: «el sentido social de la acción del vendedor de armas y del panadero se determina fundamentalmente por el contenido de la voluntad».

13. Sobre todo represetado por Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra*, 1995, pp. 41 y ss., y 81 y ss.; pero también, Philipowski, en Kohlmann (Dir.), *Strafvervolgung*, pp. 142 y ss.; Kniffka, «Die Durchsuchung von Kreditinstituten in Steuerstrafverfahren», *Wistra* 1987, pp. 309 y ss.; Gallandi, «Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegerschutz», *Wistra* 1989, pp. 125 y ss.

conducta socialmente adecuada en el marco del favorecimiento de delitos ajenos.[14] En este sentido, especial interés tiene la "teoría de la adecuación profesional" desarrollada por Hassemer. Este autor considera que la capacidad de rendimiento de la teoría de la adecuación social para los casos que aquí se discuten puede aumentarse si se perfilan su contornos. Al respecto afirma que a pesar de que tal teoría actualmente es un "cajón de sastre" debe reconocerse que situada "en el terreno correcto, como en el ámbito de la cotidianeidad y normatividad social, la teoría de la adecuación social produce sus frutos, y que estos frutos son irrenunciables para el Derecho penal. (...) En mi opinión –precisa Hassemer– la teoría de la adecuación social es un diamante sin pulir que puede prestar un servicio de gran valor en los casos que aquí se debaten".[15] En este sentido, Hassemer se propone reconstruir el concepto de adecuación social y delimitarlo de forma sistemática y precisa. Para ello parte de que lo socialmente adecuado lo es siempre en referencia a un ámbito concreto. Así, no sería correcto hablar de la adecuación social de la conductas neutrales en general, sino que se debe hacerse sólo en relación a conductas referidas a situaciones especificas o a sectores determinados, donde existen reglas que precisan qué debe entenderse por conducta adecuada a esa situación o sector. Puesto que en el caso de las acciones neutrales se trata fundamentalmente de actividades profesionales, lo decisivo es, por consiguiente, analizar si una determinada conducta se adecua o no a las normas que regulan la profesión. Al respecto "es indiferente si esas reglas están escritas, puestas en vigor o difundidas formalmente o si sólo rigen de manera informal. Lo decisivo es solamente que esas reglas rigen realmente, y que por tanto son observadas como fenómeno normativo: porque debe-ser lo que ellas ordenan y no sólo porque ello es como es".[16] A partir de las normas específicas de cada sec-

14. Philipowski, en Kohlmann (Dir.), *Strafvervolgung*, p. 142; Kniffka, «Die Durchsuchung von Kreditinstituten in Steuerstrafverfahren», *Wistra* 1987, p. 310; Gallandi, «Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegerschutz», *Wistra* 1989, pp. 127; y Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra*, 1995, p. 81 y ss.

15. Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, p. 46.

16. Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, p. 82.

tor se trazan los perfiles de la adecuación profesional ya que el contenido de esas normas determina "lo que rige en ese ámbito como usual, normal, conveniente, cotidiano, prudente, profesional o también sólo como inevitable: en definitiva lo que rige como «neutral»".[17]

Con ello Hassemer llega al punto más delicado de su propuesta. Dado que las normas penales rigen de forma general, y las normas profesionales tan sólo sectorialmente, se trata de analizar en qué medida éstas últimas son compatibles con las primeras, esto es, si las normas que regulan los ámbitos profesionales deben ser admitidas por el Derecho penal en toda su normatividad o bien, por el contrario, si las normas penales no se hallan vinculadas por los contenidos de las normas profesionales. En esta tesitura Hassemer se decanta por la primera opción. Al cumplir la "profesión" una función estatal y social que el Derecho penal no intenta neutralizar, sino que tiene en ella un interés esencial, existe la presunción de que la reglas profesionales no contradicen el Derecho penal, sino que más bien lo complementan y lo concretan.[18] Así, la doctrina penal trabaja con modelos como la *lex artis* de la medicina o las reglas de conducta de los abogados para no incurrir en "impedimento de pena" (*Strafvereitelung*, § 258 StGB) en el ejercicio de la defensa jurídica de sus clientes que demuestran que los ámbitos de actuación profesionales estructurados normativamente desarrollan límites para el injusto penal.[19] "En estos casos –añade Hassemer–, se trata de estructuras normativas previas desarrolladas en un ámbito de actuación social determinado con consecuencias precisas y restrictivas para la concreción del injusto penal (...) En estos casos, se produce una limitación del injusto penal fruto de la adecuación profesional: lo que es profesionalmente adecuado, no

17. Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, p. 82.

18. Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, p. 85. Con ello Hassemer salva la posible objeción de que también las normas sociales vigentes en las "subculturas" (p. ej., en las prisiones) serían normas vinculantes para el Derecho penal. Dado que en esos casos existe un contradicción radical entre las normas sociales y las penales de forma que las últimas intentan neutralizar a las primeras, no puede afirmarse que exista una relación de adpatación, complementariedad o concretzación entre ellas.

19. Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, p. 82.

puede estar a la vez penalmente prohibido (y a la inversa). Igualmente, el método de limitación empieza siempre (no forzosamente pero si de manera racional) en las normas (extrapenales) sociales y continúa hasta las normas penales: si se sabe lo que es profesionalmente adecuado se obtiene con ello el límite del injusto penal".[20]

En definitiva, Hassemer sostiene que las conductas neutrales, socialmente aceptadas, profesionalmente reguladas y, por tanto, adecuadas no pueden estar penalmente prohibidas. Quien obra de acuerdo con las normas profesionales obtiene con ello la presunción de obrar también de forma atípica. Ello conduce a la impunidad, en general, de las acciones profesionalmente adecuadas, incluso cuando quien las ejecuta sea consciente de que un tercero desviará esa actuación hacia la comisión de un delito. Por el contrario, una conducta realizada en el marco profesional sólo dará lugar a complicidad punible cuando se infrinjan las reglas profesionales. Esta infracción puede revestir dos manifestaciones: cuando se trata de modificaciones de conductas habituales en forma de prestaciones nuevas y ajenas a la actividad que sólo pueden ser vistas como condiciones para la consecución de fines criminales o cuando se trata de la creación o adaptación de actividades reguladas a finalidades no "neutrales" o a planes delictivos ajenos.[21] Con ello Hassemer pone de manifiesto las excepciones a la impunidad como criterio general de las conductas profesionalmente adecuadas.

2.3.2 La solidarización con el injusto ajeno

1. Un camino muy distinto es el seguido por Schumann. Según este autor, la razón por la que se puede hacer responsable a un partícipe reside únicamente en su particular "desvalor del acto". Éste consiste en la solidarización con el injusto del autor.[22] La participación exterioriza un *desvalor socialmente insoportable* en tanto

20. Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, p. 83.

21. Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, pp. 86-87.

22. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, pp. 50-51.

que el partícipe se solidariza a través de su aportación con el injusto doloso ajeno,[23] esto es, se «coloca de manera identificable de parte del injusto».[24]

2. En lo que aquí interesa las consecuencias a las que conduce la perspectiva de Schumann deben ser examinadas detenidamente. En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que Schumann utiliza el criterio de la solidarización con el injusto ajeno no sólo como fundamento del injusto del partícipe, sino también como criterio de imputación objetiva. A mi juicio este doble significado que Schumann maneja indistintamente ha conducido a la doctrina a interpretaciones incorrectas de su postura.[25] Así cuando Schumann afirma la impunidad del vendedor de un destornillador que conoce su posterior uso en un robo no lo hace únicamente porque no concurra el injusto de la participación, sino porque directamente entiende que el § 27 StGB exige para imputar el resultado que el cómplice mediante su aportación se *adhiera* al hecho ajeno (*sich mit der fremden Tat gemein macht*).[26] El criterio de la solidarización sirve, por tanto, a la interpretación restrictiva del tipo objetivo del participe.[27] En el ejemplo, el vendedor sólo tiene en común con el autor el acto de la venta en sí misma pero no el uso que posteriormente se haga del destornillador, por lo que en ningún caso puede afirmarse que su aportación signifique *objetivamente* una adhesión o solidarización al robo. La solidarización con el injusto ajeno, es ante todo, el criterio objetivo de imputación en la participación. Lamentablemente las particularidades de ese criterio de imputación no se

23. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p 51.

24. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 57: «erkennbar auf die Seite des Unrechts tritt».

25. Advierten esta particularidad, Wolff-Reske, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, p. 73; Rogat, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, p. 120; la pasan por alto, Wohlleben, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, pp. 14-16; Roxin, *LK*, § 27 n.º marg. 16-22.

26. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 51.

27. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, pp. 60 y 62.

encuentran muy explicitadas en la obra de Schumann. Éste se limita a afirmar que existe solidarización con el injusto ajeno a partir del momento en que no pueda verse otro "motivo razonable" en la conducta[28] y a concretarlo mediante algunos "subcriterios de solidarización": la cercanía con el hecho o el favorecimiento del hecho ajeno en la esencia de su injusto.[29] Así, en caso de que la venta del destornillador se produjera en la fase ejecutiva se produciría la impresión desde el punto de vista psicológico-social de una solidarización peligrosa derivada de la especial cercanía con el hecho.[30] Pese a todo, no es suficiente que la prestación de ayuda se produzca temporalmente después del inicio de la tentativa, sino que además es necesario que el favorecimiento del hecho ajeno constituya la esencia del actuar injusto del cómplice.[31] Ello no ocurre, por ejemplo cuando un empleado entrega mercancías a su jefe con las que éste cometerá una estafa. La esencia del injusto en la estafa es la influencia que se ejerce sobre la representación de la víctima a través del engaño y en este caso, ciertamente, el empleado interpone una condición para ello pero no configura el engaño como tal, en su concreto contenido o intensidad.[32]

28. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, pp. 59-60, reconociendo las similitudes de su propuesta con la de Jakobs (p. 62). En una línea similar a la de Schumann pero absolutamente restrictiva, Schild-Trappe, *Harmlose Gehilfenschaft?*, pp. 186 y ss., niega, rotundamente que las conductas neutrales puedan dar lugar a complicidad. Schild-Trappe también parte de que la complicidad presupone la solidarización con el injusto ajeno, sin embargo se aparta del planteamiento de Schumann cuando exige que esa solidarización se produzca mediante un influjo psíquico en el ámbito afectivo del autor que éste reconozca y acepte (pp. 96 y ss.). Así, las aportaciones meramente físicas o intelectuales al hecho del autor no constituyen complicidad punible en tanto no vayan acompañadas de a influencia psíquico-afectiva en el autor. Dado que en los casos de complicidad mediante conductas neutrales se trata de aportaciones meramente físicas o intelectuales, no pueden dar lugar a responsabilidad (p. 187).

29. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, pp. 57 y ss.

30. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 57.

31. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 57.

32. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 58.

3. En este punto, es necesario hacer una mención especial a Feijóo Sánchez, quien sigue un camino próximo al de Schumann.[33] Feijóo distingue entre acciones de participación que se prestan antes de que el autor haya tomado la resolución de delinquir y las que se prestan después de ese momento. La regla general es que en las primeras la participación está excluida, mientras que en las segundas será casi siempre punible. La excepción a la impunidad de las acciones de participación antes de que el autor haya tomado la resolución delictiva, es la existencia de una posición de garantía y por supuesto, la inducción. Fuera de esos casos, no cabría la participación. Por el contrario cuando ya se ha iniciado la tentativa, Feijóo sostiene que todo favorecimiento adquiere el sentido de cooperación al delito. Los casos difíciles son aquellos que se hallan entre ambos grupos, esto es, aquellos en los que el favorecimiento se produce después de que se haya tomado la resolución pero antes de que se de inicio a la tentativa. En estos supuestos, Feijóo afirma que existe participación cuando la conducta adquiera cualquier grado de solidarización con la futura conducta del autor.[34]

2.3.3 El riesgo permitido y la teoría de la imputación objetiva

1. Un importante sector de la doctrina toma el riesgo permitido como institución básica para encontrar un criterio que delimite la participación punible de la que no lo es.[35] El problema reside, entonces, en determinar cómo opera el

33. Feijóo Sánchez, *Límites a la participación criminal*, pp. 59 y ss.

34. Feijóo Sánchez, *Límites a la participación criminal*, p. 79.

35. Entre otros, Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* pp. 295 y ss.; Freund, *Strafrecht*, § 10, n. marg. 138 y ss.; Hefendehl, «Der mißbrauchte Farbkopierer», *Jura* 1992, p. 376 y ss.; Jakobs, *AT*, 24/13 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 145 y ss.; el mismo, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, pp. 253 y ss.; Lesch, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, pp. 278 y ss.; Löwe-Krahl, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften* 1990; el mismo, «Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer kunden –die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen», *Wistra*, 1995, p. 205 y s.; Meyer-Arndt, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *Wistra*, 1989, pp. 281 y ss.; Puppe, *NK*, previo al §

riesgo permitido en la complicidad, esto es, qué clases de acciones de favorecimiento son las que no alcanzan a traspasar el filtro de la imputación objetiva. En este punto, hay una grave división de opiniones, que me parece conveniente ordenar en dos grandes grupos.[36]

a) Por un lado, los que entienden que el riesgo permitido resulta sobrepasado en función del grado de conocimiento que el cómplice tenga del plan delictivo del autor.[37] En este sentido conviene mencionar la aportación en la doctrina española de Blanco Cordero. Según este autor, el límite del riesgo permitido «se puede situar allí donde existan concretos puntos de apoyo, indicios, que permitan prever la posibilidad de un comportamiento posterior doloso al que puede contribuir la conducta del sujeto (...) para determinar si la conducta de ayuda al autor crea un riesgo penalmente desvalorado, es preciso valorar en el caso concreto si de las circunstancias existentes se deriva que el interviniente conoce el carácter peligroso de su aportación».[38] A partir de ahí, y en clara conexión con la postura de Roxin, Blanco Cordero entiende que en la medida en que el favorecedor conozca que «su conducta será utilizada para la realización de

13, n.º marg. 155 y ss.; la misma, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielsfällen aus der höchtsrichterlichen Rechtsprechung. IV. Zurechnung bei mehreren Beteiligten», *Jura* 1/1998, pp. 27 y ss.; Tag, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR* 1997, pp. 50 y ss.; Weigend, «Grenzen strafbarar Beihilfe», *FS-Nishihara*, 1998, pp. 197 y ss.; Wolff-Reske, *Berufbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, pp. 95 y ss.; Wohlers, «Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. Berufstypischem Verhalten?», *ZStrR* 117, 1999, 425 y ss.; el mismo, «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko -zur Einskränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB», *NStZ*, 2000, pp. 169 y ss.; Stratenwerth, AT, 4. ed., 12/160. Desde la perspectiva del principio de autoresponsabilidad, también, Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, pp. 57 y ss. En la doctrina española, con claridad, López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pp. 253 y ss.; Feijóo Sánchez, *Límites a la participación criminal*, pp. 59 y ss.

36. Es el momento de seguir insistiendo en (y advirtiendo de) el nominalismo que impera en las "perspectivas objetivas": muchas son "aparentemente objetivas".

37. Especialmente, ésta es la postura de Roxin, «Was ist Beihilfe», *FS-Miyazawa*, p. 513; Ransiek, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht», *wistra* 1997, p. 44. En España, muy recientemente y con absoluta claridad sostiene este punto de vista, Blanco Cordero, *Límites a la participación delictiva*, pp. 159 y ss.

38. Blanco Cordero, *Límites a la participación delictiva*, p. 160.

un hecho antijurídico», se habrá superado el riesgo permitido, de manera que el favorecimiento devendrá complicidad punible.[39]

b) Por otro lado los que entienden que el riesgo permitido depende de si existe o no un sentido o finalidad autónoma en la propia aportación del cómplice. En este último sentido destacan las propuestas de Frisch y Jakobs. En efecto, ambos autores, si bien con una terminología muy diversa, entienden que la conducta del partícipe sólo es punible cuando, en sí misma considerada, encierra un riesgo especial.

Jakobs excluye la responsabilidad del primer interviniente "cuando su conducta en el momento de su ejecución no depende de que la continúe la acción típica del ejecutor, con otras palabras, cuando su conducta también tiene sentido sin esa acción del ejecutor",[40] y, por el contrario, la afirma cuando el interviniente "tiene que definir su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, sólo puede motivarse por el plan delictivo".[41] Y Frisch afirma que "debe hablarse de una conducta con sentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitación o facilitación de una conducta delictiva ajena".[42] Las conductas con un inequívoco significado delictivo son, pues, aquellas en las que no exista un interés en la producción de la acción: se trata de conductas orientadas de tal manera a la referencia funcional a la posibilitación o facilitación de la conducta delictiva ajena de manera que su contenido de sentido se agota en esa posibilitación o favorecimiento.[43]

39. Blanco Cordero, *Límites a la participación delictiva*, p. 161.

40. Jakobs, *AT*, 24/15.

41. Jakobs, «La prohibición de regreso en el delito de resultado», en *Estudios de Derecho penal*, p. 260.

42. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* p. 291. Vid. también, pero aplicado al caso del encubrimiento (Strafvereitelung), el mismo, *Jus* 1983, pp. 922-923; y *NJW* 1983, p. 2473.

43. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 280. También Meyer-Arndt y, en menor medida, Ransiek se aproximan a esta solución. El primero afirma que "la frontera

En definitiva, bajo esta comprensión *objetivo-general* de la "referencia de sentido delictiva" se excluiría la imputación al primer sujeto siempre que su conducta apareciese *objetivamente* con sentido también sin el posterior hecho del autor, siendo indiferente que tuviera o no algún otro sentido posible para el autor. Y ello porque al no tener la conducta de cooperación única y exclusivamente un sentido delictivo o en tanto pudiera hallarse otra explicación plausible para su producción, no podría imputársele también el hecho llevado a cabo por un tercero mediante la desviación unilateral de uno de los sentidos posibles hacia lo delictivo. Por el contrario, la imputación tendrá lugar para quien sólo puede haberse motivado por un plan delictivo, esto es, para quien en su conducta sólo muestra tener la voluntad de que se produzca el comportamiento que de modo evitable lesiona directamente –motivabilidad delictiva en sentido objetivo–.

Es significativo que tanto Jakobs como Frisch, a pesar de reconocer y sostener que la interpretación exclusivamente delictiva de la conducta es un criterio fundamental para averiguar el sentido delictivo no se conformen con ello y acudan a ulteriores criterios para precisar los contornos del riesgo desaprobado en las acciones de cooperación. En efecto, Frisch considera que: «la configuración sólo delictivamente interpretable de determinadas acciones que posibilitan o facilitan el hecho constituye únicamente *un* tipo de casos»[44] de conductas con significado delictivo. La fundamentación de la referencia de sentido delictiva también puede tener lugar cuando la conducta tiene en cuenta la decisión delictiva de otro, por

debe trazarse allí donde la acción del tercero deja de ser *específica para el hecho*. La acción del tercero no es específica para el hecho cuando se refiere a una conducta del autor que es en sí legal y que, sin considerar las acciones punibles posteriores, en sí misma permanece con sentido desde el punto de vista económico, social o individual (Meyer-Arndt, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *wistra* 1989, p. 287). Por su parte Ransiek restringe la extensión de la punibilidad que se deriva de su perspectiva tendencialmente subjetiva con el criterio de la "seguridad suficiente de la comisión del hecho" exigiendo que exista una "especial referencia al hecho principal", referencia que concreta en que para ser punible la aportación tiene que servir a una aplicación que sea exclusivamente ilegal, esto es, que no pueda aplicarse simultáneamente de forma delictiva y no delictiva (Ransiek, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht», *wistra*, 1997, p. 46).

44. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* p. 292.

ejemplo, cuando esa conducta se corresponde a los deseos o las exigencias para la posibilitación o facilitación de determinadas acciones que son inequívocamente delictivas.[45] En lo que alcanzo, también Jakobs ha relativizado su "fórmula" proveniente de su primer estudio sobre la prohibición de regreso[46] aproximándola posteriormente a la idea de la configuración de la prestación de forma que se adapte al contexto delictivo.[47] Efectivamente, en un primer momento junto al criterio arriba mencionado de la motivación exclusivamente delictiva de la conducta, Jakobs distinguía una segunda "fórmula" que también conducía a la responsabilidad del primer interviniente, a saber, «cuando quien causa de forma mediata adapta su comportamiento al plan del otro, siendo este un plan que no puede estar motivado como plan no delictivo».[48] Esta distinción se ha ido desdibujando en manos del propio Jakobs hasta el punto de que el criterio de la motivabilidad exclusivamente delictiva deja de tener importancia. Más bien, si al interviniente también se le imputa el hecho no porque éste se vincule a él de forma arbitraria (causal, voluntaria, motivable), sino por la existencia de una comunidad fundada normativamente, esto es, determinada exclusivamente por el significado social-comunicativo,

45. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* p. 292. Si bien es cierto que Frisch exige para el castigo del grupo de casos de "reacción a necesidades definidas delictivamente" que se produzca un incremento del riesgo para el bien jurídico. Ello –afirma Frisch– no supone adoptar una perspectiva naturalística o hipotético-naturalística, sino que se trata de una perspectiva específicamente normativa. «El incremento del riesgo no es problemático allí donde el que realiza la exigencia del autor le descarga, a éste de una parte del ataque: la conducta incrementa el riesgo porque es parte integrante de una conducta que ya en general incrementa el riesgo». En los casos de intervención en la fase previa a la ejecución, por el contrario, Frisch estima que lo decisivo es si el autor hubiera podido realizar la correspondiente condición o precondición de la comisión del delito sin que por ello la posibilidad de ejecución del hecho resultara afectada o bien aumentara el riesgo de ser descubierto (pp. 293-294).

46. Jakobs, *ZStW*, 89 (1977) p. 23 (*idem*, «La prohibición de regreso en el delito de resultado», en *Estudios de Derecho penal*, p. 260).

47. Cfr., Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 162; y muy especialmente, el mismo, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, pp. 263-264.

48. Jakobs, «La prohibición de regreso en el delito de resultado», en *Estudios de Derecho penal*, p. 260. Sin embargo, es cierto que, como ya apuntara Frisch, (*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* p. 280, nota n. 167), tanto el contenido como la relación entre los dos criterios de Jakobs adolecen de una cierta confusión.

entonces también debe ser del todo indiferente si la única motivación posible del interviniente es la cooperación en el delito en tanto no exista una manifestación con significado social suficiente para que pueda operar la imputación. Con otras palabras: nadie puede reclamar para sí algo como propio aunque el único motivo por el que lleve a cabo su conducta sea esa reclamación si no ha puesto una razón objetiva (!) suficiente para ello.[49] Así las cosas, Jakobs, considera que existe la prohibición de retroceder hasta la conducta de un sujeto implicado causalmente en la comisión de un delito cuando su conducta no defrauda expectativas o, con otras palabras, cuando se mueve dentro de su rol. En la medida en que las conductas neutrales de intervención en el delito se caracterizan por el hecho de que el sujeto se mueve dentro de los límites de su rol (la mayoría de las veces, profesional), no existirá en estos casos complicidad punible en el delito.

El aspecto que mayor estupor o incomodidad causa de la propuesta de Jakobs es la irrelevancia de los conocimientos especiales. En efecto, quien vende un cuchillo sabiendo que va a ser utilizado para matar a alguien, no responde. Tampoco el taxista que transporta al delincuente hasta el lugar del hecho. En la medida en que el vendedor se comporta como un vendedor normal o el taxista sólo se limita a transportar al cliente, no hay complicidad punible. En estos casos Jakobs tan sólo estima que concurre la infracción de deberes de solidaridad, pero de ningún modo responsabilidad por las consecuencias de la organización. La coherencia de este planteamiento no es llevada hasta sus últimos extremos por Jakobs. Así en el caso de que la venta del cuchillo se haga en el contexto de una pelea mortal, para Jakobs ya no opera la prohibición de regreso, que según él presupone que el entorno no sea caótico, esto es, presupone la clara definición de los roles.

49. Cfr. las últimas aportaciones de Jakobs al estudio de la prohibición de regreso, donde además, muy significativamente, se lamenta de que su anterior concepción sobre la prohibición de regreso estaba, en parte, demasiado impregnada de subjetivismo y no suficientemente fundamentada sobre la delimitación de los roles: *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 145 y ss. y p. 171; y, sobre todo, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, pp. 253 y ss. y p. 260.

3. Toma de postura

3.1 El tipo objetivo de la complicidad como marco idóneo para el análisis y la cuestión de los conocimientos especiales

1. En primer lugar, debe insistirse en la idea de que los supuestos de complicidad mediante acciones neutrales deben ser tratados dentro de la problemática más amplia de los límites a la intervención punible en el delito y no como un grupo de casos con determinados privilegios o excepciones. En segundo lugar, la ubicación correcta de las particularidades de estos casos es en el ámbito del tipo objetivo. Por un lado, son razones pragmáticas las que aconsejan llevar al tipo objetivo de la complicidad la filtración de estas conductas. En este sentido, Frisch ha aportado un argumento del máximo interés. Se trata de lo que él denomina el "principio de idoneidad": «allí donde se trata de objetos o prestaciones que se pueden vender, alquilar, entregar o producir sin ningún inconveniente, una prohibición concebida para el que las ejecuta casualmente con mala intención no comporta el más mínimo efecto de protección para el mundo de bienes jurídicos, puesto que el perjudicado por los efectos de la prohibición podría acudir en todo momento y sin ningún riesgo a otras personas de las que recibiría fácilmente estas prestaciones».[50] Contra este argumento no cabe objetar que sucedería exactamente lo mismo si no se tuvieran en cuenta las finalidades del sujeto que realiza la aportación. Precisamente, la referencia al lado objetivo de la conducta como criterio de desaprobación jurídico-penal permite la orientación de los sujetos que entran en contacto sin consideración a los conocimientos individuales, cosa que, posibilita y garantiza la vigencia generalizada (idónea) de la prohibición. Pero, sobre todo, son consideraciones sistemáticas las que se esgrimen a favor de la ubicación del problema en el seno de la teoría del tipo objetivo. En efecto, si se considera que la

50. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* p. 286.

cuestión relativa a la relevancia penal de las conductas neutrales de intervención en el delito cae de pleno dentro del ámbito de la libertad general de actuación, de ahí se desprende que se trata de un problema a resolver en el marco de la relevancia del riesgo desde el punto de vista objetivo que estas conductas comportan para los intereses o bienes penalmente protegidos. El lado subjetivo de estas conductas debe supeditarse al análisis previo de su relevancia objetiva, en tanto que el objeto del dolo o imprudencia es siempre el lado objetivo de la conducta. En este sentido, las teorías subjetivas son criticables[51] porque incurren en el error metodológico de invertir el análisis y a ubicar el problema en sede de tipicidad subjetiva, sin que se haya fundamentado antes la peligrosidad objetiva (o intersubjetiva, si se quiere) de la conducta. En efecto, en las perspectivas subjetivas se afirma que la acción es peligrosa si el sujeto sabe lo que ocurrirá después. Si lo desconoce, en cambio, no existe creación alguna de riesgo típicamente relevante. La peligrosidad surge, entonces, únicamente a partir de los conocimientos del sujeto. No es necesaria una argumentación muy amplia para demostrar que esta forma de operar está en abierta contradicción con el principio "cogitationis poenam nemo patitur". Esto es, el principio según el cual lo que el sujeto conozca, piense o desee queda en su ámbito privado siempre que no exista una manifestación externa que además sea objetivamente peligrosa. Transportar a alguien en taxi hasta un lugar determinado, vender pan o pagar una deuda no son acciones objetivamente peligrosas. Entonces, si no se quiere castigar el mero "saber", debe fundamentarse muy cuidadosamente por qué razón pasan a ser objetivamente peligrosas cuando el cliente informa al taxista que en el lugar del hecho cometerá un hurto, cuando el comprador explica que utilizará el pan para lesionar la integridad de su esposa o cuando el deudor conoce que el acreedor utilizará el dinero recibido en una estafa. La intención o

51. Son también criticables por sostener diferencias en el tratamiento del dolo eventual y del dolo directo. Este insólito quebrantamiento del tratamiento unitario del dolo es el fruto de llevar el problema al tipo subjetivo, pues es la única manera de deslindar entonces los supuestos que merecen pena de los que no la merecen.

el deseo no pueden castigarse en tanto que no se traduzcan en una configuración externa objetivamente desaprobada por sí misma. Lo contrario conduce al "Derecho penal de la voluntad".[52]

A lo anterior cabe añadir que al igual que una conducta no pierde su significado delictivo porque al sujeto le falte la intención de favorecer el delito ajeno, tampoco lo recibe por el mero hecho de que quiera favorecerlo.[53] El sentido delictivo es un dato objetivo que se desprende de la configuración externa de una conducta. Cuando puede afirmarse que una conducta posee el significado de favorecer un delito, la ausencia o presencia de una determinada voluntad por parte de quien la realiza no modifica su sentido objetivo en absoluto. Y a la inversa, si en su configuración no revela un sentido delictivo, en nada afecta al lado objetivo de la conducta que el sujeto tenga determinadas finalidades por muy inmorales o despreciables que sean. De nuevo: el conocer o querer una acción no la convierte *per se* en peligrosa, so pena de infringir el principio del hecho.

"Como más adelante se expondrá, ello no significa que lo subjetivo quede al margen del significado objetivo de los hechos. A la pregunta ¿desempeña la finalidad un papel fundamental en la representación social acerca del significado de los hechos? debe responderse afirmativamente, pero matizando que no cualquier finalidad, no cualquier conocimiento y no cualquier representación individual de la realidad. Con otras palabras, causar sabiendo o representándose un determinado acontecimiento lesivo puede ser un riesgo permitido. El significado de los actos no debe regirse ni por el significado otorgado por el propio sujeto ni por el significado que intersubjetivamente creemos que el sujeto otorgó a sus actos, sino esencialmente por aquello que desde el punto de vista social (intersubjetivo) es significativo por sí

52. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 298. Vid. en este sentido también, Löwe-Krahl, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäfften*, p. 22; Hassemer, «Professionelle Adäquanz», *Wistra* 1995, p. 43; Tag, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR* 1997, p. 51; Weigend, «Grenzen strabarer Beihilfe», *FS-Nishihara*, p. 200; López Peregrín, *La complicidad en el delito*, p. 270 y ss.

53. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* p. 284.

mismo. Y significativas por sí mismas sólo son las exteriorizaciones normativamente desvaloradas. Si ello es así, tan sólo alguna clase de conocimientos y no todos pueden ser relevantes para la imputación objetiva, en concreto, aquellos conocimientos normativamente vinculados a exteriorizaciones desaprobadas."

Las perspectivas subjetivas confunden, además, el ámbito interno con el externo cuando afirman que el "actuar-sabiendo" ya no es un acto neutral o irrelevante para el Derecho penal. El principio "cogitationis poenam nemo patitur", como principio normativo, significa algo más que una exclusión del castigo de los procesos que se desarrollan en el ámbito psíquico del sujeto. No se trata solamente de que conforme a este principio el Derecho penal no castigue lo interno, esto es, lo que no modifica físicamente el mundo exterior y permanece en la psique del sujeto, sino de que el Derecho penal reconoce al individuo un ámbito privado al que se sustrae completamente. Lo que forma parte de ese ámbito privado no viene determinado por el hecho de que el sujeto solamente piense y no actúe, sino por la relevancia normativa de sus manifestaciones (tanto psíquicas como físicas). En relación con las conductas neutrales de favorecimiento, es evidente que el mero saber se mueve en el campo de las "cogitationis", pero también debe admitirse que el "actuar-sabiendo" tampoco supera, sólo por ello, el ámbito de lo "privado". Si, por el contrario, se traza la frontera de lo privado en el mero dato naturalístico de la externalización de un conocimiento entonces no habría porqué dejar impunes a la mayoría de actos preparatorios cometidos en solitario. Al comprador de un coche con la intención posterior de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas debería castigársele, en el momento de la adquisición del coche, por "la preparación" de un delito doloso; lo mismo ocurriría con la mujer que adquiere un vaso para servir el vino envenenado a su esposo o con quien simplemente manifiesta públicamente su intención de apoderarse de una cosa ajena. Si el Derecho penal tuviera la misión de controlar el lado subjetivo de los ciudadanos, ciertamente, bastaría cualquier excusa para justificar el análisis de los motivos que impulsan a los ciudadanos a obrar de una determinada manera. Pero dado que «en el Derecho penal de un Estado

de libertades» se trata del control de lo externo, «la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso perturbadores».[54] Como afirma Jakobs: «una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena (...) Sólo si y sólo en la medida en que sea reconocible ex re una arrogación actual, resulta legítimo preguntar al autor cómo llegó a esa conducta y qué fin perseguía con ella, esto es, cómo hay que interpretar, por tanto su conducta a la luz de los factores internos».[55] O, por expresar esta misma idea en palabras de Frisch: «la única legitimación para recurrir a lo interno del autor surge sólo una vez determinada la existencia de un riesgo desaprobado desde una base objetiva (estandarizada). La anteposición del juicio objetivo previene del peligro de que el aplicador del Derecho aborde el ámbito de lo interno del autor (entre otras cosas, sus capacidades de juicio), aunque deba negarse la creación desaprobada del riesgo ya a partir de un juicio objetivo. El acceso a lo subjetivo es, por el contrario, tan sólo legítimo si un juicio objetivo conduce a la desaprobación del riesgo o bien, en caso de ausencia de desaprobación del riesgo con fundamento objetivo, existen puntos de apoyo para afirmar la relevancia peligrosa de los conocimientos especiales del autor. Brevemente: la anteposición de lo objetivo sirve a la protección de la persona y es por ello completamente razonable».[56]

2. ¿Qué sucede con los conocimientos especiales? Es necesario revisar la teoría según la cual los conocimientos especiales deben tenerse *siempre* en cuenta en la imputación objetiva. Esta cuestión ha de quedar sometida a consideraciones normativas más profundas y distintivas. Un buen punto de partida, que, según

54. Jakobs, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, p. 302.

55. Jakobs, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, p. 302-303.

56. Frisch, «Straftat und Straftatsystem» en Wolter/Freund, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, p. 194.

creo, podría llegar a compartir la práctica totalidad de la doctrina es la idea de la imposibilidad de realizar un juicio puramente objetivo de peligro.[57] Las razones para ello resultan obvias: la conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva que la dogmática penal se ha empeñado en separar con la pretensión de trazar una línea divisoria más o menos nítida, ubicando en cada una de las partes los diversos elementos relevantes de la misma. Como es sabido, de tal separación se siguen consecuencias trascendentales.[58] Sin embargo, la discusión acerca de la separación entre lo objetivo y lo subjetivo en Derecho penal puede ser difícilmente útil (y ello es una razón que la hace, a la vez, difícilmente justificable) si lo que con ella se está afirmando es que obedece (en el sentido de concordancia) a una realidad preexistente a la formación de los conceptos o categorías de tipo objetivo y tipo subjetivo. La formación del binomio conceptual objetivo-subjetivo tiene sentido si a cada uno de ellos les corresponde cumplir con una misión diferenciada en el esquema de análisis del delito. Cuando predicamos el atributo "objetivo" intentamos expresar la idea de que se trata de algo válido o vinculante para todos. Con la noción de subjetivo, en cambio, nos alejamos de esa generalización y nos remitimos a características particulares y específicas de la persona que realiza determinada conducta. En este sentido, resulta perfectamente legítima una división entre lo objetivo y lo subjetivo que, más que los aspectos ontológicos, tome por base las exigencias de generalización de las conductas.[59] Si ello es así, entonces datos subjetivos pueden formar

57. Cfr. por todos, Mir Puig, PG, Lecc. 10, n. marg. 3; el mismo, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, 1998, pp. 673 y ss.

58. Así, por ejemplo, quienes desde perspectivas finalistas sostienen que la permisión o prohibición de una conducta depende esencialmente de los conocimientos del autor llegan a la conclusión que resulta inútil anteponer al análisis de tales conocimientos un juicio de peligro objetivo.

59. Críticamente, Burkhardt, «Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex ante-Betrachtung – Zugleich ein beitrag wider die "Vewirrung zwsichen dem Subjektiven und dem Objektiven"», en Wolter/Freund, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, pp. 99 y ss. y pp. 131 y ss. Las críticas de este autor se basan en la incapacidad de mantener un juicio puramente objetivo de peligro por parte de la teoría dominante que afirma proceder de esta manera. Y es por ello por lo que él propone, para ser coherente que realmente el juicio sea objetivo y se construya un juicio ex post. Si bien comparto la crítica que hace referencia a la imposibilidad de mantener un

parte de las exigencias de generalización de conductas propia de la categoría de la tipicidad objetiva. ¿Supone lo anterior admitir la subjetivización del juicio?. No. De la individualización en el juicio no se desprende una subjetivización. No se está afirmando la relevancia en el análisis de la subjetividad del sujeto. La valoración de la conducta tiene lugar posteriormente de manera objetiva. Tan sólo ocurre que el objeto de valoración está individualmente recortado, esto es, lo constituyen las circunstancias concretas de la realidad individualmente abarcables. Sólo desde el punto de vista individual puede determinarse cuáles son las alternativas de conducta a las que se enfrentaba el sujeto. Esto no supone una subjetivización, sino una individualización del juicio, que no es, obviamente, lo mismo.[60]

Una vez se ha determinado que en el objeto del juicio de desvaloración de la conducta deben introducirse los conocimientos del agente (pues sólo así es posible dirigir exigencias de comportamiento jurídico a una concreta conducta), sigue estando en pie la pregunta relativa a qué aspectos de la realidad conocida *debe* tomar en consideración el agente para orientar su conducta. ¿Si sabe algo que los demás desconocen, tiene *siempre el deber jurídico* de tomarlo en cuenta y omitir su acción? La respuesta es negativa. No todos los aspectos de la realidad conocida son relevantes para el juicio de desaprobación de la conducta. Lo fundamental es que se tuviera el deber jurídico de incorporar tales conocimientos y omitir la correspondiente conducta. Este deber es previo e independiente al hecho de poseer los conocimientos. Las normas de conducta, en su función de orientación sobre el comportamiento jurídicamente correcto e incorrecto, se construyen sobre parámetros generales incorporando, en ocasiones, deberes de adquirir o poseer determinados conocimientos ante ciertas situaciones. Pero no es cierto que a partir

juicio puramente objetivo de peligro no creo que ello deba conducir, necesariamente a la perspectiva ex post (véase en este sentido, Frisch, «Straftat, und Straftatsystem», en Wolter/Freund, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, pp. 171 y ss.).

60. Véase al respecto, Robles Planas en Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar*, pp. 92 y ss.; sobre lo que sigue, especialmente, también, el mismo, *La participación en el delito*: fundamento y límites, pp. 202 y ss.

de cualquier conocimiento surja una norma de conducta que obligue a adaptar la situación al conocimiento adquirido. Lo anterior no está puesto en duda para el ámbito de la omisión. Quien sabe seguro que se producirá un determinado resultado lesivo y sin embargo no lo impide, sólo responde por omisión de los deberes de solidaridad mínima, salvo que la evitación del resultado fuera de su incumbencia. El siguiente ejemplo de Jakobs no deja lugar a dudas: «si un estudiante de arquitectura de una escuela técnica superior, que en vacaciones se pone a trabajar como un peón albañil, se percata, dados los conocimientos adquiridos durante su formación universitaria, de que una cubierta de un edificio que va a ser encofrada ha sido calculada de manera que resulta demasiado endeble, a lo sumo le alcanza los deberes del 323 c StGB [omisión del deber de socorro]».[61] Sin embargo, ello se discute aún en el ámbito de la comisión activa, de manera que si el estudiante del ejemplo «actúa encofrando él mismo el hormigón, de acuerdo con las instrucciones recibidas, ¿debe responder, como autor, por la catástrofe que se avecina?».[62] Al responder afirmativamente a la pregunta se genera una situación que contiene «un deber contradictorio: si se sabe lo que ocurre hay plena responsabilidad pero nada obliga a darse por enterado de la situación amenazante o a no olvidar, de inmediato lo que se ha llegado a conocer».[63] «En casos así – continúa Jakobs– resulta evidente cómo en la práctica uno podría evitar la responsabilidad: evitando saber algo acerca del daño que amenaza con producirse».[64]

En definitiva, el problema de los conocimientos especiales pasa a convertirse en el problema de la distinción entre conocimientos relevantes e irrelevantes en la desaprobación de la conducta. Naturalmente esta cuestión no puede ser respondida

61. Jakobs, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho penal*, p. 236.

62. Jakobs, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho penal*, p. 236.

63. Jakobs, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho penal*, p. 236.

64. Jakobs, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho penal*, p. 236.

mediante fórmulas generales, sino que deberán analizarse para cada ámbito los deberes de activación de los conocimientos que integran las correspondientes posiciones jurídicas. Una teoría general tan sólo puede resaltar que los concretos deberes se determinan teniendo en cuenta la existencia de espacios de libertad general de actuación, espacios en los que en la mayoría de las ocasiones el propio ordenamiento jurídico ya ha tomado una decisión (mediante regulaciones jurídicas y prejurídicas o estándares de conducta reconocidos) acerca de cuál es el ámbito de relevancia.

3. Finalmente, cabe realizar una importante advertencia en relación a posturas que pueden denominarse "aparentemente objetivas". Entender, como hace la mayoría de la doctrina que afirma adoptar la solución de la teoría de la imputación objetiva, que el riesgo permitido se sobrepasa siempre que el cómplice tiene un conocimiento (especial) acerca del hecho del autor es tan sólo adoptar una perspectiva aparentemente objetiva, en la que, después de desechar los criterios subjetivos, éstos se vuelven a colar "por la puerta de atrás" con un ropaje objetivo. Ésta es la postura que adoptan Roxin y Blanco Cordero, entre otros. Las críticas vertidas en contra de las perspectivas subjetivas son perfectamente trasladables en este punto.

Por ello, el punto de partida que me parece más plausible es el adoptado por Jakobs y Frisch.[65] Como se dijo, estos autores, no intentan delimitar el riesgo permitido sobre la base del conocimiento que el sujeto tenga del comportamiento futuro del autor, sino sobre la base del sentido de la propia conducta de favorecimiento. Contra esta postura podría objetarse que el sentido de una conducta puede también depender en función de lo que el sujeto conoce, y, en particular sobre los datos que tiene acerca de la intención futura del autor. Esta consideración es acertada en esencia, sin embargo, no constituye una objeción. En efecto, en determinados supuestos, el sentido de una conducta puede depender de determinados elementos que, desde el punto de vista naturalístico, se pueden ubicar

65. Sin embargo, creo que ninguno de los dos autores lleva su planteamiento hasta sus últimas consecuencias en los casos en los que un bien fundamental de la víctima corre peligro inminente. Sobre ello, vid. *infra* y, especialmente, las consideraciones efectuadas en Robles Planas, *Garantes y cómplices*, pp. 79 y ss

en el plano subjetivo. Ahora bien, no siempre que se tiene conocimiento de algo se debe afirmar automáticamente la existencia de un riesgo objetivo penalmente desvalorado. Más bien, el conocimiento de determinadas circunstancias (y entre ellas el conocimiento de las intenciones futuras del autor) puede ser un dato sin relevancia normativa. Son pues, criterios normativos los que deben decidir acerca de la relevancia de todas las circunstancias del hecho.

3.2 Líneas básicas de la conducta típica de intervención

1. Una vez sentado que el tipo objetivo es el marco idóneo para el análisis de los límites a la intervención en el delito y afirmada la necesidad de abordar el problema de los conocimientos especiales de modo distintivo y sin renunciar a las ventajas que ofrece la teoría de la conducta típica (o teoría de la imputación objetiva), estamos en condiciones de seguir avanzando para responder a la pregunta sobre cuándo se genera un riesgo no permitido de intervención en el delito.

"Las teorías de la adecuación social y de la adecuación profesional ofrecen puntos de partida interesantes, pero no contribuyen a un desarrollo preciso de la solución. La primera por la ausencia de criterios normativos para decidir cuándo una conducta está jurídico-penalmente desaprobada[66] y la segunda porque presupone automáticamente la irrelevancia jurídico penal de las conductas que se acomodan a toda "norma" profesional, norma cuya finalidad puede ser muy diversa a la que

66. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* p. 296; vid. también, en sentido crítico, Jakobs, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt», *ZStW* 89 (1977), p. 5 (también, «La prohibición de regreso en el delito de resultado», en *Estudios de Derecho penal*, p. 245: «el concepto de adecuación social (...) sólo es correcto en un pequeño núcleo»). En referencia expresa a la problemática de las conductas neutrales, denuncian la inoperatividad de la teoría de la adecuación social: Wolff-Reske, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, pp. 63 y ss.; Tag, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR* 1997, p. 52; Weigend, «Grenzen strafbarer Beihilfe», *FS-Nishihara*, pp. 200-201; Otto, «"Vorgeleistete Strafvereitelung" durch beruftypische oder alltäglische Verhaltensweisen als Beihilfe», *FS-Lenckner*, p. 201 y s.; Amelung, «Die "Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands», *FS-Gründwald*, p. 11; Ransiek, «Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen», en Amelung, (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 97.

se persigue con los criterios de desaprobación de las conductas en Derecho penal. Por su parte, la solidarización con el injusto ajeno se aproxima también a aspectos esenciales del problema, pero no previene convincentemente de interpretaciones subjetivistas, es altamente imprecisa y, sobre todo, no tiene en cuenta que el mero solidarizarse con el injusto ajeno no significa aún intervenir en el delito."

El punto de partida lo constituye la idea de que el injusto de la intervención en el delito se construye sobre la base de las mismas consideraciones que tradicionalmente se han efectuado en el contexto de la figura de la autoría: la conducta es típica por representar una creación desaprobada del riesgo. En el caso de la intervención se da la particularidad de la intermediación entre conducta y hecho lesivo de un tercero autorresponsable. Esta circunstancia debe ser especialmente tenida en cuenta a la hora de fundamentar la desaprobación penal de conductas que acaban traduciéndose en un hecho delictivo. En segundo lugar, la admisión de la intervención punible en el delito no sólo debe verse restringida en atención al principio de autorresponsabilidad, sino que la propia esencia de la intervención se deriva que sólo aquellas conductas que estén especialmente configuradas para el hecho delictivo en cuestión, pueden ser consideradas penalmente típicas. Ello significa más concretamente que la conducta, pese a su relativo alejamiento y la autorresponsabilidad del que aún tiene que incorporarla y llevarla hasta el hecho delictivo, debe mostrarse ya como un inequívoco primer paso hacia el hecho. De esta manera, puede afirmarse que la conducta se desaprueba precisamente por su configuración objetiva, que no es otra que la de implicar un riesgo no tolerado de que pueda continuarse, a través de intercero autorresponsable, hacia la comisión de un delito.[67]

2. A mi modo de ver, se crea un riesgo desaprobado de intervención en el delito en dos grandes grupos de casos.[68] En primer lugar, cuando se infringen

67. Véase, más detalladamente sobre el fundamento del injusto de la intervención y su repercusión en la conducta típica de intervención, Robles Planas, *La participación en el delito*: fundamento y límites, 2003, pp. 290 y ss.; el mismo, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 17 y ss. y 23 y ss.

68. Mi planteamiento es muy próximo al de Feijóo Sánchez, *Límites a la participación criminal*, pp. 81 y ss.

deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone precisamente para evitar que una determinada clase de aportaciones sean tomadas por otro para cometer un delito. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la prohibición de venta de armas, o a los deberes impuestos a los notarios para evitar el blanqueo de capitales. En la medida en que existen tales regulaciones puede afirmarse que el Ordenamiento Jurídico primario ha fijado unas determinadas posiciones de garantía o posiciones jurídicas específicas para evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos. Quien se coloca en esa posición jurídica está también especialmente obligado a velar por la conducta de los demás. Estos deberes suelen concretarse en deberes de cuidado específicos como el exigir determinadas licencias, identificaciones, o datos sobre la clase de operación o las capacidades del receptor de la aportación. Pues bien, el cumplimiento de tales deberes conduce a la exclusión de la punibilidad, pese a que el tercero acabe derivando la aportación hacia el delito.

Por otro lado, en los ámbitos en los que no existen deberes especiales, el castigo de la complicidad debe ser muy restrictivo. En atención al fundamento del injusto del interviniente tan sólo cuando se realiza una conducta inequívoca de *adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido* podrá hablarse de complicidad. Se trata de averiguar si el partícipe ha recortado su conducta teniendo en cuenta la posterior continuación delictiva por parte del autor. Para saber cuándo se da una conducta de adaptación habrá que tener en cuenta el contexto. En especial habrá que atender a datos objetivos como puntos de apoyo para interpretar el sentido de la acción. En la mayoría de los casos que se engloban bajo el rótulo de "conductas neutrales de complicidad" son dos los datos que suelen concurrir y que permiten excluir el castigo por complicidad: en primer lugar la relación espacio-temporal con el hecho. Cuanto más evidente y cercano sea el hecho, más fácil será determinar si existe una conducta de adaptación. En segundo lugar, la disponibilidad general del bien. Cuanto más ubicua sea la clase de favorecimiento, más difícilmente podrá afirmarse la especificidad de la conducta del favorecedor para el hecho.

Los casos habituales y más evidentes de cooperación en el delito son precisamente aquellos en los que el sujeto recorta especialmente su conducta (adaptación) para hacerla encajar en un hecho simultáneo o posterior, por ejemplo, aviniéndose a una petición específica del ejecutor. Así, el acompañamiento hasta el lugar del hecho para asegurar la huida; proporcionar material difícilmente obtenible; ofrecer instrucciones específicas; etc.[69]

3. De no poder afirmarse la presencia de una conducta típica de intervención, subsiste la posibilidad de apreciar en la conducta del partícipe la infracción de deberes de solidaridad, que en el Código penal español se concretan en los delitos de omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 450 C.P) y omisión del deber de socorrer (art. 195 C.P). Es cierto, sin embargo, que en muchas ocasiones, sobre todo cuando lo que corre peligro es un bien fundamental de la víctima (vida, integridad, salud, libertad y libertad sexual), la atribución de responsabilidad con base en la infracción de deberes de solidaridad puede parecer insuficiente. No obstante, éste es un terreno que debe aún explorarse, pues nada impide graduar también la responsabilidad en el ámbito de la solidaridad. De hecho, en los supuestos de realización de una conducta de favorecimiento causal y consciente a la producción del resultado cuya imputación no pueda fundamentarse por la co-configuración del hecho, lo más adecuado sería acudir a la infracción cualificada de deberes de solidaridad. En este sentido, parece aconsejable, de *lege ferenda*, extender la cualificación prevista en el art. 195.3 al art. 450, del Código penal para aquellos supuestos en los que al no impedir la comisión de un delito le haya precedido la realización de una conducta de favorecimiento permitida desde el punto de vista de la complicidad.[70]

69. Ulteriores referencias en Robles Planas, *La participación en el delito*: fundamento y límites, 2003, pp. 303 y ss.

70. Sobre ello, vid. Robles Planas, *La participación en el delito*: fundamento y límites, 2003, pp. 307 y ss.; el mismo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 79 y ss.

4. Bibliografía

Ambos, Kai, Beihilfe durch Alltagshandlungen, en *JA*, 2000, pp. 721 y ss.

Amelung, Knut, Die «Neutralisierung» geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, en *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 9 y ss.

Artz, Günther, Geldwäscherei -Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, en *NStZ*, 1990, pp. 1 y ss.

Baunack, Martina, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe:* unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe, Mainz, 1999.

Beckemper, katharina. Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, en *Jura*, 3/2001, pp. 163 y ss.

Blanco Cordero, Isidoro, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito,* Granada, 2001.

Bloy, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht,* Berlín, 1985.

Bolea Bardon, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal,* Valencia, 2000.

_____. *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial,* Barcelona, *2002.*

Cancio Meliá, Manuel, La teoría de la adecuación social en Welzel, en *ADPCP*, 1993, pp. 697 y ss.

_____. Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, en *GA*, 1995, pp. 179 y ss.

_____. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal,* Barcelona, 1998 (existe una 2. edición de 2001).

Cancio Meliá, Manuel/Jakobs, Günther, *El sistema funcionalista del Derecho penal,* Lima, 2000.

Cancio Meliá, Manuel/ Suárez González, Carlos, Estudio preliminar a Jakobs, en *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996.

Cancio Meliá, Manuel/ Suárez González, Carlos/Peñaranda Ramos, Enrique, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, introducción a Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 17 y ss.

Cornils, Karin/ Eser, Albin/Huber, Barbara (Eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg, 1998.

Dencker, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Berlín, 1996.

_____. Beteiligung ohne Täter, en *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 525 y ss.

Derksen, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992.

_____. Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, *GA*, 1993, pp. 163 y ss.

Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.

Diel, Katja, *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Frankfurt, 1997.

Feijóo Sánchez, Bernardo José, *Límites a la participación criminal: ¿existe una Prohibición de regreso como límite general del tipo en Derecho penal?*, Granada, 1999.

Freund, Georg, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln, *1992.*

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Heidelberg, 1998.

Frisch, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988 (existe traducción española a cargo de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004).

_____. Straftat und Straftatsystem, en Wolter/Freund *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 171 y ss. (existe traducción española a cargo de Robles Planas en *El sistema integral del Derecho penal*, 2004)

_____. La imputación objetiva: estado de la cuestión, en Roxin/Jakobs/Schünemann/ Frisch/Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra*, Madrid, 2000, pp. 19 y ss., (traducción española a cargo de Robles Planas, Ricardo).

_____. Beihilfe durch neutrale Handlungen –Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe –, en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 539 y ss

Gallandi, Volker, Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegerschutz, en *Wistra*, 1989, pp. 125 y ss.

Gomez Tomillo, *Libertad de información y teoría de la codelincuencia*, 1999.

Hassemer, Winfried, Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, en *Wistra*, 1995, Teilband I, pp. 41 y ss, y Teilband II, pp. 81 y ss.

Hefendehl, Roland, Der mißbrauchte Farbkopierer, en *Jura*, 1992, pp. 374 y ss.

Jakobs, Günther, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der Strafrechtlichen Haftung für Begehung, en *ZStW* 89 (1977), pp. 1 y ss.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. ed., Berlín, 1991, (existe traducción española a cargo de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995).

_____. Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995.

_____. *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, (traducción a cargo de Cancio Meliá, Manuel y Suárez González, Carlos).

_____. Akzesorietät. Zu den Vorausetzungen gemeinsamer Organisation, en *GA*, 1996, pp. 253 y ss.

_____. La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 241 y ss., (traducción a cargo de Cancio Meliá, Manuel).

_____. Representación del autor e imputación objetiva, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss., (traducción a cargo de Suárez González, Carlos).

_____. Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales "riesgo permitido", "prohibición de regreso" y "principio de confianza", en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 209 y ss., (traducción española a cargo de Peñaranda Ramos, Enrique).

_____. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos (tradución a cargo de Cancio Meliá, Manuel), en Jakobs/Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del Derecho penal,* Lima, 2000, pp. y ss.

_____. Bemerkungen zur objektive Zurechnung, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, pp. 45 y ss.*

_____; Cancio Meliá, Manuel. *El sistema funcionalista del Derecho penal,* Lima, 2000.

Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlín, 1996 (existe traducción española de la 3. edición con adiciones de Derecho español a cargo de Mir Puig, Santiago y Muñoz Conde, Francisco, Trrtado de Derecho penal. Parte General I y II, Barcelona, 1981; y de la 4. ed. a cargo de Manzanares Samaniego, José Luís, Tratado de Derecho penal, Granada, 1994).

Kohlmann, Günter (ed.), *Strafvefvolgung und Strafverteidingung im Steuerstrafrecht*, Köln, 1983.

Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana. Contribución al límite mínimo de la participación frente a los actos neutros, Granada*, 2002.

Lesch, Heiko Hartmut, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt, 1992.

López Pelegrín, Mª Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.

Löwe-Krahl, Oliver, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäfte*, Stuttgart, 1990.

_____. Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer kunden–die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen, en *Wistra*, 1995, pp. 201 y ss.

Lüderssen, Klaus, Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung, en *Festschrift für Gerard Grünwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 329 y ss.

Luzón Peña, *Curso de Derecho penal. PG I*, Madrid, 1995.

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4. ed., Barcelona, 1996, 5ª ed., Barcelona, 1998.

_____. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 389 y ss.

Murmann, Uwe, Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal, *RPJ*, n. 53, 1999, pp. 153 y ss. (traducción española a cargo de Robles Planas, Ricardo).

Niedermair, Harald, Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?, en *ZStW* 107 (1995), pp. 507 y ss.

Otto, Harro, Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung, *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 1994, pp. 775 y ss.

_____. "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch beruftypische oder alltäglische Verhaltensweisen als Beihilfe, en *Festschrift für Theodor Lenckner*, München, 1998, pp. 193 y ss.

_____. Das Strafbarkeitsrisiko beruftypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens, en *JZ*, 9/2001, pp. 436 y ss.

Philipowsky, Rüdiger, Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften, en Kholmann (ed.), *Strafverfolgung und strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, pp. 131 y ss.

Phelps, Anja, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, Aachen, 1997.

Puppe, Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielsfällen aus der höchtsrichterlichen Rechtsprechung. IV. Zurechnung bei mehreren Beteiligten, *Jura* 1/1998, pp. 21 y ss. (existe versión castellana a cargo de García Cavero, en Puppe, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, pp. 127 y ss.)

Ransiek, Andreas, Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht -Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele, en *Wistra*, 1997, pp. 41 y ss.

_____. Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen, en Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in burökratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, pp. 95 y ss;

Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Barcelona, 2003

_____. en Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2005

_____. *Garantes y cómplices. La intervención por omission y en los delitos especiales*, 2007.

Rogat, Stefan, *Die Zurechnung bei der Beihilfe: zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*, Frankfurt, 1997.

Roxin, Claus, Bermerkugen zur sozialen Adäquanz im Starfrecht, en *Festschrift für Ulrich Klug*, Köln, 1983, pp. 303 y ss.

_____. En *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*, Berlín, Nueva York, 1985.

_____. Bermekugen zum Regreßverbot, en *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlín, New York, 1989, pp. 177 y ss.

_____. Zum Strafgrund der Teilnahme, en *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 365 y ss.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. ed., Berlin, New York, 1999 (existe traducción castellana de esta edición a cargo de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid, 2000).

_____. Was ist Beihilfe?, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 501 y ss.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband I*, 3. ed., München, 1997 (existe traducción española de la 2. ed., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* a cargo de Luzón Peña, Diego-Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel, de Vicente Remensal, Javier, Madrid, 1997).

Rueda Martín, Mª Ángeles, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, *RP*, n. 9, 2002, pp. 122 y ss.

_____. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001.

Schild Trappe, Grace Marie Luise, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, Bern, 1995.

Schumann, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986.

Silva Sánchez, Jesús María, Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, en Eser/Huber/Cornils, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg, 1998, pp. 205 y ss.

Suárez González/Cancio Meliá, «La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva», Estudio preliminar a Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*,

Stratenwerth, Günter, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfltspflicht, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 383 y ss.

Strafrecht, Allgemeiner Teil I: die Straftat, 3. ed., Köln, 1981.

Strafrecht, Allgemeiner Teil I: die Straftat, 4. ed., Köln, 2000.

_____. *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 2. ed., Bern, 1996.

Tag, Brigitte, Beihilfe durch neutrales Verhalten, en *JR* 1997, pp. 49 y ss.

Volk, Klaus, Zum Strafbarkeitsrisiko des Rechtsanwalts bei Rechtsrat und Vertrafsgestaltung, en *Betriebs-Berater*, 1987, pp. 139 y ss.

Weigend, Thomas, Grenzen strafbarer Beihilfe, en *Festschrift für Haruo Nishihara*, Baden-Baden, 1998, pp. 197 y ss.

Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. ed., Berlin, 1969.

_____. Studien zum System des Strafrechts, en *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss.

Wohlers, Wolfgang, Gehilfenschaft durch neutrale Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. Berufstypischem Verhalten?, en *ZStrR* 117, 1999, pp. 425 y ss.

_____. Hilfeleistung und erlaubtes Risiko -zur Einskränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB, en *NStZ*, 2000, pp. 169 y ss.

Wohlleben, Marcus, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München, 1996.

Wolff-Reske, Monika, *Berufbedingtes Verhalten als problem mittelbarer Erfolgsverursachung: ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestratbarkeit*, Baden-Baden, 1995.

2. Processo Penal

O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado

Antonio Scarance Fernandes
Advogado Criminalista e Procurador de Justiça aposentado.
Professor titular de Direito Processual e Teoria Geral do Processo da USP.
Coordenador do ASF Curso e eventos destinados à preparação de concursos jurídicos.

Resumo: O presente trabalho estuda o equilíbrio entre os princípios da eficiência e do garantismo e o crime organizado, tomando em consideração, essencialmente, a necessidade de que a repressão a esse tipo de criminalidade seja feita com respeito às garantias fundamentais do indivíduo. Nesse contexto, leva-se em conta na ponderação desses interesses o princípio da proporcionalidade. A partir dessas premissas são analisados os principais problemas no direito brasileiro, em face do que dispõe a Lei 9.034/95. O primeiro e mais grave é a falta de definição do que seja crime organizado ou organização criminosa. Outros referem-se ao tratamento insuficiente dos meios de investigação e de obtenção de prova de fatos criminosos praticados por organizações criminosas: a interceptação ambiental, a ação controlada, a infiltração policial, a colaboração processual e a delação premiada. Também foi objeto de exame o tratamento especial de meios típicos de produção de prova, como a prova mediante depoimentos de testemunha anônima e de testemunha oculta. Por fim, tratou-se do relevante tema da prisão e liberdade em crimes cometidos por organizações criminosas, com alusões à evolução da jurisprudência e às alterações da legislação.

Palavras-chave: Crime organizado – Eficiência – Garantismo – Princípio da proporcionalidade – Infiltração policial.

Abstract: This paper studies the balance between the main principles of efficiency and guarantee and the organized crime, taking into consideration the fact that repression against this type of crime must be done respecting the fundamental guarantees of the individual. In this context we also take into account the principle of proportionality as we weigh these interests. Starting from these premises we analyze major problems of the Brazilian Law in regards to what is provided for in law number 9.034/95. The first and most serious fact is the lack of definition of what organized crime or criminal organization might be. Others refer to the insufficiency of means of investigation and gathering of evidences of criminal actions performed by criminal organizations: environmental obstruction, controlled action, police influence, collaboration of lawsuit and plea bargain. What was also analyzed was the special treatment of typical means of evidence production, such as evidence given by depositions of anonymous or secret witness. Finally, we addressed a relevant topic, which is imprisonment and freedom for crimes performed by criminal organizations, mentioning the development of jurisprudence and changes in legislation.

Keywords: Organized Crime – Efficiency – Guarantee – Principle of proportionality – Police influence.

Sumário: 1. Introdução – 2. O equilíbrio na Constituição Federal: a eficiência e o garantismo – 3. O princípio da proporcionalidade e sua relevância na solução dos conflitos entre princípios constitucionais – 4. O crime organizado no mundo, no Brasil e a suas características essenciais – 5. O risco às garantias fundamentais em virtude da falta de definição legal de organização criminosa – 6. O conhecimento da organização criminosa e a especialização da Polícia e do Ministério Público como fatores de eficiência – 7. O crime organizado e a prova – 8. Os meios de obtenção de prova não específicos: acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais – 9. Os meios de obtenção de prova não específicos: a interceptação ambiental – 10. Os meios de obtenção de prova específicos: a ação controlada – 11. Os meios de obtenção de prova específicos: a infiltração policial – 12. Regras excepcionais de produção da prova testemunhal – 13. A colaboração processual e a delação premiada – 14. Outras medidas – 15. O excesso de prazo na prisão processual – 16. Prisão e liberdade. Regime de pena – 17. Conclusões – 18. Bibliografia.

Área do direito: Penal; Processo penal; Constitucional; Direitos fundamentais

1. Introdução

Entre as tendências contemporâneas do processo penal, uma vem se manifestando de forma intensa, a que busca o equilíbrio entre a exigência de assegurar ao investigado, ao acusado e ao condenado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior eficiência do sistema persecutório para a segurança social. Com isso se almeja evitar os extremos do hipergarantismo ou de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou da Lei e da Ordem. Contudo, ante a impossibilidade de se definir com clareza o que seria esse justo equilíbrio e a imensa dificuldade em traduzi-lo nos textos de lei ou na aplicação concreta do direito, essa tendência representa na realidade somente uma meta, uma diretriz, que deve nortear o processo penal, fazendo com que ele, no movimento pendular da história, não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade.

O exame dessa tendência e de suas dificuldades leva a que se separe a criminalidade em três grandes grupos: a criminalidade de bagatela e, entre nós, a das infrações de menor potencial ofensivo; a criminalidade comum e a criminalidade grave ou organizada.

Para as infrações leves, vários têm sido os caminhos seguidos ou apontados. Os mais extremos são os que conduzem à descriminação dessas infrações ou à transformação delas em infrações administrativas ou penal-administrativas. Buscam, ainda, os diversos sistemas legais ou propõe a doutrina soluções destinadas, nos âmbitos do direito penal e do direito processual penal, a: a) evitar a instauração do processo, aumentando-se o rol dos crimes dependentes de representação ou prevendo-se a transação penal; b) impedir a imposição de pena, mediante a suspensão do processo sob condições durante certo período e, decorrido o prazo sem revogação, pela conseqüente extinção de punibilidade; c) evitar a imposição de pena privativa de

liberdade com a aplicação de penas restritivas de direitos ou pecuniárias; d) possibilitar ao condenado o não cumprimento em cárcere da pena privativa de liberdade, suspendendo-a ou admitindo o seu cumprimento em domicílio, em albergue.

Para a criminalidade comum, atua o sistema tradicional, com ampla garantia às partes, com regime progressivo de pena, com prisão processual excepcional.

O campo mais problemático para o legislador e para a doutrina, na atualidade, é o da criminalidade grave ou organizada, em que as soluções e propostas são as mais variáveis. Têm os países dificuldade em criar um corpo legislativo que, permitindo eficiência ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantias dos indivíduos, assegurados nas Constituições e Convenções de Direitos Humanos. Se, de um lado, o crime violento ou organizado cresce assustadoramente, alastrando o medo e a insegurança entre os cidadãos, de outro são trazidas propostas perigosas que representam risco de graves supressões das garantias individuais. Pode-se, de uma forma simples e meramente didática, dividir essa criminalidade em três espécies:

a) a criminalidade grave, violenta e não organizada, dirigida a bens individuais: o homicídio, o roubo, o estupro;

b) a criminalidade grave, violenta ou não, não organizada, que atinge grupos de pessoas ou a coletividade: o envenenamento da água potável, o induzimento ao suicídio coletivo, os golpes financeiros;

c) a criminalidade organizada, cujas características não foram ainda bem definidas e que se manifesta no mundo por meio de modelos mafiosos,[1] como os da Itália, Estados Unidos e países outros nos quais atuam cartéis do tráfico internacional de entorpecentes, por grupos dedicados ao tráfico internacional de armas, de mulheres, de crianças, de animais.[2]

1. A expressão "modelos mafiosos" é utilizada por Walter Fanganiello Maierovitch: As associações criminosas transacionais. Provimento CG 32/2000, a Corregedoria Geral de Justiça. *Justiça penal. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal.* Coord. Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1995, p. 57-76.

2. De forma diversa e mais sucinta, mas com objetivo semelhante de distinguir a criminalidade em tipos para melhor estudá-la, Winfrid Hassemer. Segurança pública no estado

O objeto desse estudo é o grande desafio contemporâneo de atingir o equilíbrio entre a repressão ao crime organizado e as garantias fundamentais do devido processo penal. Baseia-se essencialmente na legislação brasileira, especialmente na Lei 9.034/95, que dispõe sobre a criminalidade organizada. A partir do exame da disciplina dada ao assunto no Brasil, reflete-se de forma genérica sobre os principais problemas para o seu equilibrado equacionamento legal e sobre as soluções apontadas nos diversos países.

2. O equilíbrio na Constituição Federal: a eficiência e o garantismo

São dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no *caput* do art. 5.º da CF/88. Como decorrência desses dois direitos fundamentais, os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes dêem segurança e lhes garantam a liberdade. Em outras palavras, têm direito a um sistema que faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e atribua ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De forma resumida, um sistema que assegure *eficiência* com *garantismo.*

A eficiência do processo penal é definida de forma diversa pela legislação e pela doutrina. Para Jean Pradel, o princípio da eficiência é um protetor da sociedade e contém dois princípios: o da busca da verdade e o da celeridade. Em outras palavras, para o autor, o sistema criminal é eficiente quando permite a apuração dos fatos criminosos de maneira célere.[3] Na Exposição de Motivos do Código de

de direito. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, jan.-mar., 1994, distingue entre a criminalidade organizada e a criminalidade de massas.

3. *Procédure pénale.* 10. ed. Paris: Cujas, 2000, p. 300.

Processo Penal de Portugal, item 8, em referência ao objetivo da reforma consistente em alcançar "uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça penal", foi acentuado que a "procura da celeridade e eficiência" não deve obedecer a "uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos". Aqui, o vocábulo *eficiência* será usado de forma ampla, sendo afastada a idéia de eficiência medida pelo número de condenações. Será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo legal.

O uso do vocábulo *garantismo*, no Direito Penal e no Direito Processual Penal, é apresentado sob várias acepções. Luigi Ferrajoli, que se dedicou ao estudo do garantismo penal, refere a existência de três acepções do vocábulo: modelo normativo de direito; teoria jurídica de validez e da efetividade; filosofia política.[4] Para Alexandre Wanderlich, "o modelo jurídico estruturado no pensamento de Luigi Ferrajoli pode ser explicitado, em face destas três acepções, da seguinte maneira: "(I) um garantismo como Estado de Direito; níveis de normas e níveis de deslegitimação; (II) um garantismo como teoria do direito e crítica do direito e, ainda (III) o garantismo como filosofia do direito e como filosofia política".[5] Adota-se, no trabalho, a idéia de que o *garantismo* no processo penal representa a efetivação das garantias do devido processo legal, nos prismas subjetivo e objetivo: como garantias das partes, essencialmente do acusado, e como garantias do justo processo. Salienta Antonio Magalhães Gomes Filho a dupla dimensão "garantista

4. *Diritto e ragione*: teoria do garantismo penale. 4. ed. Roma/Bari: Laterza, 1997.

5. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Salo de Carvalho e Alexandre Wanderlich (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

inerente ao processo", uma de ordem pública, "como garantia do correto exercício do poder", outra de perfil subjetivo, "como garantia dos direitos individuais".[6]

Acentuou Ada Pellegrini Grinover que não vê incompatibilidade entre as tendências ao garantismo e à eficiência",[7] "valores fundamentais do novo processo penal latino-americano".[8] De forma semelhante, Ennio Amodio afirma que os valores emergentes do direito penal europeu se congregam numa síntese entre *garantismo e defesa social.* Refere a existência, na Itália e na Alemanha, de uma fase de expansão e revigoramento das garantias do imputado, seguida de outra voltada às exigências da defesa social, havendo, atualmente, a busca de uma síntese entre as preocupações garantistas e de defesa social.[9]

Especificamente em relação à criminalidade organizada, preocupam-se os autores em conciliar os interesses de segurança social com os da garantia do devido processo, como realça Eduardo Araújo da Silva,[10] o qual também tratou do tema com a mesma preocupação: Enrique Anarte Borralo,[11] Mario Chiavario,[12] M. Cheriff Bassiouni.[13]

A Constituição Federal procurou traduzir o anseio de equilíbrio no processo criminal, contemplando diversos dispositivos destinados a proteger o indivíduo investigado ou acusado: prisão somente com ordem judicial da autoridade com-

6. *A motivação das decisões penais.* São Paulo: RT, 2001, p. 26-30.

7. Procedimentos sumários em matéria penal. *O processo em evolução.* Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 228.

8. Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 15, n. 58, p. 134, 1990.

9. *Processo penale, diritto europeo e common law:* dal rito inquisitório al giusto processo. Milão: Giuffrè, 2003, Cap. II.

10. *Crime organizado*: procedimento probatório. Atlas, 2003, especialmente 2.4.

11. Conjecturas sobre la criminalidad organizada. In: OLIVÉ, Juan Carlo Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). *Delincuencia organizada:* aspectos penales, procesales y criminologicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

12. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad. Maurício Zanóide de Morais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 5, jan.-mar., 1994.

13. Criminalità organizzata e terrorismo: per uma strategia di interventi efficaci. *L'indice Penal.* Pádua: Cedam, primeiro quadrimestre de 1991.

petente (art. 5.º, LXI); possibilidade de liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5.º, LXVI), direito do preso ao silêncio, à assistência de defensor, da família (art. 5.º, LXIII), mas, ao mesmo tempo, determinando, no art. 5.º, XLIII, que a lei considerasse "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos", ou seja, os crimes mais graves, normalmente os relacionados com a criminalidade organizada.

Após a Constituição foram editadas diversas leis tendentes a regular os crimes graves ou organizados. A Lei 8.072/90 deu concretude ao art. 5.º, XLIII, dispondo sobre os crimes hediondos e equiparados. Posteriormente, o rol dos crimes hediondos foi ampliado pela Lei 8.930/94 e pela Lei 9.695/98. Em 1995, foi editada a Lei 9.034, que dispôs a respeito da "utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas". Na época, escrevemos sobre a Lei 8.072/90[14] e sobre a Lei 9.034/95.[15] Agora, retor-

14. O primeiro artigo foi publicado pela *RT*, v. 660/261-266, out., 1990, intitulado Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990; o segundo Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos, na obra *Justiça penal, crimes hediondos, erro em direito penal, juizados especiais*. Revista dos Tribunais, 1993, p. 71-84. Coord. Jaques de Camargo Penteado.

15. Escrevemos, na época da lei, dois artigos a seu respeito para o *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*: O conceito de crime organizado na Lei 9.034 (*Boletim* 31, jul., 1995, p. 3) e O prazo máximo de 180 dias para a prisão cautelar (*Boletim* 32, ago., 1995, p. 3). No mesmo boletim, trataram também do tema: Raimundo Pascoal Barbosa – Apuração do crime organizado (*Boletim* 29, maio, 1995, p. 1), Ada Pellegrini Grinover – Que juiz inquisidor é esse (*Boletim* 30, jun., 1995, p. 1), Jorge César Silveira Baldassare Gonçalves – Algo sobre a Lei 9.034/95 crimes (*Boletim* 30, jun., 1995, p. 5). Foram logo publicadas duas obras sobre o crime organizado e que analisaram a Lei 9.034. A primeira pelos Juízes de Direito do Rio de Janeiro Geraldo Prado e William Douglas: *Comentários à lei contra o crime organizado, organização criminosa, ação controlada, ação penal pública e privada, poderes do juiz, prisão e liberdade, sigilo bancário*. Belo Horizonte: Del Rey. A segunda, denominada *Crime organizado, enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, foi escrita pelo Juiz de Direito de São Paulo, Luiz Flávio Gomes, e pelo professor uruguaio, Raúl Cervini. São Paulo: Revista dos Tribunais. O tema, aliás, foi objeto de estudo anterior de Walter Fanganiello Maierovitch. *Crime organizado, máfia e ética judicial*. Escola Paulista da Magistratura, 1994. Foi, ainda, motivo de constantes debates, em face principalmente das visitas dos membros do Ministério Público italiano encarregados de combate aos crimes de corrupção; houve "mesa-redonda organizada" pelo IBCCrim, no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, motivando vários artigos publicados no n. 21, do *Boletim do IBCCrim*, de set., 1994: No Congresso, o IBCCrim e o Crime Organizado, Antonio Carlos Franco; O fracasso da delação premiada, Damásio E. de Jesus; O Estado e o crime organizado, Guaracy Mingardi; Em

namos ao tema do crime organizado, depois de mais de uma década. De lá para cá, foram editadas outras leis importantes: a Lei 10.217/2001 alterou e ampliou a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95); a Lei 9.296/96 tratou das interceptações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática; a Lei 9.613/98 dispôs sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; a Lei 9.807/99 cuidou da organização e da manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas, também aplicáveis aos acusados colaboradores; a LC 105/2001 regulou o sigilo das operações das instituições financeiras; a Lei 10.409/2002 dispôs sobre infrações relativas a entorpecentes, sendo revogada pela Lei 11.343/2006, atualmente vigente.

3. O princípio da proporcionalidade e sua relevância na solução dos conflitos entre princípios constitucionais

O princípio da proporcionalidade é comumente invocado para justificar a adoção de medidas excepcionais de restrição a direitos individuais em relação ao crime organizado. Todavia, a sua aplicação deve observar os pressupostos e requisitos postos pela doutrina a fim de evitar excessos e não desguarnecer o indivíduo de salvaguardas fundamentais para a sua existência digna.[16]

compasso de espera, Alberto Zacharias Toron; A sociedade desorganizada, Adauto Suannes; Crime organizado, Irineu Guidolin; Um difícil processo de tipificação, Alberto Silva Franco; Crime mais que organizado, Jorge César Silveira Baldassare Gonçalves; O crime organizado, Carlos Eduardo de Athayde Buono e Antonio Tomás Bentivoglio; Basta só o direito penal?, Luciana Ferreira Leite Pinto e Tatiana Viggiani Bicudo; Por uma ampla reforma penal, Mário Sérgio Sobrinho; Criminalização e D. P. mínimo, Luiz Flávio Gomes; O crime organizado e as garantias processuais, Antonio Magalhães Gomes Filho. Ainda, no X Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em 1994, um dos assuntos discutidos foi o Ministério Público e o crime organizado, sendo apresentados vários trabalhos, O Ministério Público e o crime organizado, necessidade de implantação de programa de proteção à testemunha (Jonaci Silva Heredia e outros-ES); O combate ao crime organizado transnacional e direitos humanos (Cláudio Barros Silva-RS); O Ministério Público e o crime organizado (Luiz Carlos Caffaro-RJ); O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual penal (Walberto Fernandes de Lima e outro-RJ).

16. Sobre o princípio da proporcionalidade, segue-se, em linhas gerais, os trabalhos de Gilmar Ferreira Mendes, *Controle da constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos; Luís

Um pressuposto especial para atuação do princípio, de natureza formal, é o da legalidade. Assim, o uso de meios especiais de obtenção de prova ou de meios de prova extraordinários ou atípicos para a repressão à criminalidade organizada só será possível, com invocação da proporcionalidade, se for expressamente permitido pela legislação. A lei deve: a) regular e explicitar claramente a medida excepcional de obtenção ou produção de prova, com os requisitos necessários para atuá-la; b) indicar o procedimento a ser seguido; c) especificar os órgãos, entidades ou pessoas legitimadas a requerê-la e a efetivá-la concretamente; d) indicar a autoridade competente para autorizá-la e a motivação necessária na decisão a ser proferida. Em caso de dúvida sobre alguns desses aspectos, a interpretação da norma autorizadora da medida excepcional deve ser restritiva, nunca ampliativa.

Como requisito intrínseco do princípio da proporcionalidade menciona-se a adequação ou a idoneidade da medida restritiva. Uma medida é adequada quando ostente qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido (adequação qualitativa), quando a sua duração ou intensidade for condizente com a sua finalidade (adequação quantitativa) e quando dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigíveis para ser atuada (adequação subjetiva). A restrição ao indivíduo em face de necessidade de repressão à criminalidade organizada será adequada se for apta e relevante para demonstrar a prática do crime investigado ou imputado a alguém, se a duração não for excessiva e se atingir um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias que conduzam à obtenção ou à produção da prova.

O segundo requisito é o da necessidade, também denominado "de intervenção mínima", "de alternativa menos gravosa" ou de "subsidiariedade". Não basta a adequação do meio ao fim. Além de ser o mais idôneo, o meio usado deve ocasionar a menor restrição possível. É preciso, para não ser desproporcional, que

Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição e* Suzana Toledo de Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Especificamente em relação ao princípio no processo penal, o estudo baseia-se na obra de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.*

o meio seja necessário ao objetivo almejado, verificando-se essa necessidade pela análise das alternativas postas para o alcance do fim. Assim, para resolver sobre a imprescindibilidade de medida excepcional destinada a apurar crime organizado, normalmente muito gravosa ao indivíduo, deve o juiz concluir que não há outra medida apta a alcançar o mesmo fim.

O terceiro requisito, o da proporcionalidade em sentido estrito, aponta para a imprescindibilidade de constatar, entre os valores em conflito – o que impele à medida restritiva de direito individual e o que protege o direito a ser violado – qual deve prevalecer. Não se trata de uma ponderação abstrata e genérica entre o direito a obter ou produzir prova criminal e o direito fundamental do indivíduo, mas de uma verificação do justo equilíbrio em cada caso.

Requisito extrínseco para a correta e a regular aplicação do princípio da proporcionalidade constitui a necessidade de que a restrição seja precedida de autorização judicial, feita por meio de decisão fundamentada, na qual são examinados os requisitos intrínsecos acima referidos.

4. O crime organizado no mundo, no Brasil e a suas características essenciais

A organização de grupos para a prática de crime não é fenômeno da atualidade. São antigos os grupos constituídos pela Máfia italiana, pela Yakusa japonesa e pelas Tríades Chinesas. Apontam-se as tríades como a primeira manifestação de crime organizado; a sua atuação inicial teria sido no ano 1644, mas somente a partir de 1842 teria agido mais fortemente. A Yakusa é do século XVIII e a Máfia surgiu em 1812.[17] A Máfia italiana alastrou-se para os Estados Unidos, no século XX. Na atualidade, contudo, causam grande preocupação o incremento de atividades terroristas, com motivação ideológica, e o surgimento ou desenvolvimento de organizações criminosas em diversos países: Peru, Colômbia, Bolívia, Rússia, México.

17. Eduardo Araújo Silva, Crime organizado, n. 1.1, p. 19-21.

No Brasil, aponta-se como manifestação mais remota do crime organizado a atuação do "cangaço", grupo dirigido por Virgulino Ferreira da Silva, conhecido por Lampião. Depois, formaram-se as organizações que se dedicam à exploração do jogo do bicho, ao tráfico de entorpecentes, de armas, de animais silvestres. Mais recentemente, cresceu e se estruturou o crime organizado nos presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo.[18]

O crime organizado prosperou muito nas últimas décadas mediante a adoção de estruturas empresariais, o aproveitamento da globalização e o desenvolvimento tecnológico.

Alguns pontos prévios embasam a reflexão sobre o crime organizado quando visto em face do binômio eficiência e garantismo: o de que ele não será exterminado, assim como o crime nunca deixará de existir: o de que, apesar disso, a repressão a ele é necessária para garantir a tranqüilidade social e evitar que a criminalidade alcance patamares superiores a um nível de suportabilidade possível, sob pena de enfraquecimento das próprias estruturas estatais; o de que a repressão não pode ser feita com restrições que representem verdadeiro aniquilamento das garantias fundamentais do indivíduo.

5. O risco às garantias fundamentais em virtude da falta de definição legal de organização criminosa

As características apontadas para definir uma organização criminosa são, de modo geral, as seguintes: estruturação empresarial na forma piramidal, com grande poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato diretamente com as bases; poder elevado de corrupção e de intimidação interna e externa; uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as vultosas somas obtidas com as práticas delituosas; a regionalização ou a internacionalização da organização; o uso de modernas tecnologias.

18. Eduardo Araújo Silva, Crime organizado, n. 1.1, p. 25-27.

Não é tarefa simples traduzir em uma regra jurídica tais características e definir legalmente a organização criminosa.

O PL 3.516/89 definia, no art. 2.º, a organização criminosa da seguinte forma: "aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional". Deu origem à Lei 9.034/95, a qual, contudo, não mais definiu a organização criminosa, determinando a aplicação de seus dispositivos aos crimes resultantes de "ações de quadrilha ou bando" (art. 1.º). Em outros artigos continuou usando a expressão "organização criminosa", apesar de não tê-la definido (arts. 2.º, II, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 10).

São três as linhas doutrinárias e legislativas normalmente adotadas para a definição de crime organizado: 1: – a que parte da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros da organização; 2: – a que define o crime organizado, sem especificação de tipos penais, com base nos seus elementos essenciais, em regra os que servem para identificar a existência de uma organização criminosa; 3: – a que especifica um rol de crimes como sendo crimes organizados.

A primeira posição era a adotada no PL 3.516/89, como se percebe do seu art. 2.º, antes citado. Trabalha com a noção de organização criminosa, mediante a indicação dos elementos que a caracterizam.

Alberto Silva Franco, em conformidade com a segunda posição, define o crime organizado por seus elementos caracterizadores: "crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações

com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado".[19]

A terceira posição foi sugerida por Luiz Carlos Caffaro, ao arrolar as condutas que constituiriam crimes organizados.[20] Foi, aliás, o esquema adotado para a definição do crime hediondo pela Lei 8.072/90.

A Lei seguiu um caminho próprio. Não definiu a organização criminosa, desprezando a linha seguida pelo projeto. Não definiu, por seus elementos essenciais, o crime organizado. Não relacionou condutas que constituiriam crimes organizados. Preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, previu que qualquer delito pudesse sê-lo, bastando que decorresse de ações de bando ou quadrilha. Com essa orientação, abrangeu crimes que representavam pequena ofensa social, não merecendo especial preocupação.[21]

Posteriormente, a Lei 10.217/2001 alterou a Lei 9.034/95 e, em vez de definir a organização criminosa ou o crime organizado, como devia fazê-lo, introduziu mudanças no seu art. 1.º, tornando-o ainda mais confuso. Ficou assim redigido: "Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo".

Distinguiu, como se vê, quadrilha ou bando de organização ou associação criminosa e nisso fez bem, pois, como salientado, são institutos que não se identificam. Mas, por outro lado, mandou aplicar todos os dispositivos da Lei 9.034/95 à quadrilha ou bando, e, nesse ponto, nivelou o tratamento desses crimes

19. Alberto Silva Franco, O difícil processo de tipificação, *Boletim IBCCrim* n. 21, p. 5.

20. Luiz Carlos Caffaro, O Ministério Público e o crime organizado X Congresso Nacional do Ministério Público, 1994, pp. 24-37.

21. Geraldo Prado e William Douglas, op. cit., p. 42, acentuam que "ao afirmar que as ações de quadrilhas ou bandos são atividades de organizações criminosas, cometeu, assim, a nova lei o pecado de não fazer diferença entre as quadrilhas de bagatela e as verdadeiras organizações delinqüenciais, prevendo para umas e outras o mesmo tratamento."

e o dispensado, em princípio, à organização ou associação criminosa. Continuou, cometendo grave pecado de não definir a organização ou organização criminosa, referindo-a, contudo, em outros dispositivos (arts. 4.º, 5.º, 6.º). Apesar da indefinição, a expressão "organização criminosa" é utilizada para graves restrições de direitos individuais em outras leis, como, na execução penal, na especificação das hipóteses de cabimento de regime disciplinar diferenciado (art. 52, § 2.º, Lei 7.210/84). Esse dispositivo da Lei de Execução Penal dispõe que "estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando". Não se pode, conforme realçado, usar medidas excepcionais contra o indivíduo, com base no princípio da proporcionalidade, sem que se atenda, primeiramente, ao pressuposto da legalidade.

Não era difícil a adoção de alguma definição, pois a organização criminosa ou o crime organizado é definido por órgãos internacionais e por outros países, como se constata pelas citações feitas por Eduardo Araújo da Silva. Lembra que "o art. 2.º do Tratado de Palermo, resultante da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Delinqüência Organizada Transacional, realizada no período de 12 a 15 de novembro de 2000 na Itália, prevê como organização criminosa aquela que reúna mais de três pessoas (requisito *estrutural*), de forma estável (requisito *temporal*), visando praticar crimes graves, assim considerados aqueles punidos com pena igual ou superior a quatro anos, com o intuito de lucro (requisito *finalístico*). Ao acrescentar a finalidade econômica, tal aproximação conceitual busca, conforme a tendência contemporânea no plano internacional, diferenciar no terreno jurídico-penal os conceitos de organização criminosa e terrorismo, ante a prevalência neste último do conteúdo ideológico".[22]

Refere o autor, ainda, que, nos Estados Unidos da América, o conceito deriva do enquadramento em "uma lista de infrações já definidas em lei" e da

22. Eduardo Araujo da Silva, Crime organizado, n. 1.3, p. 35.

"configuração de elementos que dê à conduta apurada um perfil organizado, como: repetição e continuidade, conexões reveladoras de padrões de conduta, realização por um grupo de pessoas que repartem o mesmo objetivo e utilização de violência ou intimidação para a obtenção de vantagens ilegais".[23]

A Espanha dispõe sobre a delinqüência organizada no art. 282, *bis.*, n. 4, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, e a Itália a refere no art. 466, fazendo, inclusive, referência às organizações existentes, como a Camorra e outras.

Percebe-se pelas definições citadas que a conceituação de organização criminosa pressupõe três elementos essenciais: o grande número de membros, a forma estrutural e a persistência de suas atividades. Isso, pelo menos, deveria estar na Lei 9.034/95.

6. O conhecimento da organização criminosa e a especialização da Polícia e do Ministério Público como fatores de eficiência

As organizações criminosas conhecidas têm origens diversas, atuam de maneira diferente, pois, embora haja semelhança em suas estruturações e finalidades, apresentam particularidades significativas, e, conhecê-las, é o primeiro passo para eficiência na repressão ao crime organizado. No Brasil, tanto no Rio de Janeiro, como em São Paulo, a gestação e desenvolvimento de importantes organizações criminosas ocorreram nos presídios. Assim, eventuais estratégias para combatê-las devem ter como importante objetivo o isolamento dos líderes presos em relação aos membros dos grupos organizados que se encontram fora dos presídios.

Para que haja conhecimento das organizações e de suas atuações, há necessidade de especialização dos órgãos encarregados da investigação e da acusação: Polícia e Ministério Público. A especialização da Polícia foi referida no art. 4.º da Lei 9.034/95. Trata-se de medida necessária. O trabalho do policial em relação

23. Eduardo Araujo da Silva, Crime organizado, n. 1.3, p. 35.

ao crime organizado é difícil, arriscado e exige conhecimento especializado e treinamento adequado. Embora a lei não refira a especialização do Ministério Público, ela é importante, a fim de que possam os seus membros, juntamente com a polícia, conhecer a organização e os seus métodos de ação. Com isso, saberá o promotor como melhor propor a denúncia e conduzir o processo. Além do mais, deve ele, sempre que possível, requerer ao juiz a adoção de medidas de natureza patrimonial, como o seqüestro de bens ou valores, retirando das organizações o dinheiro obtido com as práticas criminais. A idéia de promotor natural não pode ser óbice à especialização, pois as equipes especializadas, cujas atuações e composições estejam previamente previstas e reguladas em lei, não vulneram o princípio.[24]

7. O crime organizado e a prova

É essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõem, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúnem os seus membros para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas. Por isso, os Estados viram-se na contingência de criar mecanismos especiais para descobrir as fontes de provas, de conservá-las e de permitir produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas, colaboradores.

O PL 3.516 considerava como meios operacionais de prevenção e repressão ao crime organizado, no art. 2.º, parágrafo único: I – a infiltração policial; II – as ações controladas; III – o acesso a documentos e informações fiscais, bancárias,

24. Ver nesse sentido, Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2007, n. 23.

financeiras e eleitorais; IV – o impedimento, a interrupção, a interceptação, a escuta e a gravação das comunicações telefônicas, conforme regulado em lei especial. A atuação desses meios sempre dependeria de prévia autorização judicial. Após a realização da diligência, previa-se a ciência ao Ministério Público (parágrafo único, do art. 3.º). O que fosse obtido ficaria em sigilo, com ressalva às prerrogativas do Ministério Público e do advogado (art. 4.º, *caput*). A manutenção do sigilo na fase processual ficava a critério da autoridade judiciária (art. 4.º, parágrafo único).

Dos meios operacionais e diligências inicialmente previstos no Projeto, restaram na Lei 9.034/95 a ação controlada (art. 2.º, II) e o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais (art. 2.º, III). A lei inseriu um capítulo novo "Da preservação do sigilo constitucional" (Capítulo II, arts. 3.º, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º), dando ao juiz a incumbência de realizar pessoalmente as diligências que pudessem violar sigilo resguardado pela Constituição ou pela lei (art. 3.º, *caput*), prevendo a formação de autos em separado, secretos, aos quais teriam acesso somente o juiz, os membros de tribunal, Ministério Público e advogado do réu. Essa prova secreta poderia ser levada em conta na decisão judicial e sobre ela as partes deveriam realizar alegações separadas. Tais normas afrontavam os princípios constitucionais do contraditório, da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, da ampla defesa, da publicidade, da imparcialidade do juiz, sendo declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.[25]

Posteriormente, a Lei 10.217/2001 acrescentou novos procedimentos de investigação e formação de provas: a captação, a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos (art. 2 º, IV, acrescentado à Lei 9.034/95) e infiltração policial (art. 2.º, V, acrescentado à Lei 9.034/95),

Em suma, para o desvendamento das organizações e a descoberta de seus membros, foram previstos meios especiais de investigação ou de obtenção de prova, como também fazem outros países (Itália, Portugal, Colômbia, Peru).

25. Ver, neste trabalho, n. 8.

Para este estudo, em que a preocupação é o equilíbrio entre a repressão ao crime organizado e os direitos fundamentais, interessa a separação dos meios de investigação em duas categorias: os meios não específicos e os meios específicos.

No que se refere aos meios não específicos, importam aqueles que representam maiores restrições aos direitos individuais ou que estão referidos expressamente na Lei do Crime Organizado. São eles: a interceptação ambiental, a quebra do sigilo financeiro, fiscal e eleitoral. Os meios específicos para a obtenção e recolha de fontes de prova são: infiltração policial e ação controlada.

8. Os meios de obtenção de prova não específicos: acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais

Um dos denominados "procedimentos" de investigação da Lei 9.034/95 é o "acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais" (art. 2.º, III).

Os dados constituem os registros privados da pessoa, os decorrentes do uso de computador, ou os constantes de anotações reservadas, por exemplo, de um diário íntimo. Geraldo Prado e William Douglas restringem o conceito, entendendo como dado a "representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada".[26] Também Luiz Flávio Gomes adota conceito estrito, afirmando que "dados são informações codificadas"; acentua que são obtidos, principalmente, pelos "meios informáticos ou eletrônicos modernos".[27]

O art. 5.º, XII, da CF/88 declara a inviolabilidade de dados,[28] prevendo somente a possibilidade de violação da comunicação telefônica para fins de

26. Os autores fundam-se no *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (op. cit., p. 56).

27. Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 99.

28. Surgiu entendimento de que o inciso XII só garante a comunicação de dados, não os dados propriamente (ver a respeito, Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 99, e Geraldo Prado e William Prado, op. cit., p. 60). Tal posição constitui razoável interpretação sistemática do inciso XII, que cuida de hipóteses de comunicações entre indivíduos, mediante correspondência, por telégrafo

investigação criminal ou processo criminal, mediante interceptação autorizada judicialmente. Quanto às demais inviolabilidades do inciso XII (da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados), temos entendido que, dentro de critérios estritos de aplicação do princípio da proporcionalidade, seria cabível a violação, quando necessária para proteger outro bem de valor superior ao do sigilo, e também objeto de proteção constitucional. A violação, nesses casos, não constituirá atividade ilícita e, portanto, não incidirá a restrição da inadmissibilidade consagrada no inciso LVI, do art. 5.º, da CF/88.[29]

O analisado art. 2.º, III, da Lei do Crime Organizado, alude somente a dados fiscais, bancários e eleitorais, não a qualquer dado.

Não há proteção específica na Constituição aos sigilos bancário e fiscal, entendendo-se que estão amparados pelo inciso X, do art. 5.º, que declara a inviolabilidade da "vida privada". Admite-se a violação desses sigilos com autorização judicial, conforme autoriza, quanto ao sigilo fiscal, o Código Tributário Nacional (art. 198, § 1.º, I), e no atinente ao sigilo bancário a LC 105/2001 (art. 1.º, § 4.º). As informações eleitorais podem ser requisitadas pelo juiz, conforme autoriza o Código Eleitoral (art. 371).

Portanto, outros textos legais já autorizavam e continuam autorizando o juiz a determinar a violação dos sigilos bancário, fiscal e eleitoral para investigação ou processo criminal. Não havia razão para o art. 3.º, *caput* da Lei 9.034. Ao prever a violação do sigilo de dados, bancário, fiscal e eleitoral, preservados pela Constituição ou por lei, exigiu que ela acontecesse por diligência pessoal do juiz,

ou telefone. A redação do inciso, contudo, é confusa, pois o legislador, após ter mencionado o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, ao se referir a dados não utilizou novamente o vocábulo "comunicações", que volta a ser usado em seguida para as comunicações telefônicas. Essa interrupção na utilização da palavra "comunicações" parece revelar intenção de não ligar o vocábulo "comunicação" aos dados. A orientação do STF é no sentido de que "não há violação do art. 5.º, XII, da Constituição que (...) não se aplica ao caso, pois não houve '*quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial*'." (RE 418.416/SC, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006).

29. Foi o que dissemos no artigo Constituição da República, Código de Processo Penal e sua reforma. *Justiça penal, críticas e sugestões.* Coord. de Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1994, p. 72, citando acórdão do STF sobre a violação de correspondência.

impondo-lhe o mais rigoroso segredo sobre o que obtivesse. Realizada alguma diligência, o próprio juiz, diretamente ou por pessoa designada, deve lavrar seu auto circunstanciado (§ 2.º), que, segundo o § 3.º, deverá ser "conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção do cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas da causa", que dele não poderiam "servir-se para fins estranhos à mesma", estando "sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação". Depois, no § 4.º, após prever a apresentação de alegações finais em separado pelas partes, com base na prova resultante do material obtido, determina o dispositivo que sejam apensadas ao auto da diligência, podendo "servir como elemento na formação da convicção final do juiz". Em caso de recurso, mantém-se o segredo, sendo encaminhado o auto da diligência em envelope lacrado, ao qual teriam acesso o Ministério Público e o Defensor "em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça" (§ 5.º).

Ada Pellegrini Grinover entendeu ser inconstitucional o art. 3.º, "porque fere a mais importante garantia do ,devido processo legal', que é a imparcialidade do juiz. E é, igualmente, inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual".[30] No mesmo sentido: Luiz Flávio Gomes,[31] Raimundo Paschoal Barbosa.[32]

Além de inconstitucionais, os dispositivos enfocados continham regras inaplicáveis, pois atribuíam ao juiz encargo que dificilmente teria condições de cumprir pessoalmente. Ademais, transformava-o em verdadeiro inquisidor, com risco grave à sua imparcialidade.

30. Artigo: Que juiz inquisidor é esse?, no *Boletim IBCCrim*, ano 3, n. 30, jun., 1995.

31. Luiz Flávio Gomes, op. cit., pp. 114-124.

32. Raimundo Paschoal Barbosa. Apuração do crime organizado, *Boletim do IBCCrim* 29, ano 3, mai., 1995.

Foram tantas as críticas ao art. 3.º e §§ da Lei que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 1.570-2 (*DJU* 22.10.2004) declarou, por maioria, a sua inconstitucionalidade no que se refere aos sigilos fiscais e eleitorais, concluindo que, no tocante aos sigilos bancário e financeiro, haviam sido revogados pela LC 105/2001.

9. Os meios de obtenção de prova não específicos: a interceptação ambiental

A interceptação ambiental é admitida na Itália, Alemanha, Estados Unidos da América, e foi permitida, entre nós, pelo art. 2.º, IV, da Lei do Crime Organizado, da seguinte forma: "Art. 2.º. Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação: Inciso IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial".

Afirma Eduardo Araújo da Silva ser medida inconstitucional, porque o art. 5.º, XII, da CF/88 só admite interceptação telefônica, buscando, assim, proteger a intimidade e a vida privada, não podendo o legislador ordinário ampliar os limites do previsto no texto constitucional. Lembra a Constituição portuguesa, a qual só permite restrição individual por lei quando "esteja expressamente admitida na Constituição" (art. 18, n. 2).

O princípio da proporcionalidade adotado pela maior parte da doutrina e dos tribunais tem servido para justificar a constitucionalidade de normas excepcionais como a enfocada. Contudo, no sistema brasileiro atual, em que sequer está definido o crime organizado, em que as regras da Lei 9.296/96 aplicam-se a toda quadrilha ou bando, é desarrazoado permitir que, com a amplitude do art. 2.º, sejam instalados microfones ou outros artefatos em residências e em outros locais de uso particular para gravar vozes e imagens, com a captação de diálogos e a filmagem de pessoas e de seus atos. Cuida-se de grave restrição que, se eventualmente admitida, deverá estar cercada de maiores cuidados. Não basta, para esse fim, a previsão de autorização judicial, como consta da lei.

10. Os meios de obtenção de prova específicos: a ação controlada

A ação controlada, segundo a lei, "consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista de formação de provas e fornecimento de informações" (art. 2.º, II). Posteriormente, foi prevista no art. 33, II, da Lei 10.409/2002, recentemente revogada pela Lei 11.343/2006, que também a prevê no art. 53. É aceita em outros países, como a Espanha.

A autoridade policial poderá deixar de realizar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática criminosa, aguardando ocasião mais propícia para agir e, assim, obter melhor prova, com a descoberta de maior número de infrações, de maior número de membros ou de membros com posições proeminentes na estrutura da organização criminosa.

Dizem Geraldo Prado e William Douglas que "pode ser retardada a prisão, desde que mantida em observação e acompanhamento a conduta delituosa resultante da ação de organizações criminosas. Aguarda-se o recebimento do resgate nas hipóteses de extorsão mediante seqüestro, providenciando-se a vigilância recomendada pela lei, até descobrir-se o cativeiro e identificarem-se os autores do crime."[33]

Eventual frustração na ação controlada, perdendo-se a situação de flagrância, desde que justificada pelas circunstâncias, não poderá caracterizar atuação ilícita da autoridade policial. Como podem ocorrer abusos, melhor seria que a Lei tivesse condicionado a ação à autorização judicial, como estava no projeto inicial, ou pelo menos que se exigisse a "prévia comunicação da ação controlada, com o necessário sigilo, ao órgão do Ministério Público, preferencialmente, ou ao juiz competente", como sugerem Geraldo Prado e William Douglas.[34] A falta de autorização deveria

33. Geraldo Prado e William Douglas, op. cit., p. 50.
34. Idem, idem, p. 51.

ser a exceção, admitida em casos de urgência, com comunicação ao juiz assim que cessada a situação de premência.

11. Os meios de obtenção de prova específicos: a infiltração policial

A infiltração policial, cuja origem é ligada aos serviços secretos e aos de espionagem, está assim prevista no art. 2.º, V, da Lei 9.034/95: "Art. 2.º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas – Inciso V: infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial". Como se vê, somente dois pontos estão regulados: quem pode infiltrar-se e quem deve autorizar a infiltração.

Podem infiltrar-se nas organizações agentes de polícia ou de inteligência. Na Espanha, permite-se também a infiltração de pessoa estranha ao quadro policial, desde que atue sob o controle do Estado.[35]

O agente infiltrado realiza atividade de grande risco e, por isso, atua de forma oculta para que não seja descoberto. Ingressando na organização, pode ser levado ao cometimento de infrações a fim de ser por ela acolhido, adquirir prestígio e chegar aos seus líderes. Por outro lado, participará das vidas de outras pessoas nem sempre ligadas às atividades delituosas, como parentes dos membros da organização. Importante, por isso tudo, que a sua atuação seja regulada, especificando-se o que pode ou não fazer o agente infiltrado, como prevêem outras legislações.

Mariângela Lopes Neistein aponta que algumas garantias constitucionais podem ser ofendidas durante a atuação do agente infiltrado. Uma delas seria o

35. Eduardo Araújo da Silva, Crime organizado, n. 4.2.

respeito à dignidade humana, uma vez que há "intromissão na vida privada das pessoas". Outra seria o direito de defesa, pois "o investigado acaba prestando declarações, a serem introduzidas no processo, como se estivesse prestando um interrogatório, não lhe sendo asseguradas as garantias do direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo". No entanto, assevera ela que "tendo em vista a moderna estruturação das organizações criminosas com a utilização de métodos extremamente avançados, que impediriam ao Estado a descoberta dos delitos pelos meios comuns de investigação, em situações especialíssimas, o agente infiltrado poderá ser admitido. Para tanto, necessária se faz autorização judicial no curso de investigações já formalizadas, motivadamente, sobretudo, no que se refere à apresentação da proporcionalidade, que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito".[36]

Também a lei examinada exige autorização judicial (art. 2.º, V, da Lei 9.034/95). Mas nada prevê sobre os requisitos a serem observados para a autorização. Serve, para esse fim, a Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96).

Um dos maiores problemas da atuação do agente infiltrado é a dificuldade em separar a atividade lícita da ilícita que desenvolve, não se admitindo, em regra, como válida a provocação dirigida aos membros da organização a fim de que pratiquem crime, para serem presos.

Após executar o seu trabalho de infiltração, poderá o policial permanecer em situação de risco pessoal, merecendo, por isso, proteção semelhante à dispensada as vítimas, testemunhas e colaboradores.

Em síntese, embora haja razoável aceitação da infiltração para melhor eficiência no combate ao crime organizado, em virtude da invasão inerente às vidas privadas de outras pessoas e também em razão das dificuldades e riscos que

36. O agente infiltrado como meio de investigação. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 154.

a acompanham, deve ela ser melhor regulada, sendo preferível que, a exemplo da Espanha, Argentina, se produza legislação específica a respeito da matéria.

12. Regras excepcionais de produção da prova testemunhal

Além de novos meios de obtenção de prova, para maior eficiência na repressão ao crime organizado, as legislações contêm disposições especiais a respeito da prova testemunhal, as quais, grosso modo, podem ser separadas em dois grupos: normas que visam a proteger vítimas, testemunhas e colaboradores; normas que se destinam a permitir a colheita de depoimentos sem a presença do acusado, com finalidades diversas.

As normas que visam a resguardar as testemunhas, como as constantes da Lei de Proteção às Testemunhas (Lei 9.807/99), objetivam evitar que possam ser vítimas de ataques e impedidas de prestarem declarações. Por isso, assegura-lhes proteção na residência, nos deslocamentos, nas viagens, e, se necessário, transferindo-as da residência para locais seguros ou para novas residências. Outras medidas são previstas para ampará-las: ajuda financeira para subsistência, suspensão temporária das atividades funcionais, apoio e assistência, social, médica e psicológica; sigilo dos atos praticados em virtude da proteção recebida: apoio no cumprimento de obrigações civis e administrativas; alteração do nome completo.

Em São Paulo, por meio do Provimento CG 32/2000, a Corregedoria Geral de Justiça permite a não indicação de endereços e de dados de qualificação das testemunhas nos termos dos depoimentos, os quais serão mantidos em impressos próprios, acessáveis somente pelo Ministério Público e pelo Defensor constituído ou nomeado.

Outra medida de proteção comumente adotada para proteger a testemunha é a tomada do seu depoimento sem a presença do acusado no local onde ela se encontre.

O art. 217, do CPP, possibilita que o juiz mande retirar o réu da sala de audiência, prosseguindo na inquirição de testemunha, com a presença de seu defensor, caso a presença do acusado, pela sua atitude, possa influir no ânimo da testemunha, de modo

a prejudicar a verdade do depoimento. O dispositivo teve interpretação extensiva dos juízes e tribunais, permitindo-se que o acusado sequer ingresse na sala de audiência, quando a vítima ou testemunha manifeste receio de depor com a sua presença.

A colheita de depoimento à distância, admitida em diversos países, é feita de modo a impedir que o acusado, presente na sala de audiência ou em outro local, possa ver a testemunha, havendo, ainda, alteração na imagem e na voz.

Outras normas permitem a colheita do depoimento sem a presença do acusado por razões diversas: dificuldade de deslocamento dos presos até os locais das audiências, custos com os deslocamentos, perigo de fuga durante o trajeto ao fórum.

Todas essas formas especiais de produção de prova testemunhal devem ser vistas em face do resguardo ao direito de defesa. Algumas são justificadas pela necessidade de proteção dos depoentes, mas se deve, de qualquer modo, garantir-se ao acusado a assistência do advogado e a possibilidade de autodefesa. Não pode ser aceito o depoimento anônimo, pois impede ao acusado e ao seu defensor saber quem contribuiu para a sua condenação, não podendo, assim, apontar fatos que desmereceriam o depoimento: inimizade, vingança, falsidade.

A doutrina faz interessante distinção entre testemunho oculto e testemunho anônimo. Há testemunho oculto quando a pessoa não é vista pelo acusado, mas a sua identidade é conhecida. É anônimo o testemunho em que a identidade da pessoa é desconhecida. A este é que há maiores resistências, embora seja aceito nos Estados Unidos da América e tenha constado de Recomendação do Conselho da Europa. Foi, contudo, repudiado no Colóquio Preparatório para o XVI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, no México, em 1997.[37]

De forma geral, a tomada de depoimentos à distância é denominada de audiência por videoconferência, bastante aceita em outros países (Espanha, Portugal, Itália, Alemanha, Chile).[38] Entre nós, não está regulada, embora seja utilizada em

37. Eduardo Araújo da Silva, Crime organizado, n. 6.4, p. 138-142.

38. No Chile, informa Raúl Tavolari em relatório para as Jornadas Ibero-Americanas de Málaga de 2006 que, por sua sugestão, a videoncoferência foi adotada para determinadas hipóteses. Estabelece que "la prueba por video conferencia no estaba regulada em el Código procesal Penal chileno: en el mes de junio de 2003, a petición del Ministerio Público, emití un Informe en derecho – 'parecer' en el lenguaje forense portugués – por el que sostuve que ella era

varas criminais da comarca de São Paulo. O STF entendeu que o interrogatório por videoconferência ofende o princípio da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica.[39] Buscam os países que aceitam a videoconferência cercá-la de cuidados para que se resguarde o direito de defesa: a presença de um auxiliar judicial no local em que esteja o acusado quando preso, a possibilidade de presença de um defensor no local em que está o acusado e outro na sala de audiências; admissibilidade do contato do preso com o advogado ainda que ele esteja em outro local.

13. A colaboração processual e a delação premiada

Outra maneira de se chegar à fonte de prova é contar com a colaboração de membros da própria organização criminosa, pois conhecem as pessoas que a compõem, os atos ilícitos que comete, a forma como atua.

Entre nós, o instituto utilizado para estimular a colaboração é, em regra, a delação premiada, de direito material: quem auxilia no desvendamento de grupos organizados tem isenção ou redução de pena. Foi a delação prevista pela primeira vez no art. 8.º, parágrafo único, Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados (Lei 8.072/90), e, depois, em outras leis: art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária; Lei 9.269/96, que introduziu § 4.º, ao art. 159, do CP, o qual cuida da extorsão mediante seqüestro; art. 6.º, da Lei 9.034/95 sobre o crime organizado, ora analisada. A Lei 9.807/99, de forma ampla, previu a possibilidade de concessão de perdão judicial ou a diminuição da pena dos acusados que colaborarem de forma voluntária e eficaz com a Justiça (arts. 13 a 15).

A vantagem da redução da pena para o colaborador da polícia foi objeto de controvérsias. Uns entenderam ser imoral a lei estimular alguém a ser delator. Outros consideraram o dispositivo inócuo porque ninguém, podendo ser condenado e preso, irá colaborar com a polícia. A verdade é que a polícia não consegue

compatible con el régimen de garantías del nuevo sistema: '*Una video conferencia que, según quedó establecido, constituye una modalidad de comunicación integral, interactiva y sincrónica, se ajusta a la exigencia del art 340 inc. 2º del Código Procesal Penal*'; lo que, en su momento fue aceptado por los tribunales nacionales" (Relatório apresentado à XX Jornada Ibero-Americana de Direito Processual, Malaga, 2006, n. 13).

39. HC 88.914/SP, STF, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 05.10.2007.

desvendar certos crimes sem a colaboração de pessoas ligadas ao próprio mundo do crime e, em razão disso, vários países, para combate ao crime organizado, admitiram essa ajuda, oferecendo vantagens ao colaborador.[40]

Difere a delação premiada da colaboração processual, figura de direito processual, em que há acordo entre Ministério Público e colaborador. Foi introduzida no sistema brasileiro pela Lei 10.409/2002 sobre entorpecentes, revogada pela Lei 11.343/2006, que prevê apenas a delação premiada. O art. 41 da nova lei estabelece que "o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços". Com isso, inexiste no direito brasileiro o instituto da colaboração processual.

Entre os países que prevêem a colaboração, tem-se entendido que a condenação deve, em princípio, estar amparada por outras provas, não podendo o depoimento do colaborador sustentar sozinho a condenação (Itália, Espanha). Quando o colaborador tem receio de comparecer na audiência de julgamento, aceita-se, com grande rejeição da doutrina, o testemunho indireto de policiais, os quais contam sobre o que ouviram dos colaboradores.

Quem colabora deve, no sistema brasileiro, ser interrogado, pois somente na sentença o juiz reduz ou isenta a sua pena. Deve ser a sua oitiva feita em contraditório, com possibilidade de reperguntas aos outros acusados por ele incriminados.

14. Outras medidas

Outras medidas como as que prevêem o "juiz sem rosto", "o promotor sem rosto", " a gravação de conversa do advogado com o cliente" ferem as garantias do devido processo legal, em seu núcleo essencial constituído pelas garantias da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa. Como avaliar a imparcialidade do juiz que julga sem ser conhecido? Como analisar se não está impedido, se não é suspeito? O Estado, por mais perigosa que seja a atuação de seus profissionais, não

40. Antonio Scarance Fernandes, Crime organizado e a legislação brasileira, n. 9, p. 50-51.

pode agir de forma oculta em suas atividades primordiais de aplicação da Justiça. Cabe-lhe, se for o caso, cercar o juiz ou o promotor de garantias para preservar a sua segurança e, eventualmente, de sua família. Por outro lado, não é possível gravar conversa de advogado com o seu cliente, o que representaria ofensa inaceitável ao exercício do direito de defesa.

As atividades das organizações criminosas são altamente lucrativas, necessitando elas de mecanismos de lavagem de dinheiro, a fim de que os valores ilícitos obtidos ingressem no mercado financeiro. Isso levou a que os países punissem ações tendentes a lavar o dinheiro sujo das organizações criminosas.

A Lei 9.613, de 03.06.1998, cuidou da lavagem de dinheiro. Definiu infrações no art. 1.º e respectivos parágrafos. Ampliou a possibilidade de serem seqüestrados valores conseguidos com a lavagem, cabendo ao acusado, para obter a restituição, provar a origem lícita de seus bens (art. 4.º, *caput*, e § 2.º).

A identificação criminal, antes autorizada pelo CPP (art. 6.º, VIII), após a Constituição Federal não é mais possível em relação às pessoas que possuem identidade civil, exceto nos casos autorizados por lei (art. 5.º, LVIII). A Lei 9.034, em seu art. 5.º, exige a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas, independentemente da identificação civil. Não há inconstitucionalidade, de vez que a própria Constituição Federal admite a identificação criminal em casos expressos em lei. A medida é salutar, pois os membros das organizações atuam normalmente com vários nomes, a fim de dificultar que sejam identificados.

Posteriormente, a Lei 10.054, de 07.12.2000, regulamentou o referido art. 5.º, LVIII da CF/88 ao dispor sobre a identificação criminal. No art. 3.º e incisos contempla hipóteses excepcionais em que se admite que o civilmente identificado por documento original seja identificado criminalmente. No inciso I, prevê a identificação de pessoas envolvidas em crimes graves, como homicídio, roubo, receptação qualificada, dentre outros, os quais, normalmente, são praticados por organizações criminosas.

15. O excesso de prazo na prisão processual

O art. 8.º da Lei 9.034/95 fixava, como prazo máximo da prisão cautelar, o período de 180 (cento e oitenta) dias. Esse dispositivo representou alteração significativa no sistema brasileiro, que até então não tinha previsto um tempo máximo de prisão.

O tempo de prisão era referido pelo art. 648, II, do CPP, que considerava constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*, a permanência de "alguém preso por mais tempo do que determina a lei". Formaram-se duas correntes para contagem do tempo e análise do excesso de prisão. A primeira considerava que a verificação do tempo de prisão devia ser feita isoladamente em relação ao inquérito e às diversas fases do processo, de modo que, excedido algum prazo desses diversos períodos, ocorreria constrangimento ilegal. A segunda preferiu uma contagem global, resultante da soma dos prazos dos diversos atos do procedimento, admitindo que eventual excesso em relação a uma fase pudesse ser superado pela rapidez na realização de outra. Quanto ao inquérito sempre houve maior rigor na exigência de observância do prazo para o seu encerramento. Prevaleceu a segunda orientação nos tribunais, fixando-se, para o tempo de prisão, em regra, o prazo de oitenta e um dias nos processos por crimes de reclusão.

Todavia, os tribunais alteraram essa posição, de forma lenta e gradativa, sendo passos significativos dessa evolução:

a) a orientação de que o tempo de oitenta e um dias é exigível para o encerramento da instrução, não para a prolação da sentença, com forte inclinação no sentido de ser exigido esse prazo somente para o encerramento da prova acusatória;

b) a justificativa do excesso em virtude de vários motivos – grande número de acusados, complexidade da causa, necessidade da expedição de precatória, instauração de incidentes (insanidade mental, dependência toxicológica, falsidade documental);

c) a declaração de que inexistiria constrangimento ilegal quando o excesso resultasse de diligências de interesse da defesa;

d) a afirmação de que o excesso deveria ser verificado em cada caso concreto, dentro de um critério de razoabilidade.

Com isso tudo, o período de oitenta e um dias passou a ser somente um marco para a verificação inicial do excesso. A sua superação não traduziria necessariamente constrangimento ilegal, o qual deveria ser verificado em cada processo, só sendo declarado quando o atraso não fosse razoável. Por outro lado, não se admitia, a não ser em casos extremos, a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo no julgamento de apelação ou no julgamento pelo Tribunal do Júri de réu pronunciado. Parte dessa orientação cristalizou-se em Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Súmula 64. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Era isso, em síntese, o que de mais interessante existia a respeito do excesso de prazo antes da Lei 9.034/95.

Esse panorama alterou-se com o advento da Lei 9.034/95 e a fixação do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias. Três questões foram postas:

a) como adequar o prazo global de cento e oitenta dias ao prazo de oitenta e um dias criado pela jurisprudência?

b) esse prazo máximo de cento e oitenta dias deve abranger toda a fase recursal e, nos processos de júri, incluir a fase posterior à pronúncia até o julgamento em plenário?

c) é possível aplicar este prazo global a outros crimes além dos regulados pela Lei 9.034/95?

Quanto à primeira questão, razoável resposta era a de que o prazo de oitenta e um dias continuava sendo um marco para se avaliar eventual constrangimento ilegal, enquanto o de cento e oitenta dias passava a ser um prazo máximo, fatal, quando não se admitiria mais qualquer excesso, ficando o juiz

impedido de justificar o atraso por situações especiais ou em virtude de um critério de razoabilidade.

Mais difícil a segunda questão. A redação do texto parecia não deixar dúvida de que o prazo era fatal, pois é, segundo a lei, um prazo máximo de prisão. Dificilmente, contudo, seria possível realizar nesse período o julgamento de réus presos em todos os processos de júri ou em todos os recursos interpostos. Por isso, previa-se que a jurisprudência desse ao texto interpretação restritiva, adequando-o às orientações anteriores, ou seja, que viesse a considerar aquele prazo como máximo para a sentença condenatória ou para a decisão de pronúncia .

A última questão devia ter resposta positiva. Falta no Código de Processo Penal a previsão de um prazo máximo de prisão, sendo o de oitenta e um dias objeto de construção jurisprudencial, superável pelo critério da razoabilidade. Assim, nada impede que, em infrações menos graves do que o crime organizado, coloque-se esse tempo de cento e oitenta dias como um prazo máximo, que não pode ser transposto de forma alguma, quando, em face do caso, viesse a ser admitida como justificável a superação dos oitenta e um dias.

Esse panorama descortinado pela Lei 9.034/95 foi alterado pela Lei 9.303, de 05.09.1996, que modificou a redação do art. 8.º da Lei 9.034. Mencionado dispositivo passou a apresentar a seguinte redação: "O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto". Houve a consagração na lei do prazo de 81 (oitenta e um) dias, resultante de construção jurisprudencial.

A jurisprudência, após ter fixado o prazo de oitenta e um dias, passou a admitir que esse tempo era para encerramento da instrução criminal e não para a elaboração da sentença. Agora, essa orientação foi afirmada na lei. Poderá persistir uma dúvida: basta o encerramento da instrução criminal em relação à acusação ou se exige que haja também a produção da prova de defesa nos oitenta e um dias? A redação parece ser clara: o prazo é para conclusão da instrução criminal, abrangendo prova de defesa e de acusação. O prazo para as diligências e alegações, momentos dedicados ainda à instrução do processo segundo lição da doutrina,

certamente não será incluído na contagem do tempo permitido de prisão, sendo, nesse aspecto, mantida a posição da jurisprudência.

O prazo, aplicável ao crime organizado, deve também regular o tempo de prisão em relação a outros crimes punidos com reclusão. Se para os crimes organizados é fixado o prazo de oitenta e um dias, com maior razão para crimes que, punidos por reclusão, não são organizados.

Quanto aos processos de júri, há que se considerar o prazo como de encerramento da instrução para a pronúncia, não para a instrução em plenário, pois não haveria condições de ser o julgamento feito no prazo de oitenta e um dias e sempre ocorreria constrangimento ilegal.

16. Prisão e liberdade. Regime de pena

O tratamento à prisão e liberdade, em razão de alterações do Código de Processo Penal, tornou-se cada vez mais confuso.

Com as reformas do Código, retirou-se da fiança a importância que tinha no sistema, ficando limitada a sua relevância prática a poucas hipóteses.[41] Ampliou-se a liberdade provisória sem fiança, que passou a ser admitida, na hipótese de prisão em flagrante, em todos os casos em que não fosse cabível a prisão preventiva (art. 310, parágrafo único). Em síntese, a pessoa só permaneceria presa se estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva. Mas ainda que solto durante toda a instrução, para apelar de sentença condenatória deveria o acusado se recolher à prisão, exceto se primário e de bons antecedentes (art. 594). Em caso de tráfico de entorpecentes, era vedada a apelação em liberdade (art. 35, Lei 6.368/76). Com a Lei dos Crimes Hediondos, ficou proibida a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 2.º, II), mas se admitiu a apelação em liberdade (art. 2.º, § 3.º).

A inconstitucionalidade da proibição da liberdade provisória pela Lei dos Crimes Hediondos foi sustentada por vários doutrinadores, mas o Supremo Tri-

41. Ver de nossa autoria o artigo Fiança na Constituição Federal. *Justitia, S. Paulo*, v. 155/28-39, jul.-set., 1991.

bunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, entenderam inexistir afronta ao texto da Carta Magna.[42] Recentemente houve alteração da orientação do STF no julgamento do HC 82.959 (*DJU* 01.09.2006), no qual se considerou inconstitucional o cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado (art. 2.º, § 1.º) em virtude de ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (CF/88, art. 5.º, XLVI). Por influência desse julgado, a Lei 11.464/2007 alterou a Lei dos Crimes Hediondos, de forma que passou a ser permitida a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (conforme redação alterada do art. 2.º, II, § 2.º, da Lei 8.072/90).

A Lei 9.034/95, do Crime Organizado, vedou a liberdade provisória para os que "tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa", e proibiu a apelação em liberdade (art. 7.º).

A proibição da apelação em liberdade da Lei 9.034/95 é inconstitucional. Não há aí prisão cautelar, mas prisão antecipada, em clara antinomia com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII). A pessoa solta, para recorrer, deve se recolher à prisão, ficando impedida de exercer livremente o seu direito ao duplo grau de jurisdição. Na realidade, a exigência de recolhimento à prisão para apelar atua como fato impeditivo ao recurso, não como efeito suspensivo de sentença condenatória e, muito menos, como prisão cautelar. Nesta ótica, a proibição afronta o devido processo legal e vulnera o art. 5.º, LV, da CF/88, que assegura ao réu a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.[43]

O correto seria, se o juiz entendesse na sentença que há elementos autorizadores da prisão preventiva, a imposição da medida cautelar, expedindo-se mandado de prisão, mas sem que se impeça o seguimento do recurso.

Por fim, no art. 10, a Lei 9.034/95 impôs aos condenados por crime decorrente de organização criminosa o início do cumprimento da pena em regime fechado.

42. Ver nosso artigo Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos, pp. 73-76, esp. 22.

43. O tema foi examinado por Luiz Flávio Gomes, no livro Direito de apelar em liberdade. São Paulo: RT, 1994, entendendo também o autor que há inconstitucionalidade na imposição ao réu do recolhimento à prisão para apelar.

17. Conclusões

A Lei 9.034/95 era necessária, pois o Brasil, como outros países, enfrenta problemas graves com o crime organizado. Contudo, ela contém falhas que deveriam ser superadas ou corrigidas pelas leis que a alteraram, mas não o foram. Assim, persistem os pecados consistentes na falta de definição do que seja crime organizado ou organização criminosa e na sua aplicação a todos os delitos de bando ou quadrilha. Apesar da falta de definição a expressão "organização criminosa" é referida em outras leis para justificar graves restrições individuais, como a imposição de regime bastante rigoroso na execução penal, o regime disciplinar diferenciado (Lei 7.210/84, art. 52).

Outro pecado da Lei 9.034/95 foi corrigido pelo Supremo Tribunal Federal. Ela atribuía ao juiz o papel de investigador, rompendo com o sistema acusatório brasileiro, tornando-o também encarregado da guarda de prova secreta, obtida através da violação do sigilo de dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Admitia-se que essa prova secreta influísse no convencimento do juiz, sem ser referida na motivação da sentença. A lei ofendia a princípios constitucionais, principalmente o da imparcialidade, pois envolvia o juiz na obtenção de fontes de prova. O problema foi superado com a afirmação de inconstitucionalidade do art. 3.º, da Lei, no julgamento da ADIn 1.570-2, pelo STF.

Quanto aos meios específicos de obtenção de prova, a lei deve ser aprimorada. Como são formas especiais de investigação, é necessária clara regulamentação para maior resguardo de direitos individuais. Assim, seria preferível que a ação controlada dependesse, em regra, de autorização judicial; a infiltração policial deveria especificar, pelos menos, os limites da atuação dos agentes infiltrados.

A admissão de medidas especiais de proteção a vítimas, testemunhas e colaboradores está em consonância com a necessidade de maior eficiência no combate à criminalidade organizada, mas devem ser adotadas sem que se anule a garantia da ampla defesa, em suas duas vertentes: a da defesa técnica e da autodefesa.

A Lei 9.034/95 somente restringiu a liberdade provisória aos que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, não a vedando

totalmente, como sucedia em relação aos crimes hediondos.[44] Mas proibiu taxativamente a apelação em liberdade, sendo, neste ponto, inconstitucional, pois decorre do sistema que a prisão processual deve ser sempre cautelar e, por outro lado, atribuiu-se à apelação a função anômala de ser causa de impedimento do exercício do direito ao recurso. Quanto ao regime de pena, agiu bem o legislador ao impor regime fechado inicial, não integral, como estava na Lei dos Crimes Hediondos.[45] Acabou a Lei incorporando a orientação jurisprudencial sobre o tempo de prisão processual de 81 (oitenta e um) dias.

Importa destacar que a previsão de medidas especiais para uma repressão mais eficaz à criminalidade organizada não pode ocorrer com desrespeito ao núcleo essencial das garantias fundamentais, como acabaria sucedendo com depoimentos anônimos, com juízes e promotores sem rosto.

18. Bibliografia

AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law:* dal rito inquisitório al giusto processo. Milão: Giuffrè, 2003.

BARBOSA, Raimundo Pascoal. Apuração do crime organizado, *Boletim IBCCrim* n. 29, mai., 1995.

BASSIOUNI, M. Cheriff. Criminalità organizzata e terrorismo: per uma strategia di interventi efficaci. *L'indice Penal.* Pádua: Cedam, primeiro quadrimestre de 1991.

BENTIVOGLIO, Antonio Tomás e BUONO, Carlos Eduardo Athayde. O crime organizado. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

BICUDO, Tatiana Yiggiani e PINTO, Luciana Ferreira Leite. Basta só o direito penal. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

44. O art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos foi alterado pela Lei 11.464/2007, com a extinção da vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados.

45. Com a Lei 11.464/2007, que promoveu alterações na Lei dos Crimes Hediondos, por influência do que foi decidido pelo STF no HC 82.959, antes citado, admitiu-se a possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados após cumprimento de 2/5 da pena para os condenados primários e 3/5 para os reincidentes.

BORRALO, Enrique Anarte. Conjecturas sobre la criminalidad organizada. In: OLIVÉ, Juan Carlo Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). *Delincuencia organizada:* aspectos penales, procesales y criminologicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

BUONO, Carlos Eduardo Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio Tomás. O crime organizado. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

CAFFARO, Luiz Carlos. O Ministério Público e o crime organizado. *X Congresso Nacional do Ministério Público*, 1994.

CERVINI, Raúl e GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado.* Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHIAVARIO, Mario. Direitos Humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad. Maurício Zanóide de Morais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5. São Paulo: RT, jan.-mar., 1994.

DOUGLAS, William e PRADO, Geraldo. *Comentários à lei contra o crime organizado.* Organização criminosa, ação controlada, ação penal pública e privada, poderes do juiz, prisão e liberdade, sigilo bancário. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. O difícil processo de tipificação. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

FRANCO, Antonio Carlos. "No Congresso", o IBCCrim e o crime organizado, *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime organizado.* Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Criminalização e D. P. mínimo. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O crime organizado e as garantias processuais. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

GONÇALVES, Jorge César Silveira Baldassare. Algo sobre a Lei 9.034/95. *Boletim do IBCCrim* n. 30, jun., 1995.

_____. Crime mais que organizado, *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse? *Boletim IBCCrim* n. 30, jun., 1995.

GUIDOLIN, Irineu. Crime organizado. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 1994.

HEREDIA, Jonaci Silva e outros. O Ministério Público e o crime organizado, necessidade de implantação de programa de proteção à testemunha. *X Congresso Nacional do Ministério Público*, 1994.

JESUS, Damásio Evangelista. O fracasso da delação premiada. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

LIMA, Walberto Fernandes e outros. O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual penal. *X Congresso Nacional do Ministério Público*, 1994.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Crime organizado, máfia e ética judicial.* São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 1994.

_____. As associações criminosas transacionais. *Justiça penal. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal.* Coord. de Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1995.

MINGARDI, Guaracy. O Estado e o crime organizado. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

MOCCIA, Sérgio. *Criminalità organizata e risposte ordimentale.* Nápoles: Edizioni Scientifique Italiane, 1999.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação.* Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

PINTO, Luciana Ferreira Leite e BICUDO, Tatiana Viggiani. Basta só o direito penal. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. *Comentários à lei contra o crime organizado.* Organização criminosa, ação controlada, ação penal pública e privada, poderes do juiz, prisão e liberdade, sigilo bancário. Belo Horizonte: Livraria Dei Rey, 1995.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. Considerações sobre a Lei 8.072/90. *RT*, v. 660/231-236. São Paulo: RT, 1990.

_____. Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos, *Justiça penal, crimes hediondos, erro em direito penal, juizados especiais.* Coord. de Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1993.

_____. O conceito de crime organizado na Lei 9.034. *Boletim do IBCCrim* n. 31, jul., 1995.

_____. O prazo máximo de 180 dias para a prisão cautelar. *Boletim do IBCCrim* n. 32, ago., 1995.

_____. *Processo penal constitucional.* 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Cláudio Barros. O combate ao crime organizado transnacional e direitos humanos. *X Congresso Nacional do Ministério Público*, 1994.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SOBRINHO, Mário Sérgio. Por uma ampla reforma penal. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

SUANNES. A sociedade desorganizada. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Prueba y sucedáneos de prueba en el proceso penal.* Relatório apresentado à XX Jornada Ibero-Americana de Directo Processual, n. 13, Malaga, 2006.

TORON, Alberto Zacharias. Em compasso de espera. *Boletim do IBCCrim* n. 21, set., 1994.

Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória

Guilherme Madeira Dezem
Juiz de Direito em São Paulo.
Mestrando em Processo Penal pela USP. Responsável pelo Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

Resumo: O presente artigo objetiva mostrar as relações havidas entre o princípio da presunção de inocência e a chamada execução provisória em sede de recursos extraordinários, bem como alterações recentes na posição dos tribunais superiores sobre o tema.

Palavras-chave: Processo penal – Presunção de inocência – Recursos extraordinário e especial – Efeito suspensivo – Execução provisória.

Abstract: The present article purpose to show the relations between the not-guilty principle and the so called "provisionary execution" on the extraordinary petition and recently modifications on the position of the Supreme Court.

Keywords: Criminal process – Not-guilty principle – Extraordinary petition – Suspensive effect – Provisionary execution.

Sumário: 1. Presunção de inocência: origem histórica e noção moderna – 2. Presunção de inocência: fontes formais e terminologia – 3. Presunção de inocência: relação com o sistema acusatório – 4. Prisão: modalidades de prisão e relação com presunção de inocência – 5. Recurso extraordinário e

Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória

Guilherme Madeira Dezem
Juiz de Direito em São Paulo.
Mestrando em Processo Penal pela USP. Responsável pelo Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

Resumo: O presente artigo objetiva mostrar as relações havidas entre o princípio da presunção de inocência e a chamada execução provisória em sede de recursos extraordinários, bem como alterações recentes na posição dos tribunais superiores sobre o tema.

Palavras-chave: Processo penal – Presunção de inocência – Recursos extraordinário e especial – Efeito suspensivo – Execução provisória.

Abstract: The present article purpose to show the relations between the not-guilty principle and the so called "provisionary execution" on the extraordinary petition and recently modifications on the position of the Supreme Court.

Keywords: Criminal process – Not-guilty principle – Extraordinary petition – Suspensive effect – Provisionary execution.

Sumário: 1. Presunção de inocência: origem histórica e noção moderna – 2. Presunção de inocência: fontes formais e terminologia – 3. Presunção de inocência: relação com o sistema acusatório – 4. Prisão: modalidades de prisão e relação com presunção de inocência – 5. Recurso extraordinário e

recurso especial: classificação dentro da teoria geral dos recursos e efeitos – 6. O problema da execução provisória: noção de execução provisória, o que se pode executar provisoriamente e o que não se pode executar provisoriamente segundo a jurisprudência no que se refere à prisão – 7. O início da modificação no STJ e no STF: substitutivos para a prisão – 8. Julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – 9. Conclusão – 10. Bibliografia.

Área do direito: Constitucional; Penal; Processo penal

1. Presunção de inocência: origem histórica e noção moderna

O presente texto objetiva analisar as relações havidas entre o princípio da presunção de inocência e a chamada execução provisória em sede de recursos extraordinários, bem como alterações recentes na posição dos tribunais superiores sobre o tema.

Certa feita fora dito por alguém que a ignorância do passado condena o homem ao cometimento dos mesmos erros dos seus antepassados.[1] Bem por isso, importa reavivar na memória as origens de tão caro princípio, para que não se perca de vista as motivações para sua inclusão nas mais diversas constituições.[2]

1. Paradoxalmente, as regras que tratam do tema das liberdades públicas são vistas de maneira cada vez mais pejorativa pela sociedade. Acredita a sociedade que, com tal limitação, os criminosos cometeriam menos crimes e a sociedade seria menos violenta. A tal respeito mencionam Jean Rivero e Hugues Moutouh que "as regras processuais sofrem, na opinião pública, de uma péssima reputação. Paradoxalmente, costumam responsabilizá-las por todos os males da justiça, ao passo que elas contribuem ativamente para uma boa organização. Logo de início podemos dizer que, sem regras processuais coercitivas, nenhuma justiça é possível, pelo menos num contexto liberal. Com efeito, elas oferecem aos indivíduos uma garantia essencial à preservação de seus direitos e de suas liberdades." RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*, p. 164.

2. A importância do tema da presunção de inocência é de tal maneira vital para o sistema processual, que a seu respeito declarou Vicente C. Guzmàn Fluja: "La presunción de inocencia se puede y se debe considerar como uma de las piedras angulares sobre la que desacansa la construcción del proceso penal...", FLUJA, Vicente C. Guzmàn. *Anticipación y preconstitución de la prueba em el proceso penal*, p. 100.

É de se observar que o princípio já era observado pelos romanos[3] mas, dados os naturais influxos por que passou durante a Idade Média e o processo inquisitivo, apenas retomou sua importância no início da Idade Moderna.

Neste sentido afirma Luigi Ferrajoli que "apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve. Só no início da Idade Moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: 'eu não entendo', escreveu Hobbes, 'como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia'."[4]

Aos olhos mais desavisados causa estranheza esta passagem: o teórico do monstro Leviatã a defender o princípio da presunção de inocência! No entanto, deve-se considerar que mesmo Hobbes tinha plena noção dos malefícios que a ausência deste princípio causava para a sociedade: prisões arbitrárias, condenações sem prova, enfim, uma infinidade de horrores que conduziam, em última análise, à própria negação do conceito de Estado.

Em verdade, ao falar-se em Estado Democrático de Direito, deve-se ter em mente a necessária implicação na adoção do princípio da presunção de inocência: o Estado somente se impõe legítimo quando reconhece a existência de direitos às pessoas, entre os quais, o fundamental de ter o seu *status* de inocente garantido até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

3. Neste sentido, afirma Miguel Angel Montañés Pardo "'Nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente'. En este texto de Ulpiano fija la escuela clasica italiana el precedente romano del 'favor rei' y del principio 'in dubio pro reo', origen mediato del derecho a la presunción de inocencia.", PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocencia*: análisis doctrinal y jurisprudencial, p. 29.

4. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, p. 441.

Neste sentido afirma Luigi Ferrarjoli que "Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica 'segurança' fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça e daquela específica 'defesa' destes contra o arbítrio punitivo".[5]

Para além destas noções filosóficas, importa observar que na vida do cidadão tal princípio implica em, pelo menos, quatro funções básicas, como mencionado por Alexandre de Moraes: limitação à atividade legislativa, critério condicionador das interpretações das normas vigentes, critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos e obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.[6]

Esta análise feita quanto à amplitude do princípio da presunção de inocência, além de indicar sua importância, reforça ainda outro aspecto: sem aplicação concreta por parte de todos os operadores do Direito (aí incluído o legislador), faz-se letra morta de conquistas históricas da humanidade, a ponto de se poder afirmar que a negativa da presunção de inocência leva o homem de volta para os terríveis tempos medievais da inquisição.

Gustavo Badaró afirma que, modernamente, o princípio da presunção de inocência, no âmbito estritamente processual penal, pode ser analisado sob tríplice ótica: a) é assegurado a todo cidadão prévio estado de inocência, somente afastado com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; b) trata-se de regra de julgamento e c) regra de tratamento do acusado no processo, impedindo sua equiparação ao culpado.[7]

5. Ob. cit., p. 441.

6. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 393.

7. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 284-286.

Desta forma, deve-se observar que, no processo penal, fica assegurada de maneira indistinta que o acusado, mais do que tratado como tal, é inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Do ponto de vista prático, tais concepções modernas sobre presunção de inocência foram muito bem resumidas por Alberto Binder que, embora a conceitue o princípio de maneira negativa, assim afirma: "(...) fica mais claro conservar a formulação negativa para compreender seu significado; e o primeiro que esta formulação mostra é que 'ninguém é culpado se uma sentença não o declara assim'. Isto, de fato, significa que: 1. Que somente a sentença tem essa faculdade; 2. Que no momento da sentença existem somente duas possibilidades: culpado ou inocente. Não existe uma terceira possibilidade; 3. Que a 'culpabilidade' deve ser juridicamente provada; 4. Que essa construção implica a aquisição de um grau de certeza; 5. Que o acusado não tem que provar sua inocência; 6. Que o acusado não pode ser tratado como um culpado; 7. Que não podem existir mitos de culpa, isto é, partes da culpa que não necessitam ser provadas."[8]

Para os fins do tema proposto: execução provisória e sua relação com a presunção de inocência e a suposta ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, importa que se fixe lição comum de todos os doutrinadores sobre a matéria: o acusado não pode ser tratado como culpado.

Importa, então, que se analise as fontes formais do princípio, para indicar sua força no sistema e, também, que se fixem questões terminológicas. Este é o tema do próximo tópico.

2. Presunção de inocência: fontes formais e terminologia

Mundialmente falando, a presunção de inocência aparece positivada pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela

8. BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*, p. 87.

Assembléia Nacional francesa em 1789,[9] que assim declarava em seu art. 9: "*tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été declaré coupable*".

Esta fórmula francesa fora repetida, então, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948 que determina em seu art. XI que "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei".[10]

No Brasil, o princípio da presunção de inocência encontra-se previsto na Constituição Federal, mais especificamente no art. 5.º, LVII,[11] que dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Também encontra amparo no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Dec. 592/92) e no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, Dec. 678/92), em que ambos asseguram expressamente a chamada presunção de inocência.

Antes da adoção destes tratados internacionais, discutia-se acerca da eventual similitude entre princípio da presunção de inocência e princípio da não consideração prévia de culpabilidade.

A respeito desta distinção afirma Badaró que "na doutrina italiana prevaleceu, inicialmente, a posição de que a condição de 'não culpável' de quem deve ser julgado não se identifica com a presunção de inocência. Contudo, nunca se conseguiu delimitar em que consistia a distinção, isto é, em que o conteúdo da 'presunção de não culpabilidade' seria diferente do da 'presunção de inocência'. As expressões 'inocente' e 'não culpável' constituem somente variantes semânticas de

9. Neste sentido é o quanto afirmado por Gustavo Badaró, ob. cit., p. 286.

10. Trata-se de redação claramente inspirada na Constituição italiana, que dispõe em seu art. 27 que L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

11. Não deixa de ser curioso notar que apenas com a Constituição de 1988 que o princípio é efetivo e expressamente positivado no ordenamento brasileiro. Anteriormente extraia-se sua existência dos demais princípios havidos no sistema, notadamente do devido processo legal, visto como cláusula de reserva por muitos juristas.

um idêntico conteúdo. Justamente por ser inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as idéias – se é que isto é possível – passou-se a postular a equivalência de ambas as fórmulas".[12]

Autores há, ainda, que distinguem o princípio da presunção de inocência do princípio do *in dubio pro reo*. Assim, Alexandre de Moraes afirma que, embora ambos sejam espécie do gênero *favor rei*, a presunção de inocência possui aplicação processual e extraprocessual (como visto no tópico anterior) e o princípio do *in dubio pro reo* somente atua como regra de julgamento.[13]

Antonio Magalhães Gomes Filho, por sua vez, afirma que, sob o aspecto processual, como regra de julgamento, o princípio do *in dubio pro reo* confunde-se com o princípio da presunção de inocência.[14]

Ambos os autores, em verdade, possuem posições semelhantes e complementares. Sob o restrito aspecto da regra de julgamento, os princípios se confundem e possuem o mesmo conteúdo.

Contudo, deve-se observar que a terminologia usada pode induzir em erro o intérprete: o uso do termo *presunção* não possui o significado técnico normalmente utilizado pela técnica processual. Presunção, em sentido técnico, corresponde a ficção criada pela lei e que se refere, tão somente, à distribuição de ônus no processo.

Assim, em verdade não há presunção alguma. Melhor se mostra falar em *status* de inocência, ou seja, o acusado mantém o *status* de inocente durante todo o processo, até que haja o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Bem por isso, há autores que preferem o uso do termo *status de inocência* para designar o princípio da presunção de inocência.

Diante disso, ou seja, diante da amplitude do conteúdo do princípio, importa que se investigue a relação entre o princípio da presunção de inocência e o sistema acusatório, tema do próximo tópico.

12. Ob. cit., p. 282.
13. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 263.
14. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 39.

3. Presunção de inocência: relação com o sistema acusatório

É importante que se compreenda o conteúdo do chamado sistema acusatório que, reconhece-se, fora adotado pela Constituição Federal em nosso sistema processual penal: assim tem-se conforme a leitura do art. 129, I, da CF/88, que atribui ao Ministério Público a titularidade para a ação penal.

O surgimento do sistema acusatório, com seus traços mais delimitados, dá-se na Grécia e em Roma.[15] O conteúdo do que efetivamente integra o sistema acusatório não é admitido de maneira consensual na doutrina.

Apesar da diversidade de opiniões, há consenso pelo menos em torno de um elemento que integra o sistema acusatório: há a efetiva separação das funções de defender, acusar e julgar.

A separação dos papéis de acusar e julgar marca, indelevelmente, o sistema acusatório e representa evolução importante para o sistema processual. Isto porque a experiência demonstra que a confusão de papéis (acusação e julgamento) impede que seja dado julgamento justo e imparcial.

Marcos Zilli apresenta ainda outras 6 características do sistema acusatório: "1. A jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como um árbitro imparcial entre acusador e acusado; 2. A persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução; 3. O acusado é considerado como sujeito de direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador; 4. O procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório; 5. Na valoração da prova, impera o sistema do livre convencimento não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas quanto à valoração das provas apresentadas; 6. A sentença é o resultado

15. Tal afirmativa vem de Rogério Lauria Tucci. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, p. 106.

de uma votação, que pode tomar por base a vontade expressa pela maioria ou pela unanimidade dos julgadores".[16]

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar a matéria e declarou que o sistema vigente é o sistema acusatório. Tal pode ser percebido com trechos do seguinte acórdão: "Processo Penal Acusatório – Obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta. O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe ao Ministério Público a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do *due process of law*, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação" (STF, 1ª T., HC 73.590-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 06.08.1996, *DJ* 13.12.1996).

Também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se manifestou: "o Juiz não pode julgar o réu por fato que não lhe foi imputado na peça acusatória. Estão a impedi-lo os princípios da plenitude do direito de defesa e o *ne procedat judex ex officio*, corolários do sistema acusatório entre nós adotado" (*RT* 609/304).

De nossa parte, acompanhamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e de autores como Fauzi Hassan Chokr, Geraldo Prado, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes e entendemos que o sistema processual efetivado por meio da Constituição Federal e dos tratados internacionais que o Brasil se obrigou a respeitar é o sistema acusatório.

16. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p. 38.

Admitido que o sistema vigente é o acusatório, percebe-se, dentre as características citadas por Zilli, uma que se mostra fundamental: "3. O acusado é considerado como sujeito de direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador".[17]

Por meio desta característica, revela-se toda uma nova e importante noção do direito processual penal: o acusado deixa de ser objeto do processo e, então, passa a ser titular de direitos e garantias que não podem deixar de ser observados.

Dentre estes direitos destaca-se o de ser tratado como inocente, até que sentença penal condenatória transitada em julgado altere sua situação. Portanto, clara está a relação entre ambos: o tratar o acusado como sujeito de direitos, a conseqüência natural para o processo é o tratamento do acusado como inocente durante o desenvolver do processo.

4. Prisão: modalidades de prisão e relação com presunção de inocência

A classificação das modalidades de prisão pode ser feita levando-se uma série de critérios. Para os fins deste texto, importa que se analise a prisão do ponto de vista da fonte da qual promana.

Desta forma, temos, basicamente, duas modalidades de prisão: a) prisão pena e b) prisão processual. A primeira modalidade é aquela que se tem decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. Ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória transitada em julgado, sua natural conseqüência é a prisão que emana do título formado com a coisa julgada. A prisão processual, por sua vez, é a que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal.

Importa, para fins do presente estudo, que se desenvolva melhor as idéias envolvendo a prisão processual e sua relação com o princípio da presunção de inocência. Vejamos.

17. Ob. cit., p. 38.

Há autores que vêem, na prisão processual, instituto que colide com a presunção de inocência. Para estes autores deve-se banir tal instituto do sistema processual penal. Neste sentido veja-se a lição de Ferrajoli: "O imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por *necessidade processual*: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pela suas costas".[18]

Por outro lado, tem-se a posição majoritária apresentada por nosso sistema processual e cristalizada pela Súmula 9 do STJ: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."

De nossa parte, entendemos que a prisão processual não se choca com a garantia da presunção de inocência. Não há incompatibilidade, dependendo a forma como manejada a prisão processual.

A presunção de inocência manifesta-se, em verdade, como um dos balizadores para que seja decretada a prisão processual de qualquer acusado. Assim, a leitura dos requisitos necessários para a decretação de qualquer prisão processual (prisão preventiva, prisão temporária, por exemplo) ou sua manutenção (análise da liberdade provisória em face da prisão em flagrante, por exemplo) deve ser balizada pela presunção de inocência.

Assim, a análise do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti* deve-se pautar sempre pela idéia de que o acusado, em verdade, continua inocente, como, aliás, nunca deixara de ser.

Acerca destes requisitos, afirma Scarance Fernandes que "*fumus boni iuris*, ou *fumus comissi delicti*, a fumaça do bom direito, que se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores de

18. Ob. cit., p. 449.

existência do crime e da autoria; – o *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*, ou seja, o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva".[19]

Por outras palavras, pode-se afirmar que a prisão processual não é incompatível com a presunção de inocência. Antes, esta baliza aquela, que somente poderá ser decretada em havendo justificativa para tal.

Vale dizer: fica afastada qualquer hipótese de prisão automática *ex vi legis*, ou seja, decorrente da lei sem que haja qualquer análise das circunstâncias que envolvem o caso.

Pode ser decretada a prisão processual, desde que, preenchidos seus requisitos, haja justificativa para a restrição cautelar do acusado. Assim, quando o acusado pressiona testemunhas no correr do processo ou, por exemplo, quando o acusado prepara-se para fugir do Brasil: em todas estas hipóteses há justificativa para a limitação da liberdade do acusado.

Também esta é a posição de Antonio Magalhães Gomes Filho, que afirma, ao comentar sobre um dos fundamentos da prisão preventiva, que "não se vislumbra, também nessa situação, uma ofensa ao princípio da presunção de inocência, porque não se parte de uma equiparação entre a condição do acusado e do culpado (o inocente também pode fugir para evitar uma condenação injusta), mas, de qualquer forma, a utilização da cautela, mesmo nesse caso, deve estar subordinada a uma apreciação dos fatos que indiquem a existência do *periculum libertatis*".[20]

O problema surge, então, com o cotejo das noções até agora desenvolvidas e a disposição legal de que os recursos extraordinários (recurso extraordinário e recurso especial) não possuem efeito suspensivo, admitindo, então, a chamada execução provisória com a expedição do mandado de prisão de maneira automática. É o que se passa a analisar nos próximos tópicos.

19. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*, p. 328.

20. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência, p. 22.

5. Recurso extraordinário e recurso especial: classificação dentro da teoria geral dos recursos e efeitos

Os recursos podem ser classificados consoante uma série de critérios e, cada um a sua maneira, possui alguma utilidade para revelar algum aspecto que se deseja ressaltar do objeto de estudo.

No caso, interessa a classificação relativa ao objeto recursal. Quanto a tal classificação, os recursos podem ser ordinários e extraordinários. Ordinários são os recursos que têm por objeto a tutela do direito subjetivo invocado pela parte (como exemplo, tem-se a apelação). Extraordinários são os recursos que buscam tutelar, primordialmente, o direito em si e, apenas de maneira reflexa, o direito invocado pelo recorrente (como exemplo, tem-se o recurso extraordinário e o recurso especial).

A respeito de tal classificação esclarecem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: "A denominação *recurso ordinário*, numa primeira acepção, pode indicar, entre nós, aquele que tenha por objeto próximo a *proteção do direito subjetivo* do recorrente, enquanto por *recurso extraordinário* se aponta aquele que vise a proteger, antes de mais nada, o *direito objetivo*, e só mediatamente o do recorrente. Nesse sentido, são extraordinários tanto o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Todos os demais são ordinários".[21]

Tal classificação, como todas as demais, acaba por conduzir a vantagens e desvantagens. Como vantagem percebe-se a preocupação do legislador em buscar garantir unidade para a aplicação do direito federal e do direito constitucional (por meios dos recursos especial e extraordinário, respectivamente). Como desvantagem, tal abstração técnica acaba por conduzir a uma série injustificável de restrições para a

21. GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*, p. 33.

análise destes recursos e, também, sua análise de maneira isolada dos demais institutos, notadamente constitucionais (tal será mais bem analisado no tópico seguinte).

Quanto aos efeitos dos recursos, tem-se que os recursos extraordinários possuem efeito devolutivo restrito (limitado à matéria que pode ser alegada, seja federal, seja constitucional) e não possuem efeito suspensivo.

A ausência de efeito suspensivo decorre do disposto nos arts. 637 do CPP e do art. 27, § 2.º, da Lei 8.038/90, que assim dispõem:

"Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."

"Art. 27, § 2.º: Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo."

Assim, a teor da legislação infraconstitucional, interposto algum dos recursos extraordinários, é possível que se tenha início, imediatamente, o cumprimento do comando emergente da sentença.

Saber se tal providência é compatível com o sistema constitucional das liberdades públicas e qual tem sido a orientação dos tribunais superiores é o que se propõe nos próximos tópicos.

6. O problema da execução provisória: noção de execução provisória, o que se pode executar provisoriamente e o que não se pode executar provisoriamente segundo a jurisprudência no que se refere à prisão

Com execução provisória traduz-se a idéia de que determinadas decisões podem produzir eficácia antes do trânsito em julgado de determinada decisão. Assim, satisfeitas algumas situações é possível, sem qualquer violação constitucional, que se antecipem os efeitos do julgado. Vejamos.

O acusado que se encontra preso, por exemplo, tendo sido condenado e não tendo sido permitido que apelasse em liberdade, sofrerá a chamada execução

provisória e isto é plenamente constitucional. Com efeito, estando preso, o acusado condenado passa a ter direitos típicos daquele que se encontra preso com decisão transitada em julgado. Poderá, portanto, remir a pena e ter direito à progressão de regime, entre tantos outros direitos assegurados na Lei de Execução Penal.

Tal situação é amplamente conhecida e admitida pela jurisprudência,[22] havendo discussões ainda no que se refere à sua extensão e limites, em se tratando de réu preso.[23]

Nesta situação é importante que se compreenda que a admissão da execução provisória é feita no sentido de dar concretude aos direitos e garantias constitucionais assegurados a todos. Por meio da execução provisória, manifesta-se a chamada instrumentalidade constitucional.[24]

O problema, porém, surge em outra situação: mantida eventual condenação do réu a pena privativa de liberdade pelo tribunal em sede de apelação, a expedição de mandado de prisão seria decorrência direta dada a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários?

22. Tanto assim, que o Conselho Nacional da Justiça (CNJ) editou a Resolução 19, de 29.08.2006, que regulamente o tema da execução penal provisória e, em seu artigo primeiro assim dispõe: Art. 1.°. A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal. § 1.°. Deverá ser anotada na guia de recolhimento expedida nestas condições a expressão "Provisório", em seqüência da expressão guia de; recolhimento. § 2.°. A expedição da guia de recolhimento provisório será certificada nos autos do processo criminal. § 3.°. Estando o processo em grau de recurso, e não tendo sido expedida a guia de recolhimento provisório, às Secretarias desses órgãos caberá expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

23. Também neste sentido, entre outras, é as Súmulas 716 e 717 do STF: Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória; Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

24. Quanto a tal, leia-se a lição de Aury Lopes Jr.: "O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como *efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais*, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.", LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*, p. 38.

A jurisprudência dos tribunais superiores tem se mostrado, ainda de maneira majoritária, pela admissão da expedição *incontinenti* do mandado de prisão. Tal se cristalizou pela Súmula 267 do STJ: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

Contudo, tal posição não pode ser admitida sob pena de violação do princípio da presunção de inocência, nos termos mencionados no tópico 4 deste trabalho. Vejamos de maneira mais detalhada.

A prisão, como dito, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é medida necessariamente processual e, portanto, dotada de cautelaridade. Como tal, para que se compatibilize com o princípio da presunção de inocência, há necessidade de justificativa real e concreta para que se possa decretar a prisão do recorrente.

Desta forma, é de se entender, como já dito, que a prisão cautelar deve ser lida a partir do princípio da presunção de inocência: para que o tribunal de apelação possa decretar a prisão do recorrente, há tal prisão que ser justificável, não sendo admissível a expedição automática de mandado de prisão pura e simplesmente.

Sem que se demonstre, de maneira concreta, os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, não será possível sua efetivação, de maneira que deve haver plena concretude do princípio da presunção de inocência nos processos que são julgados diariamente.

Insista-se que a jurisprudência do STF e do STJ afasta tal posicionamento, consoante se verifica das já citadas Súmulas 716 e 717 do STF. No entanto, há movimento que pretende alterar tal situação, objeto de análise dos próximos dois tópicos.

7. O início da modificação no STJ e no STF: substitutivos para a prisão

Apesar do posicionamento restritivo, os tribunais superiores começaram a perceber que tal situação não se mostrava razoável, notadamente quando produzia situações, no mínimo, curiosas.

Assim, por exemplo, tem-se a seguinte situação: não é possível que seja remetido o nome do réu para o rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas é possível sua prisão. Ainda, tem-se que não é

possível o início do cumprimento de pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado, mas é possível a prisão.

Estas situações começaram a evidenciar os problemas da manutenção da sistemática infraconstitucional, em desprezo ao princípio da presunção de inocência, o que gerou tentativas de amenizar o problema.

Desta forma, os tribunais superiores passaram a criar mecanismos para evitar o encarceramento provisório. Um destes mecanismos fora a admissão da prestação de fiança na pendência de julgamento dos recursos extraordinários.

Assim tem-se, como exemplo, os seguintes julgados:

"I. Fiança: a afiançabilidade de infração penal, a partir da Lei 6.416/77, verifica-se em função do mínimo da pena abstratamente cominada, independentemente da que concretamente tenha sido aplicada pela decisão condenatória recorrível. II. Fiança: prestação a qualquer tempo, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória (CPP, art. 334): irrelevância da inexistência de efeito suspensivo dos recursos contra ela cabíveis e de a prisão dele decorrente constituir execução provisória da condenação: retratação de entendimento contrário em decisões precedentes (HC 70.798, Pleno, 14.12.1993, Pertence; HC 70.662, 1ª T., 21.06.1994, C. Mello)." (STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC 72.169-RJ, j. 21.02.1995).

Também houve algumas decisões no sentido de que deveria o tribunal de apelação justificar a necessidade da prisão, sob pena de impossibilidade de sua decretação. Neste sentido veja-se o seguinte julgado:

"Constitucional e penal. *Habeas corpus*. Paciente que se defendeu solto durante todo o curso do processo. Absolvição no primeiro grau e condenação em segundo. Regime prisional. O semi-aberto. Acórdão que não demonstra a imperiosidade da prisão *ante tempus*. Ordem concedida para que o paciente permaneça em liberdade até que sejam julgados os recursos excepcionais. I – O paciente, que já não tinha bons antecedentes, foi processado por lesões corporais graves (atirou um copo na cabeça da vítima). Respondeu a todo o processo em liberdade. Foi absolvido em primeiro grau e, em segundo, condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão. Regime prisional, o semi-aberto. Pediu fiança, não a logrando. II – O paciente, é

certo, não faz jus à fiança. Mas, em contraposição, não pode ser recolhido à prisão comum por duas razões antes do trânsito em julgado da condenação: a) o acórdão não justificou a imperiosidade de seu recolhimento *ante tempus*. Logo, em obediência aos princípios da presunção de inocência e da motivação dos atos judiciais, de base constitucional, deve continuar em liberdade até o trânsito em julgado da decisão; b) ficar na cadeia pública implicaria gravame para quem foi condenado a regime semi-aberto. III – Ordem concedida." (STJ, HC 2.806-RJ, rel. Min. Pedro Acioli, rel. para o acórdão Min. Adhemar Maciel, j. 18.10.1994).

Contudo, tais decisões, além de insuficientes, ainda se mostram minoritárias. Então, passou-se para o segundo estágio de decisões que, embora ainda sejam minoritárias, passaram a provocar verdadeira revolução no sistema processual. É o objeto do próximo tópico.

8. Julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Com a alteração na composição dos tribunais superiores, grande era a expectativa quanto à mudança de posição no que se refere a temas polêmicos como é o caso da chamada execução provisória.

Duas decisões, uma do Supremo Tribunal Federal e outra do Superior Tribunal de Justiça indicam o caminho que está tomando a orientação de tais cortes, embora ainda sejam posição minoritária. Vejamos cada uma das decisões.

No STF tem-se o seguinte acórdão da lavra do Min. Eros Grau:

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Individualização da pena. Sentença anulada, no ponto, pelo STJ. Falta de interesse. Anulada a sentença pelo Superior Tribunal de Justiça, no ponto relativo à individualização pena, falta ao paciente interesse para alegar ausência de fundamentação na fixação da pena-base. Ampla defesa e devido processo legal. Revolvimento de provas. Não-cabimento. Ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa afirmada desde o argumento de que a sentença condenatória fundou-se exclusivamente em provas colhidas no inquérito policial. Necessidade do reexame de fatos e provas, incabível no rito do *habeas corpus*. Inconstitucionalidade da chamada 'execução antecipada da pena'. Art. 5.º,

LVII, da Constituição do Brasil. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5.º, LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido e provido, em parte, para assegurar ao recorrente a per-

manência em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação." (STF, rel. Min. Eros Grau, RHC 89.550-SP, j. 27.03.2007).

No Superior Tribunal de Justiça, tem-se a seguinte decisão, da lavra da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, nos autos do HC 72.726-SP (2006/0276683-5). De sua liminar, destaca-se os seguintes trechos:

"Tenho porém, que a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação basta a leitura do art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, acima transcrito. Além do comando constitucional, também consta na Lei das Execuções Penais norma a revigorar a idéia-força:

'Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução'."

E, ainda:

"A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5.º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida, por isso mesmo, por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF/88, art. 5.º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

É que ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado (HC 79.812-SP, rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, "consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário." (STF, HC 80.719-4/SP, rel. Celso de Mello, *DJ* 28.09.2001).

Percebe-se, pela leitura das decisões citadas, a preocupação dos julgadores em fazer valer, na concretude, os princípios constitucionais, sem que com isso se tenha descurado da necessária efetividade do processo penal.

Para que possa haver a decretação da prisão, há necessidade, repita-se à exaustão, de concreta demonstração por parte do órgão julgador da cautelaridade que justifica a segregação cautelar.

De se notar, ainda, que no Supremo Tribunal Federal a matéria encontra-se ainda mais dividida, na medida em que a Primeira Turma entende ser possível a execução provisória do julgado e a Segunda Turma entende que não é possível a prisão automática após o julgamento de apelação.

A decisão, agora, está afeta ao plenário do Supremo Tribunal Federal, que analisará a matéria no julgamento do HC 91.676, de forma que é de se aguardar com ansiedade este julgamento.

9. Conclusão

A prática constitucional ainda se encontra sobremaneira distanciada dos princípios constitucionais e de sua leitura feita pela doutrina.

No caso do tema em tela, a presunção de inocência e a prisão cautelar não são conceitos que se excluem, mas a decretação da restrição cautelar deve ser lida a partir do princípio da presunção de inocência.

Diante dessa situação, há necessidade de revisão da chamada execução provisória ou execução antecipada da pena. Embora a jurisprudência majoritária ainda a admita de maneira tranqüila, consoante as Súmulas 267 do STJ e 716 do STF, há início de modificação nos tribunais superiores.

Neste sentido, as decisões apresentadas no tópico anterior indicam início de tentativa de modificação desta situação, de forma a que as promessas constitucionais deixem de ser meras promessas e passem a fazer parte da vida diária dos sujeitos do processo.

10. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLUJA, Vicente C. Guzmàn. *Anticipación y preconstitución de la prueba em el proceso penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais.* v. 5. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional).* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocencia*: análisis doctrinal y jurisprudencial. Pamplona: Aranzadi, 1999.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1978.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

3. Crime e Sociedade

A reparação, como terceira via, e o Direito Penal do Jovem Adulto

Selma Pereira de Santana
Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Ministério Público Militar da União.

Resumo: Esta reflexão, inserida num movimento mundial de resgate a dignidade da vítima do delito, investiga a possibilidade de inserção da reparação, como terceira via, no Direito Penal do Jovem adulto, demonstrando algumas iniciativas que já vem sendo tomadas neste sentido.

Palavras-chave: Delinqüência juvenil – Política criminal – Educação para o direito – Medicas educativas – Reparação à vítima – Regime penal especial – Mediação – Prevenção especial – Adimplemento.

Abstract: This reflection, introduced in a world movement to rescue the victim's dignity, search the possibility of restoration, like third way, in criminal law of young man, showing some enterprises that are being taking in this direction.

Keywords: Juvenile delinquency – Criminal politics – Law education – Educational steps – Make up for victims – Special criminal rule – Mediation – Special prevention – Satisfy.

Sumário: 1. Introdução – 2. A lei tutelar educativa em Portugal: 2.1 O regime penal especial para jovens com idade compreendida entre 16 e

21 anos em Portugal (Dec.-lei 401/82, de 23 de setembro) – 3. A Lei Penal Juvenil alemã (JGG): 3.1 O papel da reparação no Direito Penal Juvenil alemão – 4. A abordagem espanhola (Lei Orgânica 5/2000, de 12 de janeiro) – 5. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil (Lei 8.069/90) – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: PENAL

1. Introdução

Vive-se atualmente um ambiente social onde a criminalidade, a violência e o medo, advindo delas, ocupam o centro das preocupações dos cidadãos. Já fora afirmado, anteriormente, que a sociedade não oferece mais um direito penal que seja realmente uma garantia de liberdade, de forma que à *Magna Carta do delinqüente* a sociedade opõe a *Magna Carta do cidadão*:[1] o reclamo por um conjunto de meios efetivos de luta contra o crime e de repressão à violência.

A criminalidade juvenil tem representado, para muitos, um fator que integra, de modo bastante significativo, os índices de aumento da delinqüência, em geral. Daí surgirem, em alguns países, modelos penais de justiça de menores, sugerindo, dentre tantas alternativas, a redução do limite etário da imputabilidade, como tem ocorrido, recentemente, em alguns setores no Brasil.

Questionar a origem da criminalidade juvenil é ingressar numa seara difícil, tormentosa e variada, exatamente porque fatores sociais, culturais e, sobretudo, econômicos, de cada país, formatam um perfil particular de cada realidade. Contudo, tem-se como certo que, na origem da violência, denuncia-se a profunda fratura psicológica que provoca a *décalage* entre valores tradicionais e a cultura de consumo, criando, ao mesmo tempo, uma modificação na natureza da violência, que se volta para terceiros, estranhos ao mundo do jovem.

1. RODRIGUES, Anabela. *Psicologia*, p. 285.

Observa-se, ainda, nas sociedades modernas, como bem ressalta Anabela Rodrigues, que o acesso à idade adulta não se dá, como antes, através de ritos de passagem, que terminavam por representar um *virar de página* da biografia de cada um. O que ocorre hoje, de acordo com a autora, é uma fase de autonomia crescente, em face do meio parental, e de dependência crescente, em face da sociedade, que faz dos jovens adultos uma categoria social heterogênea, alicerçada em variáveis tão diversas, como a circunstância de o jovem ter ou não autonomia financeira, possuir ou não uma profissão, residir ou não com os pais. "Esse período de latência social – em que o jovem escapa ao controle escolar e familiar sem se comprometer com novas relações pessoais e profissionais – potencia a delinqüência".[2]

O recrudescimento de formas de violência juvenil, os movimentos de contestação global, a rebelião contra a escola e a família apareceram como sintomas de uma nova cultura, a que a irrupção dos audiovisuais e a prevalência da cultura oral serviram de instrumento.

A situação agravou-se com a ocorrência de transformações profundas dos modos de viver e nos conflitos entre gerações. A modificação da estrutura familiar, com a perda da coesão e a crescente expressão da família monoparental, somada aos novos instrumentos de comunicação repercutiram nas formas de desenvolvimento, sobretudo intelectual.

Estudos recentes mostram que o conjunto das relações sociais e os riscos da moderna tecnologia são vivenciados como algo ameaçador, ao mesmo tempo em que as instâncias de controle social, como a escola, o mundo profissional e a vizinhança, perdem as suas forças para estabelecer normas da vida em sociedade, e a tendência é para o isolamento e a dessolidarização.

À política criminal aponta-se o caminho de iniciar e favorecer os processos de solidarização e de estabilização das normas, sendo que a solidariedade e o respeito aos direitos fundamentais constituem baluartes de uma política criminal

2. Idem, ibidem, p. 285-286.

que se pretende fundar como uma política de menoridade, desenvolvendo conceitos como os de socialização e responsabilidade.[3] A política de menoridade deve fundar-se na responsabilização do menor. O que significa dizer que, em relação ao menor delinqüente, importa empregar a pedagogia da responsabilidade, ou seja, o menor pode e deve ser educado para o direito.

A intervenção tutelar, por sua vez, não pretende constituir um sucedâneo do direito penal. As expectativas comunitárias deverão ser consideradas satisfeitas nos termos em que a aplicação de uma medida seja exigida pelo interesse do menor, numa intervenção que o eduque para o direito. A intervenção educativa não visa à punição, devendo somente ocorrer quando a necessidade de correção da personalidade subsistir no momento da aplicação da medida.

No que diz respeito aos jovens adultos (jovens imputáveis), momento em que ocorre uma separação entre o direito tutelar e o direito penal, dois aspectos devem ser ressaltados: o primeiro, é que eles estão sujeitos às normas penais, e é perante elas que devem responder; o segundo é o de que deve ser evitada, na medida do possível, a aplicação de pena privativa de liberdade aos jovens adultos, uma vez que é remansosa a idéia da natureza criminógena dessa pena, que tem seus males neles potencializados, como, outrossim, essa pena implica para o jovem a retirada do seu meio, terminando por produzir efeitos dessocializantes devastadores.

3. "Por outro lado, é contraditório lamentarmo-nos a propósito da ausência de responsabilidade dos jovens e amplificar a utilização de mecanismos de desresponsabilização. A devolução do conflito a um terceiro – o juiz – que tem por tarefa resolvê-lo, que caracteriza – ainda – a intervenção do direito penal nos casos mais graves, é substituída por um direito que obriga a reparar, a fazer ou não fazer, que implica todas as pessoas que têm a ver com uma situação. É um direito de confrontação do autor e da vítima, 'é um direito alimentado de memória individual e colectiva, um direito de reconciliação' (Walgrave, 1996; Zehr, 1997). Ao nível processual, isto significa possibilidades de mediação, variedade de modalidades de reparação dos danos causados e sua adaptação à multiplicidade das situações locais. Este direito revitaliza-se com meios cujo uso permite voltar a dar sentido ao objectivo de responsabilização das pessoas. Esta forma dos conflitos não perde de vista que os seus protagonistas vão continuar a viver na mesma cidade e no mesmo bairro. Não pode haver exclusão subjacente à intervenção. As rupturas temporárias e inevitáveis são acompanhadas de *pontes* que mantêm o laço. Torna-se imprescindível uma reflexão sobre estes aspectos, quando o nosso tempo é o tempo de prevenção e, em matéria de segurança, se ensaiam generalizadamente processos de contratualização dos objectivos" (RODRIGUES, Anabela. *Psicologia*, p. 288-289).

2. A lei tutelar educativa em Portugal

Com o evoluir das sociedades, o bem-estar da criança deixou de ser uma preocupação atinente, em exclusivo, à família.

A nova idéia de que a criança não é um homem em tamanho pequeno, como se acreditou durante séculos, e muito menos um ser sem voz, importou consigo o reconhecimento de que à criança cabem direitos próprios, adequados ao seu estágio de desenvolvimento, principalmente o direito de ser feliz, o direito a ter tempo de ser criança, o direito a brincar, o direito a participar das decisões que lhe digam respeito, de acordo com a sua maturidade, o direito a ter uma família de afetos que lhe permita um desenvolvimento harmonioso e uma inserção saudável na sociedade.

Em Portugal, a intervenção do Estado em relação a menores orientava-se, até a entrada em vigor, em janeiro de 2001, da Lei 166/99 (Lei Tutelar Educativa – LTE), de 14 de setembro, pelo chamado modelo de proteção. Depois disso, passou a haver uma clara diferença de tratamento ao menor, em razão da Lei 147/99, que trata da proteção de crianças e jovens em perigo. Lembremos que os instrumentos internacionais[4] mais importantes sobre a justiça de menores vêm da década de 80, e em vários países já haviam sido concluídas reformas administrativas significativas há algum tempo, tais como: a Loi sur les jeunes contrevenants – Young Offenders Act canadiana, de 1986; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de

4. As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores –, *Regras de Beijing* – recomendadas pelo 7.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes e aprovadas pela Resolução da Assembléia Geral 40/33, de 1985; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas da Liberdade – *Regras de Tóquio*; as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenis – *Diretrizes de Riade* – e as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade –, *Regras de Havana* – todas recomendadas pelo 8.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinqüentes e aprovadas, respectivamente, pelas Resoluções da Assembléia Geral 45/110, 45/112 e 45/113, de 1990. No âmbito do Conselho da Europa, merecem referência duas Recomendações adotadas, respectivamente, em 1987 e 1988: a Resolução R (87) 20, sobre reações sociais à delinqüência juvenil, e a Resolução (88) 6, sobre reações sociais ao comportamento delinqüente dos jovens de famílias imigrantes (apud RODRIGUES, *Anuario*, p. 340).

13.07.1990, no Brasil); e a Ley Orgânica 5/2000, de 12 de janeiro (Espanha), que regula a responsabilidade penal dos menores.

De acordo com a exposição de motivos da Lei 166/99,[5] houve uma necessidade de distinção entre as finalidades da intervenção tutelar de proteção e as finalidades da intervenção tutelar educativa.

A intervenção protetora do Estado justifica-se quando o gozo ou o exercício de direitos cívicos, sociais, econômicos ou culturais do menor é ameaçado por fatores que lhe são exteriores (incúria, exclusão social, abandono ou maus tratos). Já a intervenção tutelar educativa tem outra razão de ser.

Ela deve confinar-se aos casos em que o Estado se encontre legitimado para educar o menor, mesmo contra a vontade de quem está investido no poder paternal, alternativa que apenas se pode admitir quando se tenha manifestado uma situação desviante que torne clara a ruptura com elementos nucleares da ordem jurídica.

O Estado, dessa forma, tem o direito e o dever de intervir corretivamente sempre que o menor, ao ofender valores essenciais da comunidade e regras mínimas de convivência social, revele uma personalidade hostil ao dever-ser jurídico básico, traduzido nas normas criminais. Torna-se, assim, necessário educá-lo para o direito, de maneira a interiorizar-lhe as normas e os valores jurídicos. A solução tem, além disso, a virtualidade de se conformar com exigências comunitárias de segurança e de paz social, de que o Estado não pode alhear-se, porque a ofensa provém de um menor.

A respeito, assinale-se que o art. 1.º da LTE estabelece:

"A prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa, em conformidade com as disposições da presente lei."

Sendo finalidade da intervenção tutelar a educação do menor para o direito, não poderá aplicar-se medida sem que se conclua, em concreto, pela necessidade de

5. Anabela Rodrigues; António Carlos Duarte Fonseca, *Comentário*, p. 33-51.

corrigir a personalidade do menor, manifestada na prática da conduta. Isso demonstra um dado importante: a medida tutelar não pretende constituir um sucedâneo do direito penal, exatamente porque é primordialmente dirigida ao interesse do menor, ou seja, ao interesse fundado no seu direito à realização de condições que lhe permitam desenvolver a sua personalidade de forma socialmente responsável.

Pela circunstância de a intervenção tutelar educativa não visar à punição, ela só deve ocorrer, em suma, quando a necessidade de correção da personalidade subsistir no momento da aplicação da medida. Nas outras hipóteses, a autonomia individual prevalece sobre a defesa dos bens jurídicos e as expectativas da comunidade, o que, além do mais, confere ao Direito Tutelar Educativo uma autonomia fundamental em relação à ordem jurídico-penal.

Pressuposto da intervenção assim configurada é, em primeiro lugar, uma ofensa a bens jurídicos fundamentais consubstanciada na prática de um fato considerado pela lei como crime. Mesmo assim, o Estado somente intervém quando for necessário aplicar ao menor uma medida educativa. A prática de um fato é, nesse sentido, apenas sintomática. É preciso averiguar se ela revela uma necessidade de educação do menor para o respeito por aqueles valores mínimos essenciais à vida em comunidade, o que, em termos normativos, conveio a se chamar *educação do menor para o direito*.

A prática do fato qualificado pela lei como crime representa o elemento de detecção de uma dificuldade do menor em respeitar aqueles valores. É a necessidade desta educação que é preciso avaliar em cada situação concreta. É ela que faz a identidade e a diferença do Direito Tutelar Educativo em relação ao Direito Penal.

O modelo educativo de intervenção não tem a ver com concepções punitivas ou repressivas, uma vez que o elemento-chave do sistema é o princípio da necessidade. Isso significa que, em casos de desnecessidade de *educação do menor para o direito*, apesar de comprovada a prática do crime, a resposta educativa não tem lugar, verificando-se, tão-somente, a intervenção protetora, caso se considerem verificados os pressupostos desta intervenção. Em termos práticos, isto quer dizer que o simples

cometimento de uma conduta qualificada pela lei como crime não conduzirá necessariamente, neste novo modelo, à aplicação de uma medida educativa.

A nova perspectiva pela qual se encara a legitimação e os fins da intervenção educativa reflete-se ainda no processo, que tem uma função garantística, de acordo com as exigências da Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque, em 1989. O processo penal serve de fonte ao processo educativo, na medida em que constitui um ordenamento que realiza as garantias constitucionais da pessoa, em face das pretensões de intervenção do Estado na esfera dos direitos fundamentais.

Em que pese haver algumas aproximações do processo tutelar educativo ao processo penal (princípio da legalidade processual, direito de audição, princípio do contraditório, princípio da judicialidade da decisão), é certo que os fins da intervenção educativa – educação do menor para o direito e, nessa medida e com esses limites, proteção dos bens jurídicos essenciais da comunidade – não se identificam com os fins da intervenção penal, qual seja a proteção dos bens jurídicos essenciais para a comunidade, através da cominação e execução de reações punitivas.

Há, contudo, e visando estabelecer um enquadramento com o tema objeto de investigação, que se ressaltar alguns aspectos de especial importância:

a) em coerência com a natureza e as finalidades do processo tutelar, optou-se pela não-adesão do pedido de indenização civil. O devedor da indenização não é, por regra, o menor, mas os responsáveis pela educação, guarda ou vigilância. Esta circunstância estabeleceria uma situação conflitante entre a pretensão do Estado e a dos detentores do poder paternal, contrariando frontalmente a intenção político-criminal a que se procura dar corpo;

b) a organização da audiência preliminar (art. 101) visa, simultaneamente, constituir um espaço de saneamento do processo, de consenso e de desformalização, reunindo, ou podendo reunir, todos os intervenientes, incluindo o ofendido. Quanto à sua presença, ressalte-se que, a princípio, se impõe em razão da sua função probatória. Ademais, porque ela pode constituir um ponto privilegiado de observação da atitude comportamental do menor, quer quanto ao esclarecimento do fato, quer quanto à

explicação da personalidade e à verificação da necessidade de correção. Outrossim, é útil assegurar uma dimensão de consenso e pacificação, corroborando a idéia de que a finalidade educativa não é estranha a objetivos de defesa social;[6]

c) o legislador fornece, através do art. 4.º, um catálogo fechado de medidas tutelares, não podendo ser aplicadas medidas de espécie ou em modalidade, ou regimes diversos dos previstos na lei. Como as medidas têm natureza educativa, o legislador conferiu espaço a medidas que visam a reparação, efetiva ou simbólica, dos danos provocados pela conduta do menor, pois, além de poderem ser suficientes para o efeito educativo que se pretende alcançar, permite ainda realizar um outro fim do processo tutelar: a pacificação do conflito social. De acordo com o art. 11, a reparação ao ofendido consiste em o menor apresentar desculpas a ele, compensar, no todo ou em parte, economicamente, o ofendido pelo dano patrimonial, e exercer, em benefício dele, atividade que se conecte com o dano, sempre que for possível e adequado. Deve-se ressaltar que o pagamento da compensação econômica pode ser efetuado em prestações, desde que não desvirtue o significado da medida, atendendo o juiz, na fixação do montante da compensação ou da prestação, apenas às disponibilidades econômicas do menor;

d) o art. 42 estabelece que, para a realização das finalidades do processo, e para que se atinjam os efeitos previstos na aludida lei, a autoridade judiciária pode determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação, tendo esta lugar por iniciativa da autoridade judiciária, de seus pais, de representante legal, ou de pessoa que tenha sua guarda de fato, ou, ainda, de defensor.

Em feliz observação, Anabela Rodrigues expressa e sintetiza a idéia que deve nortear toda a disciplina que se relacione ao menor infrator: "O novo olhar sobre o menor é um olhar puro, antes de o *enclausurar pela ciência*. Olha-o não como um *embrião de adulto*, mas como pessoa titular de direitos. Esta é a diferença".[7]

6. Anabela Rodrigues; António Carlos Duarte Fonseca, *Comentário*, p. 50.
7. *Anuario*, p. 336-337.

2.1 O regime penal especial para jovens com idade compreendida entre 16 e 21 anos em Portugal (Dec.-lei 401/82, de 23 de setembro)

O regime especial para jovens adultos surgiu como um sistema próprio, envolvendo um ciclo de vida. "Pensado para uma criminalidade de caráter transitório e efêmero – a partir do momento em que o jovem assume responsabilidades e começa a exercer os papéis sociais que caracterizam a vida adulta, regride a hipóteses de comportamentos desviantes –, envolve a aplicação de respostas diferenciadas que não implique uma solução de continuidade entre os dois sistemas, o dos menores e o dos adultos".[8]

Os jovens adultos que se encontram nessa faixa etária estão sujeitos às normas penais, e é perante elas que devem responder. Ocorre, contudo, que, por se encontrarem no limiar da sua maturidade, estão sujeitos a um regime especial que lhes dá um tratamento diferenciado do imputável com idade superior aos 21 anos.

O direito penal dos jovens imputáveis deve, tanto quanto possível, aproximar-se dos princípios e regras do direito reeducador dos menores, uma vez que o art. 5.º do Dec.-lei 401/82 se refere à aplicação subsidiária da legislação relativa a menores.

Através desse regime especial,[9] busca-se instituir um direito mais reeducador do que sancionador, onde haja flexibilidade na aplicação das medidas de correção, que consagra a possibilidade de o juiz, segundo o seu arbítrio, ordenar o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de deixar de fazer.

As medidas não afastam, entretanto, como *ultima ratio*, a aplicação da pena privativa de liberdade, caso isso se torne necessário para uma adequada defesa da sociedade e prevenção da criminalidade, devendo-se exigir que essa pena possa

8. RODRIGUES, *Anuario*, p. 321.

9. Houve duas propostas de lei que buscavam estabelecer alterações nesse regime especial que, contudo, nunca chegaram a ser aprovadas: a Proposta de Lei 275/VII e a Proposta 45/VIII.

ser especialmente atenuada, na hipótese de existirem sérias razões para crer que, da atenuação, resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado.

As principais idéias contidas nesse regime especial são:

a) esse regime se aplica ao jovem com idade entre 16 e 21 anos, que tenha cometido um fato definido como crime;

b) a lei geral aplicar-se-á em tudo que não for contrariado pelo Dec.-lei 401/82;

c) aplicação subsidiária da legislação relativa a menores;

d) orientação para a hipótese de aplicação da pena privativa de liberdade, no sentido de ser ela especialmente atenuada;

e) aplicação das medidas de correção, quando das circunstâncias do caso e considerada a personalidade do jovem maior de 18 anos e menor de 21, resulte que a pena privativa de liberdade até dois anos não seja necessária, tampouco conveniente à sua reinserção social: admoestação, imposição de determinadas obrigações, multa (na fixação da multa serão aplicáveis os princípios da lei geral, devendo, todavia, tanto quanto possível, procurar afetar-se unicamente o patrimônio do jovem) e internamento em centros de detenção.[10]

3. A Lei Penal Juvenil alemã (JGG)

Já por seu turno, a *Jugendgerichtsgesetz* (JGG) ou Lei Penal Juvenil alemã, de 1953, tem experimentado diversas modificações, sendo a mais importante a realizada em 30.08.1990.[11]

No que se refere ao seu âmbito de aplicação, o § 1.º estabelece que a lei se aplica aos menores (*Jugendlicher*) e semi-adultos (*Heranwachsender*) que tenham cometido uma infração punida com uma pena, nos termos do Código Penal. Entende-se por

10. COSTA ANDRADE, *Código Penal*, p. 225-229.

11. Todos os dados sobre a Lei Penal Juvenil alemã foram retirados da obra de ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, p. 376-416.

menor[12] o indivíduo que, no momento da prática do crime, tenha idade entre 14 e 18 anos,[13] e por semi-adultos,[14] aquele que tenha a idade entre 18 e 21 anos.

Deve-se levar em consideração que, aos semi-adultos, se aplica, em caráter geral, o direito penal de adultos, se bem que podem eles submeter-se às disposições da JGG, quando, por exemplo, no momento do cometimento do crime, seu desenvolvimento mental e psíquico se equiparar ao de um menor, ou quando, segundo a classe, circunstâncias e motivos do fato, se trate de uma infração juvenil (§ 105).

O § 2.º dispõe que o Código Penal se aplica em caráter subsidiário; o § 3.º estabelece que, apenas, são penalmente responsáveis aqueles que, no momento

12. "As crianças, ou seja, as pessoas que, ao cometerem o delito, ainda não tenham quatorze anos, são inimputáveis, segundo o § 19 do Código Penal. De acordo com a opinião geral, trata-se de uma presunção irrefutável de inimputabilidade, que Lange denomina de *uma grande ficção*. O correto é estimar que se trata de uma regulação de exclusão da responsabilidade que pode basear-se em a criança, todavia, não ser normativamente exeqüível ou em não existir nenhuma necessidade preventiva de punição. A experiência da vida ensina que as crianças maiores, na maioria das vezes, sabem perfeitamente que romper a pedradas os vidros de uma janela, furtar, etc. não está permitido. Amiúde as crianças estão também em situação de poder motivar-se por essas proibições, de modo que a culpabilidade em si haveria de afirmar-se. Entretanto, como as condutas das crianças não comovem os olhos dos adultos, a consciência jurídica coletiva, e como a imposição de sanções criminais contra crianças está preventivo especialmente. Contra-indicada, o legislador excluiu, com razão, a responsabilidade" (ROXIN, *Derecho penal*, p. 847-848, trad. livre).

13. "Referentemente à responsabilidade dos adolescentes, ou seja, as pessoas que no momento da conduta tinham quatorze anos, porém, ainda, não dezoito anos (§ 1.º JGG), disciplina o § 3.º do JGG: 'Um adolescente é jurídico-penalmente responsável quando, no momento da conduta, é suficientemente maduro, segundo seu desenvolvimento moral e mental, para compreender o ilícito de sua conduta e atuar conforme essa compreensão'. Enquanto que nos adultos a imputabilidade se pressupõe no caso normal e só se exclui excepcionalmente, conforme o § 20, no caso de adolescentes deve-se constatar a imputabilidade em cada caso concreto e fundamentá-la na sentença. Não obstante, o § 3.º do JGG assemelha-se, em sua estrutura, ao § 20: também possui dois *pisos*, dos quais o segundo atende à capacidade de compreensão e de inibição, enquanto que no primeiro se substituem os estados ou diagnósticos de conexão biológico-psicológicos do § 20 por falta de maturidade moral e mental do § 3.º do JGG. (...). O § 3.º não é unicamente uma causa de exclusão de culpabilidade, uma vez que, em outras ocasiões, funciona como uma causa de exclusão de responsabilidade" (ROXIN, *Derecho penal*, p. 848-849, trad. livre).

14. "Os jovens, ou seja, as pessoas que no momento da conduta têm dezoito, porém não ainda vinte e um anos (§ 1, II, JGG), estão equiparados aos adultos no que se refere a sua imputabilidade; o § 3 do JGG não se refere, portanto, a eles. As regulações especiais que a JGG prevê para eles (§ 105 ss. JGG) referem-se somente às conseqüências jurídicas. Agora bem, os transtornos graves de desenvolvimento nos jovens podem resultar significativos do ponto de vista dos §§ 20 e 21" (ROXIN, *Derecho penal*, p. 849-850, trad. livre).

da prática da conduta, possuíam maturidade suficiente, atendendo a seu desenvolvimento mental e psíquico para compreender o ilícito de sua conduta e atuar conforme sua compreensão.

Concernentemente ao sistema de conseqüências jurídicas, o § 5.º da JGG dispõe que, na eventualidade de o jovem responsável cometer um delito, se lhe podem aplicar três espécies de conseqüências jurídicas: medidas educativas (*Erziehungsmaβregeln*), meios corretivos (*Zuchtmitteln*), ou pena juvenil (*Jugendstrafe*). A pena juvenil e os meios corretivos são aplicados quando consideradas insuficientes as medidas educativas.

As medidas educativas não têm a finalidade de castigar, senão que se orientam unicamente à supressão dos déficits de educação, revelados na realização da conduta criminosa. Se não se detecta esse déficit na educação do indivíduo, não poderá ser aplicada uma medida educativa.

O § 9.º prevê duas categorias de medidas educativas: as regras de conduta e a *ajuda à educação*. As regras de conduta são mandatos e proibições que regulam o modo de vida do jovem, e hão de fomentar e assegurar sua educação. A definição e o catálogo de regras de conduta encontram-se no § 10. A regra de conduta deverá ser determinada levando-se em conta unicamente considerações de ordem educativa. Dentro do catálogo de regras de conduta encontra-se o esforço por alcançar uma compensação com a vítima.

Os meios corretivos são concebidos como uma figura intermediária entre as medidas educativas e a pena juvenil. O § 131 do JGG coloca que "o juiz pune a conduta cometida com meios corretivos quando não é necessária uma pena juvenil, contudo, é preciso fazer notar ao menor, energicamente, que há de responsabilizar-se pelo ato praticado".

Os meios corretivos são aplicados em casos de infrações penais de média gravidade, nos casos em que a gravidade do ilícito e da culpabilidade não permitir uma suspensão, assim como nas hipóteses em que, ainda quando exista um déficit de educação, impor-se-á, junto ao meio corretivo, uma medida educativa.

São meios corretivos, de acordo com o § 13, II, a advertência, as cargas e o arresto juvenil. Ao jovem, que se lhe imponha medidas corretivas, não se lhe gravam os antecedentes penais como se fossem uma pena.

Por fim, a pena juvenil consiste na privação de liberdade em uma instituição penal para menores (§ 171), sendo aplicada quando concorrem alguns destes pressupostos: as medidas educativas ou os meios corretivos não se revelem suficientes para a educação do jovem em razão das tendências por ele manifestadas no cometimento da conduta delituosa, ou em casos de a pena ser necessária devido à gravidade da culpabilidade (§ 17, II).

3.1 O papel da reparação no Direito Penal Juvenil alemão

No Direito Penal Juvenil alemão, a reparação ocupa um lugar destacado, tanto no âmbito material quanto no processual.

O destacado papel cuja reparação desempenha no âmbito das conseqüências jurídicas aplicáveis aos jovens pode explicar-se pelo crescente interesse na redução da intensidade da intervenção penal, com a conseqüente busca de sanções alternativas que dêem lugar a uma diminuição na aplicação da pena privativa de liberdade.

O alcance da idéia de educação (*Erziehungsgedanke*) no Direito Penal Juvenil, assim como a contenção da pena privativa de liberdade, com a constante busca de um sistema de sanções mais leves e mais eficazes, constituem, na realidade, as linhas principais do Direito Penal (material) Juvenil, e com elas encontra-se diretamente a reparação.

Na Lei Penal Juvenil alemã, a respeito das sanções formais, ou seja, aquelas que são impostas pelo juiz por meio de sentença, ao término do processo, as novas sanções alternativas vêm enriquecendo o catálogo de regras de conduta, apanhado no § 10, I, da supra-aludida lei.

Esta ampliação foi produzida pela primeira vez em 1990, mediante a incorporação, no referido catálogo, de regras de conduta de submissão à assistência e vigilância de uma determinada pessoa, à participação em um curso de

entretenimento social e ao esforço em alcançar uma compensação com a vítima (compensação entre autor e vítima). Por outro lado, a reparação do dano aparece regulada como carga no § 15, dentro dos meios corretivos.

Sobre a regra de conduta de compensação entre autor e vítima prevista no § 10, I, da Lei Penal Juvenil alemã, entendemos que ela irradia um caráter repressivo, pela maneira como se acha configurada na Lei Penal Juvenil alemã. Não se pode esquecer que uma compensação entre autor e vítima deverá basear-se em um acordo entre as partes e na sua disposição à cooperação.

Como se encontra na lei, a compensação autor-vítima quando imposta por um juiz pode acontecer de o jovem incorrer em um arresto por desobediência. Este constitui um efeito do descumprimento da regra de conduta por parte do jovem, que deve, para tanto, ser advertido previamente (§ 11). Como acentua Alastuey Dobón, a forte pressão que representa para um sentenciado tal configuração da compensação entre autor e vítima não somente desnaturaliza seu efeito de prevenção especial, senão que pode resultar contraproducente desse ponto de vista, ao colocar jovem e vítima em uma situação muito delicada, uma vez que obriga aquele a efetuar um acordo pessoal com a vítima ou, ao menos, a esforçar-se para lograr o dito acordo.[15]

Sobre a carga de reparação do § 15, I, da Lei Penal Juvenil alemã, dispõe o citado parágrafo que "O juiz pode impor ao jovem: 1. que repare o dano causado pela sua conduta de acordo com suas possibilidades".

Referentemente a esse item, sustenta a citada autora que está de acordo a doutrina majoritária quanto à necessidade de que o jovem esteja obrigado à reparação do dano pelo direito civil para poder impor tal carga por via penal. Ademais, a carga deverá ficar vazia de conteúdo, quando um terceiro tenha reparado o dano ou tenha de repará-lo, ou em caso de renúncia da vítima à percepção da indenização. Contudo, a prescrição da pretensão civil não deixa sem conteúdo a carga.

15. *La reparación*, p. 394.

A reparação poderá ser feita em dinheiro ou em espécie. No Direito Penal Juvenil, torna-se especialmente conveniente esta última, visto que é mais freqüente os jovens não disporem de dinheiro, ou de dinheiro suficiente para fazer frente à reparação do dano causado pela conduta que cometeram. Ademais, não se exige a reparação absoluta do dano, bastando que o jovem repare segundo suas possibilidades, já que, na realidade, é o seu esforço interno que conta.

"Por outra parte, se se outorga à reparação um valor educativo, para que este seja mantido, deve evitar-se que sejam os pais os que efetuem o pagamento, pois se isto acontece, o jovem não se responsabilizará pelo delito. Por isso, considera-se, com razão, que o pagamento de uma quantidade de dinheiro para reparar o dano causado pelo delito deveria impor-se tão-somente na hipótese de o jovem poder pagar do seu próprio bolso." (trad. livre)[16]

Por último, deve ressaltar-se a circunstância de que, desde a introdução, em 1990, da regra de conduta de compensação entre autor e vítima, tem sido difícil delimitar, na prática, ambas as conseqüências jurídicas, considerando-se que o conteúdo delas se superpõem, e que, ademais, se põe o acento no aspecto educativo da carga de reparação.

No que se refere ao âmbito processual, o desejo de limitar, na medida do possível, a intensidade da intervenção do direito penal, quando este se dirige a jovens, reflete-se no crescente interesse por potencializar as soluções processuais existentes na Lei Penal Juvenil alemã, que permitem, sob determinadas condições, a suspensão do processo. A integração de estratégias de *diversão* persegue um objetivo principal: reduzir ao máximo a estigmatizarão e a dessocialização dos jovens delinqüentes, provocadas por sua submissão a um processo penal e a uma ulterior condenação possível de recair sobre eles.

As possibilidades de o processo ser suspenso em uma fase anterior ao pronunciamento da sentença encontram sua previsão legal nos §§ 45 e 47 da lei citada.

16. ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, p. 396.

Com base no § 45, I, o Ministério Público pode renunciar ao início do processamento, caso ocorram os requisitos do § 153 da Lei de Julgamento Criminal alemã, ou seja, que se trate de um delito leve, que a culpabilidade seja ínfima e que inexista interesse público no julgamento da conduta.

Diferentemente da anterior é a modalidade contemplada no § 45, II. Trata-se, outrossim, de uma renúncia ao início do processamento por parte do Ministério Público, se bem que, nesse caso, se exija já ter iniciado, ou levado a cabo, uma medida educativa.[17]

O preceito (§ 45, apartado II, último inciso) estabelece que o esforço do jovem para alcançar uma compensação com a vítima equivale a uma medida educativa. Tampouco, neste caso, se concede ao Ministério Público a faculdade de exigir, para a suspensão do processo, que o jovem leve a cabo uma compensação com a vítima (medida educativa do § 10, I, n. 7).

Importa destacar que a aplicação do apartado II, do parágrafo em questão, independe da gravidade do delito. Não está prevista somente para casos de bagatela, senão que se torna possível, também, quando se tratar de delitos graves, sempre que a medida educativa for considerada suficiente.

Tampouco se limita a delitos leves a modalidade de suspensão prevista no apartado III, do § 45. Nele se contempla a possibilidade de o Ministério Público propor ao juiz a ordenação de cargas ou de regras de conduta dos números 4, 7 e 9 do § 10, I, no caso em que o jovem tenha confessado e aquele considere necessária a imposição de uma medida por parte do juiz, que, contudo, não formulará a

17. "A doutrina está de acordo que este conceito de medida educativa não coincide com aquele previsto no § 9.º e ss. da Lei Penal Juvenil alemã, senão que é muito mais amplo e abarca qualquer medida que provenha da iniciativa de uma instância pública ou privada, como a família, que se considere idônea do ponto de vista educativo, até o ponto de considerar-se desnecessária qualquer outra reação adicional. Em todo caso, o preceito não outorga ao Ministério Público a competência de impor medidas educativas, ou seja, não pode fazer depender a suspensão do processo do cumprimento de medidas que ele mesmo estabeleça. Esta possibilidade fica reservada ao juiz, em virtude do disposto no III, do § 45" (DIEMER, H.; GÖPPINGER, H.; BÖHM, A.; BRUNNER; DÖLLING; EISENBERG; ALBRECHT, apud ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, p. 403-404, trad. livre).

acusação. Se o juiz aceita a proposta, o Ministério Público renuncia ao julgamento, no caso de o jovem ter cumprido a carga ou a regra de conduta.

Por fim, no § 47, regulam-se distintas hipóteses em que o juiz pode suspender o processo, uma vez que tenha sido formulada a acusação por parte do Ministério Público. Essa suspensão pode acordar o juiz quando ocorrem as mesmas condições sobre as quais o Ministério Público pode renunciar à formulação de acusação (§ 47, I, números 1-3), assim como quando o jovem, por falta de maturidade, não seja responsável penalmente (§ 47, I, n. 4).

Nas hipóteses em que a suspensão requer o cumprimento por parte do jovem de regras de conduta ou cargas ou medidas educativas, o juiz pode suspender o processo provisoriamente e fixar um prazo máximo de seis meses para que o jovem as cumpra. Nessa hipótese, a suspensão requer a confirmação do Ministério Público.

4. A abordagem espanhola (Lei Orgânica 5/2000, de 12 de janeiro)

A Exposição de Motivos dessa lei estabelece que sua redação foi conscientemente guiada pelos seguintes princípios: natureza formalmente penal, porém materialmente sancionadora-educativa do procedimento e das medidas aplicáveis aos infratores jovens; reconhecimento expresso de todas as garantias derivadas do respeito aos direitos constitucionais; flexibilidade na adoção e execução das medidas aconselhadas pelas circunstâncias do caso concreto; competência das entidades autônomas relacionadas com a reforma, e proteção de jovens para a execução das medidas impostas na sentença e controle judicial dessa execução.

Essa lei possui, certamente, a natureza de disposição sancionadora, pois desenvolve a exigência de uma verdadeira responsabilidade jurídica aos jovens infratores, ainda que se refira especificamente à realização de condutas tipificadas como delitos ou faltas pelo Código Penal e as restantes leis penais especiais.

Ao pretender ser a reação jurídica dirigida ao jovem infrator uma intervenção de natureza educativa, ainda que, desde logo, de especial intensidade, rechaçando

expressamente outras finalidades essenciais do direito penal de adultos, como a proporcionalidade entre a conduta e a sanção, ou a intimidação dos destinatários da norma, pretende-se impedir tudo aquilo que possa ter um efeito contraproducente para o jovem, como o exercício da ação por parte da vítima ou por outros particulares.

Segundo a sua Exposição de Motivos, essa lei não esquece o interesse da vítima, estabelecendo um procedimento singular, rápido e pouco formalista para o ressarcimento, e dotando de amplas faculdades, o juiz para a incorporação aos autos de documentos e testemunhos relevantes. Introduz, ainda, a responsabilidade solidária com o jovem responsável por parte de seus pais, tutores, acolhedores, ou guardiões, se bem permitindo a moderação judicial dela.

A lei em questão arbitra um amplo direito de participação da vítima, oferecendo-lhe a oportunidade de intervir nos atos processuais, propondo e oferecendo provas, formulando conclusões e interpondo recursos.

Essa participação, contudo, se estabelece de um modo limitado, já que, a respeito dos jovens, não cabe reconhecer aos particulares o direito a constituirem-se propriamente em parte acusatória, com plenitude de direitos e cargas processuais.

Instaura-se um sistema de garantias adequado à pretensão processual, assegurando que a imposição da sanção se efetue sem obstaculizar os critérios educativos e de valorização do interesse do jovem, fazendo, ao mesmo tempo, um uso flexível do princípio da intervenção mínima, no sentido de dotar de relevância as possibilidades de não-abertura do procedimento ou renúncia a ele, ao ressarcimento antecipado ou conciliação entre jovem e vítima, e as hipóteses de suspensão condicional da medida imposta, ou de substituição desta durante sua execução.

De acordo com os princípios assinalados, estabelece-se o limite de 14 anos de idade para se exigir esse tipo de responsabilidade sancionadora aos menores de idade penal, e diferenciam-se, no âmbito de aplicação da lei e da graduação das conseqüências, pelas condutas cometidas, de 14 a 16 anos e de 17 a 18 anos, por apresentarem, um e outro grupo, diferenças características que requerem, de um ponto de vista científico e jurídico, um tratamento diferenciado.

A aplicação dessa lei aos maiores de 18 anos e menores de 21 anos, prevista no Código Penal espanhol, poderá ser procedida pelo juiz, atendendo às circunstâncias pessoais, ao grau de maturidade do autor e à natureza e gravidade da conduta.

A lei estabelece um amplo catálogo de medidas aplicáveis, desde a referida perspectiva sancionadora-educativa, devendo primar, novamente, o interesse do jovem na flexível adoção judicial da medida mais idônea, dadas as características do caso concreto e a sua evolução pessoal durante a execução da medida.

Um interesse particular reveste o contexto da lei, quanto aos temas da reparação do dano causado e da conciliação com a vítima, como situações que, com base no princípio da intervenção mínima, e com o concurso da figura do mediador, podem dar lugar à não-iniciação ou suspensão do procedimento, ou à finalização do cumprimento de medida imposta, em um claro predomínio dos critérios educativos e ressocializadores sobre os de uma defesa social.

"A reparação do dano causado e a conciliação com a vítima têm em comum denominador que o ofensor e o prejudicado[18] cheguem a um acordo, cujo cumprimento por parte do jovem termina com o conflito jurídico iniciado por sua causa. A conciliação tem por objeto que a vítima receba uma satisfação psicológica a cargo do jovem infrator, que há de arrepender-se do dano causado e estar disposto a desculpar-se. A medida se aplicará quando o jovem efetivamente se arrependa e se desculpe, e a pessoa ofendida o aceite e outorgue o perdão. Na reparação, o acordo não se alcança unicamente mediante a via da satisfação psicológica, senão que requer algo mais: o jovem executa o compromisso contraído com a vítima, ou prejudicado, de reparar o dano causado mediante trabalhos em benefício da comunidade, mediante ações adaptadas às necessidades do sujeito, cujo beneficiário seja a própria vítima ou prejudicado." (trad. livre)[19]

18. "A nosso juízo, incorre a lei em um confusionismo de termos entre ofendido, prejudicado e vítima" (NOGUEIRA GANDÁSEGUI, Santiago. *Anuario de Justicia*, p. 147, trad. livre).

19. Exposição de Motivos da Lei Orgânica 5/2000 (*Anuario*, p. 473).

Seguem, em síntese, alguns aspectos relevantes[20] da Lei Orgânica espanhola:

a) essa lei será aplicada para se exigir a responsabilidade das pessoas maiores de 14 anos e menores de 18 pela prática de condutas tipificadas como delitos ou faltas no Código Penal ou em leis penais especiais. Também se aplicará o disposto nesta lei aos maiores de 18 anos e menores de 21, nos termos estabelecidos pelo art. 4.º (art. 1.º);

b) as medidas suscetíveis de serem impostas aos jovens são as seguintes: internamento em regime fechado, semi-aberto ou aberto; internamento terapêutico; tratamento ambulatorial; assistência a um centro de dia; permanência de fim de semana; liberdade vigiada; convivência com outra pessoa, família ou grupo educativo; prestações em benefício da comunidade; realização de tarefas sócio-educativas; admoestação; privação da permissão de conduzir ciclomotores ou veículos a motor; inabilitação absoluta de todas as honras, empregos e cargos públicos, ainda que eletivos, assim como a incapacidade de obtê-los e de serem eleitos para cargo público durante o tempo da medida (art. 7.º);

c) suspensão do expediente por conciliação ou reparação entre o jovem e a vítima. Poderá o Ministério Público desistir de continuar com o expediente, atendendo à gravidade e circunstâncias da conduta e do jovem, de modo particular, à falta de violência ou intimidação graves na realização da conduta e à circunstância de que, ademais, o jovem tenha se conciliado com a vítima, ou tenha assumido o compromisso de reparar o dano causado à vítima ou ao prejudicado, ou, ainda, tenha se comprometido a cumprir atividade educativa proposta por uma equipe técnica.

A desistência do expediente somente será possível caso a conduta imputada ao jovem constitua delito menos grave ou falta.

Entender-se-á produzida a conciliação,[21] na ocasião em que o jovem reconhecer o dano causado e desculpar-se ante a vítima, aceitando esta suas desculpas,

20. Sobre os direitos e deveres dos jovens na citada Lei Orgânica, ver PORTOMEÑE SEIJAS; GUDE FERNANDEZ, *Anuario*, p. 39/73.

21. Sobre a conciliação jovem-vítima no âmbito da Lei Orgânica 5/2000, ver HERRERA MORENO, *Anuario de Justicia*, p. 425-441, e BERNUZ BENEITEZ, *Revista*, p. 263-294.

e entendendo-se por reparação o compromisso assumido perante a vítima ou prejudicado de realizar determinadas ações em benefício dela ou da comunidade, seguido de sua realização efetiva. Tudo isso sem prejuízo do acordo a que tenham chegado as partes em relação ao exercício de ação por responsabilidade civil, derivada do delito ou falta, regulada na lei.

À equipe técnica caberá realizar as funções de mediação.[22]

Uma vez produzida a conciliação ou cumpridos os compromissos de reparação assumidos com a vítima ou prejudicado, ou quando não puderem ser realizados por motivos alheios à vontade do jovem, o Ministério Público dará por concluída a instrução e solicitará ao juiz a suspensão do expediente.

Na hipótese de o jovem não cumprir a reparação ou a atividade educativa acordada, o Ministério Público continuará a tramitação do expediente (art. 19);

d) a ação para exigir a responsabilidade civil[23] no procedimento regulado nessa lei será exercida pelo Ministério Público, salvo se o prejudicado renuncie a ela, a exercite por si mesmo no prazo de um mês ou reserve-se para exercitá-la em ordem jurisdicional civil, conforme os preceitos do Código Civil.[24]

22. Ver a Recomendação do Conselho da Europa (99) 19 sobre mediação em matéria penal.

23. "Em nosso juízo, a regulação padece de dois defeitos: de um lado, sua tramitação em forma de peça separada, e de outro, a ausência de coisa julgada da resolução que põe fim à ela. Ambos denotam que, apesar das boas intenções assinaladas na Exposição de Motivos, o legislador do ano de 2000 incorreu em um excesso de prudência, ficando, nesta matéria, no meio do caminho entre a situação anterior e a prevista na Lei de Julgamento Criminal para o processo de adultos, optando definitivamente por uma solução insatisfatória, tanto do ponto de vista técnico-jurídico como prático." (VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. *Anuario*, p. 270, trad. livre)

24. "Em um momento em que se aprecia uma crescente e geral preocupação pela proteção efetiva dos direitos da vítima, chama a atenção que no processo penal de jovens esta continue sendo esquecida. (...). Se bem que o sistema permita o exercício da ação civil derivada das condutas cometidas pelo jovem, o certo é que o titular daquela está em clara situação de desvantagem em relação à parte civil que atua em um processo penal de adultos. Fica clara a inconveniência de mesclar, em um mesmo procedimento, aqueles conteúdos educativos que dirigem a intervenção em direção ao jovem, com os conteúdos patrimoniais que estão na base das reclamações dos prejudicados." (SAMANES ARA, Carmén. *Anuario de Justicia*, p. 163)

Na hipótese de o responsável pela conduta cometida ser um menor de 18 anos, responderão solidariamente com ele, pelos danos e prejuízos causados, seus pais, tutores, acolhedores e guardiões legais ou de fato, nessa ordem (art. 61);

e) as seguradoras que assumirem o risco da responsabilidade pecuniária derivada dos atos dos jovens, a que se refere essa lei, serão responsáveis civis diretas até o limite da indenização legalmente estabelecida ou convencionalmente pactuada, sem prejuízo de seu direito de regresso contra quem corresponda (art. 63).

5. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil (Lei 8.069/90)

A Constituição Federal Brasileira, através de seu legislador constituinte, em seu art. 227,[25] houve por bem vincular a legislação ordinária à concepção da proteção integral,[26] ao afirmar que crianças e adolescentes têm direitos que podem ser exercitados em face da família, da sociedade e do Estado.

Com isso, o citado Estatuto disciplina as relações jurídicas, entre uns e outros, estabelecendo apenas as normas fundamentais dessas relações, sem substituir as legislações específicas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, naquilo que interessa ao tema da investigação, pode ser assim sintetizado:

a) considera-se criança, para os efeitos dessa lei, a pessoa até os 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. Nos casos

25. Art. 227 da CF/88: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

26. A doutrina da proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente nos seguintes documentos: a) Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (*Regras de Beijing*); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (*Diretrizes de Riad*) (CURY; GARRIDO e MARÇURA, *Estatuto*, p.19-21).

expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos de idade (art. 2.º, *caput* e parágrafo único, do ECA);

b) a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3.º do ECA);

c) considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103). Por serem inimputáveis, a criança ou o adolescente jamais cometem crimes ou contravenções, incorrendo tão-somente em ato infracional, caso adotem conduta de tipicidade objetivamente idêntica.[27] O cotejo entre o comportamento do menor e aquele descrito como crime ou contravenção atua apenas como critério para identificar os fatos possíveis de relevância infracional, dentro da sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente. Exatamente porque não se cogita de crime ou contravenção, ao menor infrator não se aplicam penas, porém medidas outras, de cunho educativo e protetor, sem critérios rígidos de duração, já que vinculadas exclusivamente à sua finalidade essencial;[28]

d) são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos,[29] sujeitos às medidas dessa lei. Para os efeitos desta lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato (art. 104, *caput* e parágrafo único, do ECA);

e) ao ato infracional praticado por criança corresponderão as seguintes medidas: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e freqüência

27. "Homicídio. Aplicação de medida sócio-educativa de internação. Alegação de legítima defesa própria. Excesso punível. Conveniência da imposição de medida sócio-educativa de internação. Recurso não provido." (TJSP, Ap. 22.926-0/7, rel. Nigro Conceição, apud CURY; GARRIDO e MARÇURA, *Estatuto*, p. 94)

28. *RT* 681/328, apud CURY, GARRIDO & MARÇURA, *Estatuto*, p. 93.

29. Art. 228 da CF/88: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."

obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade; e colocação em família substituta (arts. 101 e 105 do ECA);

f) verificada a prática de ato infracional por adolescente, a autoridade competente poderá aplicar as seguintes medidas: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; e qualquer uma das previstas no item anterior, com exceção do abrigo em entidade e colocação em família substituta (art. 112 do ECA). Deve chamar-se a atenção para a circunstância de a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, ser de competência exclusiva do juiz.[30] Como, ainda, que a maioridade penal, adquirida posteriormente à prática do ato infracional, não obsta à imposição de qualquer medida sócio-educativa, inclusive a internação, desde que o adolescente não tenha atingido 21 anos de idade;

g) em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Havendo, contudo, manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada (art. 116, *caput* e parágrafo único, do ECA);

h) antes de iniciado o procedimento judicial para apuração do ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Iniciado, porém, o procedimento, a conces-

30. Súmula 108 do STJ (*Estatuto da Criança*, p. 483).

são da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença (arts. 126, *caput* e parágrafo único, e 188 do ECA);

i) o adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária. O adolescente apreendido em flagrante delito de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial devidamente autuados pelo cartório judicial e com informações sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas (arts. 171, 172, *caput*, e 179 do ECA).

6. Conclusões

Reportar-nos ao Direito Penal do Jovem Adulto significa referenciarmos-nos àqueles indivíduos que, embora imputáveis, não atingiram, contudo, os 21 anos completos, ou seja, aqueles indivíduos que se encontram no limiar da maturidade.

A esses indivíduos –, como já fora demonstrado através de sucinta apresentação de algumas legislações – ao cometerem condutas definidas legalmente como crimes (ou contravenções, no caso do Brasil), serão aplicadas as normas do direito penal dos adultos (chamando a atenção que, em Portugal, eles têm um regime penal especial); no entanto, aqueloutras, de aplicação aos infratores com idade inferior, poderão ser-lhes aplicadas supletivamente.

O que se deve ter sempre em mente é que o tratamento da questão penal envolvendo o jovem adulto não deve distanciar-se das diretrizes que orientam o Direito Tutelar do Menor. Em outras palavras, devem-se favorecer os processos de solidarização e de estabilização das normas, desenvolvendo conceitos de socialização e responsabilidade. Ademais, deve-se evitar, o quanto possível, a aplicação

de pena privativa de liberdade ou, quando inevitável, utilizar-se dos recursos legais disponíveis para provocar a sua atenuação.

A questão, contudo, que se impõe diante do objeto de investigação é a seguinte: poderá a reparação, como terceira via, ser utilizada no âmbito do direito penal do jovem adulto?

Iniciaremos a abordagem do tema ressaltando que, sobretudo quanto ao aspecto da prevenção especial, ela seria considerada de extrema utilidade, uma vez que, certamente, o confronto com a vítima do crime poderia, em muitos aspectos, constituir um dado potencializador do fim perseguido da educação para o direito e da responsabilização do jovem infrator.

Como já afirmado por Roxin, e feitas as devidas adaptações: a) por intermédio da obrigação de reparar, o jovem seria levado a deparar-se com os danos causados e com a pessoa da vítima de forma muito diversa à que corresponderia se ela permanecesse abstrata e anônima, podendo estabelecer um ato de consternação interna, com efeitos ensejadores de uma socialização; b) a reparação é uma prestação social construtiva, cuja imposição pode ser vivida pelo jovem –, de outra maneira que, por exemplo, a pena privativa de liberdade – espontaneamente, como plena de sentido e justa, podendo, dessa forma, conduzir ao reconhecimento do direito; c) a reparação pode acarretar uma reconciliação entre o jovem e a vítima, sobretudo quando se dá voluntariamente; d) por fim, a socialização, através da reparação, responde a três objeções que dificultam a sua realização por meio de tratamento: a ela lhe é imanente a limitação com relação ao Estado de Direito, conforme o princípio da legalidade, enquanto que o tratamento deveria ter uma duração ilimitadamente longa; o perigo de violação da personalidade, passível de acontecer numa hipótese de tratamento, não existe, desde o princípio, ali, onde se procura a socialização por intermédio de um ato de reparação referido ao acontecimento; finalmente, evitam-se conseqüências dessocializantes, que provoquem a pena privativa de liberdade, como, por exemplo, arrancar o jovem de sua profissão, de sua família, de seus vínculos sociais, como os perigos de infecção criminal no estabelecimento penitenciário.

Aspecto, entretanto, inultrapassável é aquele que ocorre, ao se deparar com a necessidade da pessoalidade do cumprimento dessa sanção, para que ela atinja os fins preventivos gerais e especiais, em razão da estreita vinculação com o princípio da culpabilidade.

A esse respeito dispõem a Constituição da República Portuguesa (art. 30, n. 3: "A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão") e a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5.º, XLV: "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...").

Admitimos que a reparação, como terceira via, pode consistir em uma indenização à vítima, ou em prestações imateriais, como um pedido de desculpas, prestações de trabalhos de utilidade pública, o que, aliás, já vêm sendo colocados em prática, com sucesso, através do direito tutelar, para o infrator inimputável, embora se saiba que se trate não de sanção penal, mas de medida sócio-educativas.

Caso se considere as prestações reparatórias a serem realizadas pelo jovem infrator imputável tão-somente como imateriais, a sua execução estaria, em tese, garantida, e o problema da pessoalidade do seu cumprimento, seria, ainda, superado.

Levados, todavia, a admitir a vertente da vítima que se interessa por uma indenização como compensação das conseqüências do delito, em vez de qualquer prestação imaterial, defrontamo-nos com a seguinte realidade: o jovem adulto dificilmente poderá adimplir essa prestação às suas próprias expensas, visto não dispor de dinheiro ou recursos suficientes. Diante desse quadro, seria inevitável que o ônus fosse transferido para seus pais ou responsáveis, afastando a possibilidade de o jovem ser responsabilizado pelo delito, circunstância esta que terminaria por desrespeitar o princípio da pessoalidade do cumprimento da sanção penal, como, outrossim, da culpabilidade do infrator.

Em face disso, diante da relativa possibilidade, ou da prática impossibilidade de cumprimento, pelo jovem infrator, da prestação reparatória de indenização à vítima, entendemos que a reparação, como terceira via, é inaplicável no âmbito do direito penal do jovem adulto.

7. Bibliografia

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Código Penal e legislação complementar.* 7. ed. Lisboa: Quid Júris, Sociedade Editora, 1999.

BERNUZ BENEITEZ, Maria José. La conciliación y la reparación en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la justicia de menores. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 8. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CURY; GARRIDO e MARÇURA. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HERRERA MORENO, Myrian. La *conciliación menor – víctimas* en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero. *Anuario de Justicia de Menores*, n. 1. Madrid: Astigi, 2001.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI, Santiago. Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad de los menores. *Anuario de Justicia de menores*, n. 3. Madrid: Astigi, 2002.

PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando Vasquez; GUDE FERNANDEZ, Ana. Los derechos e los deberes de los menores en la Ley Orgânica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Anuario de Justicia de Menores*, III. Madrid: Astigi, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal e política de menoridade. *Psicologia:* teoria, investigação e prática, n. 2. Madrid: Astigi 1999.

_____. A reforma do direito dos menores (o caso português). *Anuario de Justicia de Menores*, n. 1. Madrid: Astigi, 2001.

_____; FONSECA, António Carlos Duarte. *Comentário da lei tutelar educativa.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. (trad. da 2. ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal).

SAMANES ARA, Carmén. La acción civil ejercitada en el proceso penal de menores. *Anuario de Justicia de Menores*, n. 3. Madrid: Astigi, 2003.

VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. La pieza separada de responsabilidad civil en la Ley Orgânica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. *Anuario de Justicia de Menores*, n. 3. Madrid: Astigi, 2003.

67791

Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão

Wânia Pasinato
Doutora em Sociologia, FFLCH/USP.
Pesquisadora Sênior do Núcleo de Estudos da Violência/USP (colaboradora). Bolsista de Pós-doutorado FAPESP – PAGU/UNICAMP.

Resumo: Este artigo tem como objetivo abordar a Lei 11.340/2006 – "Lei Maria da Penha". A nova legislação é resultado de longo processo histórico de construção social do problema "violência contra as mulheres" no Brasil e traz em seu texto várias marcas dos embates travados pelos movimentos de mulheres para a conquista da cidadania. Ao combinar inovações que sinalizam a mudança no entendimento sobre a complexidade da violência baseada no gênero, tais como as medidas de proteção e prevenção, com a retomada de um discurso de rigor punitivo surge um sentimento de *déjà vu*, posto que os efeitos que estas medidas provocam sobre o comportamento das mulheres que vivem em situação de violência já foram amplamente discutidos pela literatura especializada. Neste texto este tema será problematizado a partir do conhecimento produzido nas últimas décadas sobre o tema.

Palavras-chave: Violência contra as mulheres – Gênero e justiça criminal – Lei 11.340/2006.

Abstract: This article aims at addressing Law 11.340/2006 – "Law Maria da Penha". The new legislation is the result of a long historical process of the social construction of the problem of "violence against women" in Brazil, bringing in its text many scars of the battles waged by the women's movement to achieve their

citizenship. By combining innovations which show the change in understanding the complexity of violence based on gender such as measures of protection and prevention with the recovery of a speech based on strict punishment, we have the feeling of *déjà vu*, since the effects these measures have on the behavior of women who suffer from violence were widely discussed by specialized literature. In this text this topic will be addressed considering information collected in the last decades.

Keywords: Violence against women – Gender and criminal justice – Law 11.340/2006.

Sumário: 1. Introdução – 2. Um histórico da construção da violência contra as mulheres como problema social e político no Brasil: 2.1 Breve exposição sobre os avanços no cenário internacional – 3. A Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006 – 4. Os significados da especialização – 5. Lei 9.099/95: a grande vilã? – 6. Prevenir e proteger: novos formatos, antigos propósitos – 7. Considerações finais – 8. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal; Constitucional

1. Introdução

"(...) o tema da hierarquia entre os gêneros emerge a cada vez que as sociedades se colocam em questão e discutem democracia e direito." (Elisabeth Souza-Lobo, 1991: 182)

A recém aprovada Lei Federal 11.340[1] que trata da violência doméstica e familiar, batizada de "Lei Maria da Penha",[2] trouxe grandes novidades ao cenário

1. Lei 11.340/2006 foi sancionada pelo Presidente da República em 07.08.2006 e entrou em vigor no dia 22.09.2006 Seu texto integral encontra-se disponível na página da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres: www.spmulheres.gov.br, onde também podem ser encontrados textos e manuais orientando sobre a sua aplicação.

2. O nome é uma homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, vítima da violência doméstica. A gravidade do crime cometido e o descaso com que seu processo foi tratado pelo Poder Judiciário brasileiro fazem esse caso paradigmático da situação a que muitas mulheres no Brasil se encontram submetidas. Um informe completo sobre a história de Maria da Penha pode ser encontrado em

jurídico nacional no que toca à luta pela erradicação e a prevenção da violência praticada contra as mulheres.

Tão logo foi sancionada, a nova legislação se fez acompanhar de mobilização política de setores do governo com grande repercussão na mídia e realização de eventos variados – palestras, seminários, treinamentos – que se espalharam por praticamente todos os estados da federação animados especialmente pelas ONGs feministas e os setores de movimentos de mulheres atuantes dentro e fora do sistema de justiça.[3]

Toda essa agitação abriga reações das mais diferentes. Para os movimentos feministas e de mulheres e para os grupos que atuam no atendimento a nova lei trouxe a possibilidade de oferecer respostas mais efetivas para aquelas mulheres que vivem em situações reais e cotidianas de violência no contexto doméstico e familiar. A maior pressão que emerge desses setores é para que sejam criadas as varas especializadas previstas na lei, garantindo que as medidas possam ser aplicadas integralmente. Entre os aplicadores da lei há uma reação que pode ser entendida como natural face ao assombro e a preocupação com a necessidade de modificar as rotinas de trabalho em contextos institucionais que nem sempre são adequados e/ou abertos a mudanças, mas há também que se destacar que há uma boa dose de conservadorismo que se expressa, entre outras formas, num discurso que enfatiza a necessidade de preservação da família colocada acima do respeito aos direitos individuais.

Basta um rápido exame para constatar que a nova legislação traz várias e substantivas inovações para o tratamento judicial da violência contra as mulheres. Como exemplos destacam-se: a definição de violência contra a mulher que é enunciada de forma ampla e inscrita num sistema de proteção dos direitos humanos; a previsão de um conjunto de medidas de proteção que reiteram a compreensão de que a violência contra as mulheres não pode ser tratada isoladamente como um

http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/belem/docs/Caso%20maria%20da%20penha.pdf.

3. Parte dessa repercussão pode ser acompanhada nas páginas eletrônicas da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres.

problema de justiça criminal e a incorporação de medidas de caráter preventivo e de educação como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social do comportamento violento e a discriminação baseada no gênero.

No meio jurídico estes aspectos têm adquirido contornos diferenciados e têm provocado um acalorado debate sobre as possibilidades legais e os limites técnico-operacionais para a lei "pegar ou não pegar". Os principais argumentos rondam questões sobre a inconstitucionalidade de uma legislação específica que protege apenas as mulheres que são vítimas de violência doméstica e familiar; há também uma grande preocupação com a aplicação das medidas de proteção à mulher, bem como com aquelas de caráter preventivo que implicam numa maior integração entre os tribunais de justiça e a sociedade. Por fim, têm sido formulados alguns questionamentos sobre aspectos relativos à representação criminal e quanto à própria definição dos tipos de violência, uma vez que algumas das modalidades descritas não se encontram tipificadas nos códigos legais e, portanto, estão fora do alcance da aplicação das sanções penais.

Este artigo percorrerá parte desse debate com o objetivo de apreender a lei, suas novidades, e as discussões jurídicas sobre a violência contra as mulheres a partir de uma leitura sociológica e dos eixos teóricos e empíricos sobre os quais o conhecimento sobre o tema tem sido produzido nas últimas décadas. Neste mesmo sentido, também será objetivo deste trabalho problematizar a aprovação de uma lei que aparentemente vai à contramão dos resultados obtidos em pesquisas realizadas desde os anos 90, quando passou a se observar que muitas mulheres que procuravam as delegacias de polícia para denunciar seus maridos e companheiros, o faziam em busca de soluções que não implicavam no reconhecimento das agressões como violência, nem na punição para seus agressores.

2. Um histórico da construção da violência contra as mulheres como problema social e político no Brasil

A Lei Maria da Penha tem sido considerada um marco no extenso processo histórico de reconhecimento da violência contra as mulheres como um problema

social. A origem desse processo está situada no final dos anos 1970 e se estende aos primeiros anos da década de 80 quando o tema começou a ampliar seu destaque na sociedade brasileira.

As primeiras denúncias da violência que era praticada cotidianamente contra as mulheres ocorreram em meio à abertura política que resultou num amplo processo de redemocratização política e social do país. Os movimentos feministas e de mulheres tiveram intensa participação nesse momento histórico e através de sua mobilização buscaram criar vias de diálogo com o Estado demonstrando que a consolidação do regime democrático requeria que esse processo se estendesse por todas as esferas sociais, incluindo a esfera privada que ocultava altos índices de violência contra as mulheres. Na luta pela cidadania para as mulheres estes movimentos denunciavam a atuação do sistema de justiça e suas decisões que absolviam homens que haviam assassinado suas esposas e companheiras, usando argumentos que discriminavam a mulher e legitimavam o comportamento masculino; falavam do descaso com que as denúncias de violência sexual e espancamentos eram recebidos nos meios policiais e da completa falta de assistência dos serviços públicos para o atendimento dessas mulheres. Para mudar essa situação, cobravam políticas públicas que garantissem respostas institucionais para punir e erradicar a violência contra as mulheres. Entre as primeiras conquistas desse movimento destacam-se a criação dos Conselhos de Direitos das Mulheres e as Delegacias de Defesa da Mulher, ainda hoje reconhecidas como a principal política pública direcionada para o atendimento de mulheres em situação de violência. (Izumino, 2003).

Nos anos seguintes o movimento de mulheres garantiu maior caráter político às suas demandas e ampliou sua participação em outras esferas tendo, entre outras iniciativas, marcado presença nos debates legislativos – dentre os quais o mais importante foi sua participação ativa na elaboração da Constituição de 1988 – além de maior presença no debate internacional. (Barsted, 2006)

Ao mesmo tempo em que ia se construindo como objeto de intervenção e disputas políticas, a violência contra as mulheres ganhou espaço entre os debates

teóricos e se fortaleceu como área de interesse multidisciplinar.[4] Segundo Soares (2002) a problemática da violência contra as mulheres no Brasil foi sendo construída ao mesmo tempo em que era denunciada. A definição dos eventos que deveriam ser considerados como violência contra a mulher resultou de uma mescla entre o discurso feminista, que identificava a opressão das mulheres como resultado da dominação patriarcal, e a prática diária de atendimento nas entidades (Gregori, 2006). Deste cruzamento entre prática política e elaboração teórica resultou uma das marcas mais importantes da produção que se seguiu: um discurso que se baseia no binômio vitimização-criminalização, considerado como uma importante estratégia para dar legitimidade ao discurso político que se pretendia construir. (Izumino, 2003). Isto fica mais claro quando se retoma o contexto político em que estes debates se desenvolviam.

Num período de transição política para a democracia, no qual os direitos da cidadania mal começavam a ser reconhecidos, numa sociedade civil que precariamente começava a se articular após 20 anos de regime militar, um discurso que falasse sobre os direitos das mulheres e sua luta pela conquista da igualdade jurídica, política e social poderia ser insuficiente para sensibilizar a sociedade e o Estado na formulação de políticas que contemplassem suas demandas. Assim, para obter maior alcance esse discurso acabou incorporado ao (e incorporando o) discurso político do Estado sobre segurança. Nesse movimento, a violência passou a ser definida como crime e a submissão da mulher ao homem transformou-se em vitimização – termo que adquire forte sentido no discurso jurídico. (Izumino, 2003) Diz Soares:

"Era preciso definir politicamente essa violência como um crime que exigia punição. Demarcar com todo o rigor a fronteira que separava inocentes e culpados, vítimas de agressores e superpor essa demarcação ao recorte de gênero era quase

4. 2006 foi um ano muito produtivo na divulgação de balanços sobre os avanços e obstáculos para enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil. Para conhecer os resultados recomenda-se a leitura de: GROSSI, Mirian Pillar et al. (2006a). GROSSI, Mirian Pillar et al. (2006b). DINIZ, Simone G. et al (2006). PITANGUY, Jacqueline et al. (2006).

uma necessidade lógica, pois essas distinções eram, em certa medida, instauradoras da problemática que se queria denunciar." (2002: 39).

Mas, como alerta a mesma autora, se num primeiro momento a identificação das mulheres como vítimas possibilitou a politização da violência dando suporte para as campanhas que afirmavam "o privado também é político", com o passar do tempo essa estratégia demonstrou ser um entrave na luta pela igualdade dos direitos, uma vez que, enquanto vítimas, as mulheres são permanentemente mantidas numa posição de passividade (vítima é aquele que sofre o ato de violência) sem acesso aos instrumentos necessários à sua libertação e à superação da situação em que se encontram. (Izumino, 2003)

Este movimento nacional de criminalização da violência contra as mulheres não ocorreu de forma alheia ao que vinha se desenrolando no cenário internacional. No decorrer dos anos 90 as mudanças propostas pelas convenções e tratados internacionais voltados para a ampliação e garantia dos direitos das mulheres – dos quais o Brasil é signatário – foram rapidamente incorporados ao discurso militante. Machado (2001) afirma que nessa mudança de discurso a luta inicial pelo fim da impunidade, foi substituída pela luta pelo direito a uma vida sem violência, perspectiva mais abrangente a partir da qual:

"(...) o objetivo de tornar visível e punível os atos de violências contra as mulheres começa a ser renomeado com o objetivo de instituir o direito à não violência e indagar sobre como as políticas públicas podem atuar neste sentido mais amplo e profundo." (2001: 35/36).

Contudo, a despeito dos avanços que se verificaram nas discussões sobre a necessidade de se ampliar a compreensão da violência que atinge às mulheres, os vínculos entre violência e crime parecem ter se cristalizado e hoje grandes desafios teóricos e práticos ainda estão colocados para a superação desta relação que se fundamenta sobre o reconhecimento do discurso jurídico, especialmente aquele que se produz no interior da justiça criminal, como o único ou o mais competente para o enfrentamento da violência contra as mulheres.

2.1 Breve exposição sobre os avanços no cenário internacional

Já no início dos anos 70, os movimentos feministas nos Estados Unidos, Canadá e alguns países europeus denunciavam a violência contra as mulheres como um tema a ser tratado na pauta política de cada país. Como reflexo destas denúncias, organizou-se uma agenda política em torno da problemática da violência contra a mulher que resultou num processo de construção dos direitos das mulheres como parte dos direitos humanos. Pressionados pelos movimentos feministas, os principais impulsionadores desse processo, os organismos internacionais de defesa dos direitos humanos – Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), a partir de meados dos anos 70 passaram a incluir em suas convenções, tratados e recomendações a preocupação com a segurança das mulheres e a necessidade de criação de medidas para erradicar as diversas formas de discriminação e violência das quais eram vítimas (Barsted, 2006, Pandjiarjian, 2006).

Este processo recebeu grandes avanços na década de 90. No sistema global de direitos humanos (ONU) a Conferência de Viena (1993) enfatizou o reconhecimento dos direitos das mulheres e das meninas como direitos humanos – universais inalienáveis e indivisíveis – e reconheceu as práticas de violência contra as mulheres como uma violação de direitos humanos. (O'Toole & Schiffman, 1997; Pimentel, 1999).[5] No sistema regional (da OEA) a mais importante conquista ocorreu através da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – também denominada Convenção de Belém do Pará de 1994, que além de definir a violência contra a mulher com-

5. Dois importantes documentos foram produzidos nos anos 90, revelando a preocupação da ONU com a intervenção e a formulação de políticas adequadas para o enfrentamento da violência contra as mulheres. São eles: "Strategies for confronting domestic violence: a resource manual (N.Y.: United Nations, 1993. 122p.) e the "Model Strategies and Practical Measures on the Elimination of Violence Against Women in the Field of Crime Prevention and Criminal Justice." (N.Y. United Nations, 1997. 96p.).

prometeu os governos locais com a luta pela erradicação de todas as formas de manifestação dessa violência.[6]

Animados pela Convenção de Belém do Pará e pelas recomendações presentes nos documentos da ONU – em especial a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher (CEDAW) e movidos por amplos processos de mobilização dos movimentos de mulheres, a partir da segunda metade dos anos 90, países dos 5 continentes passaram a elaborar medidas e planos de ação para a erradicação da discriminação e da violência contra as mulheres, em suas diferentes formas de manifestação. Entre as medidas adotadas com maior freqüência estão a implementação de serviços policiais especializados no atendimento de mulheres, a instalação de juizados especializados em casos de violência contra as mulheres; a criação de serviços de atendimento tais como serviços de saúde para atendimento de vítimas de violência sexual e casas abrigo para mulheres em risco de morte. Além desses serviços, os governos de vários países também passaram a adotar legislação específica para o combate da violência doméstica e familiar, bem como, tem buscado realizar mudanças que eliminem a discriminação das mulheres no acesso à justiça.

A partir da Convenção de Belém do Pará (1994) países da América Latina e Caribe passaram a empenhar esforços na formulação de leis especificas sobre a violência doméstica e intrafamiliar contra mulheres (Cladem, 2000; Jubb e Izumino, 2002). Na segunda metade dos anos 90 esse movimento ocorreu na Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. (Cladem 2000 e 2005)

Movimento semelhante ocorreu em países europeus e africanos influenciados principalmente pelas decisões da Conferência de Beijin (1995) com a criação

6. Para informações sobre os avanços legislativos relativamente à situação da mulher brasileira e, em especial, sobre a violência contra as mulheres recomenda-se a leitura de 2 trabalhos: PANDJIARJIAN, Valéria (2006); RODRIGUES, Almira; e Cortês, IÁRIS.(2006).

de novas leis ou a modificação da legislação existente como forma de garantir a punição da violência contra as mulheres. São exemplos: África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Chipre, Dinamarca, Egito, Filipinas, Finlândia, França, Irlanda, Namíbia, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Suíça, Rússia, além de Canadá e Estados Unidos (Unicef, 2000). Dentre os países que adotaram legislação especial para o combate da violência doméstica, a Espanha tem sido destacada como modelo de lei mais completa, propondo uma abordagem ampla sobre a violência e as formas de combatê-la. (Anistia Internacional, 2005)

Ainda no que toca às mudanças legislativas, na maior parte dos países parece haver uma crença de que a aprovação de leis que punem com maior rigor a violência contra as mulheres representa uma forma de a sociedade mostrar de maneira clara que condena o comportamento do agressor e reconhece que cada um tem responsabilidade individual sobre seus atos. (Unicef, 2000) Mas não se pode ignorar que em muitos países todo o esforço em modificar a legislação parece se apoiar muito mais numa crença na eficácia simbólica que essas leis podem ter sobre os agressores, como se o temor de ser preso e afastado da convivência da família fosse suficiente para inibir o comportamento violento, sem que maiores investimentos para a implementação das medidas através de políticas sociais sejam necessários.

Isto tem sido demonstrado por alguns estudos segundo os quais todos os avanços verificados nos últimos anos não foram ainda suficientes para que as leis saiam do plano formal e se convertam em medidas práticas para eliminar a discriminação e a violência contra as mulheres.[7] Ao contrário, o que se tem visto com o passar dos anos é que a violência que as mulheres sofrem em suas relações

7. Um recente estudo sobre a situação das mulheres em países da América Latina mostrou que embora a maior parte dos países tenha ratificado as convenções e tratados internacionais de defesa dos direitos das mulheres e tenha se comprometido com a implementação de planos de ação e leis que visem erradicar a violência baseada no gênero, na prática existem ainda muitos obstáculos a serem ultrapassados. Sobre a pesquisa ver: Não tão iguais perante a lei. www.iadb.org/ibdamerica/index. Notícia publicada em janeiro de 2005. Acesso em 02.09.2005. Também sobre a situação em países da América Latina e Caribe recomenda-se a leitura de relatórios do CLADEM (2002 e 2005). Na página eletrônica da Anistia Internacional é possível encontrar relatórios sobre a situação dos direitos das mulheres em diferentes países: www.web.amnesty.org/library.

cotidianas – familiares, sociais, de trabalho – muitas vezes tem sido legitimada por comportamentos e crenças presentes nas culturas institucionais, especialmente nos setores de segurança, justiça e saúde, gerando aquilo que os especialistas têm chamado de "duplo processo de vitimização".

3. A Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006

Mais uma vez os movimentos feministas e de mulheres brasileiras não estiveram alheios a este debate e a partir dos anos 90, além de denunciar a discriminação expressa nas decisões judiciais obtidas nos casos de violência física e sexual contra as mulheres, passaram também a se organizar para pressionar o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, para a necessidade de promover mudanças na legislação penal retirando termos e dispositivos discriminatórios contra as mulheres e incluindo artigos que auxiliassem na criminalização e punição da violência praticada contra elas. São exemplos dos resultados obtidos por esse movimento a retirada da expressão "mulher honesta" do Código Penal, a descriminalização do adultério e a tipificação do assédio sexual e da violência doméstica (Pandjiarjian, 2006; Rodrigues et al. 2006).

Analisadas à luz dos tratados e convenções internacionais, essas modificações revelam o compromisso do Estado brasileiro para o avanço da erradicação da violência e da discriminação contra as mulheres. Contudo, a aplicação dessas medidas continuou se dando de maneira muito frágil e distante da preocupação com o fortalecimento das mulheres para o exercício da cidadania.

A defesa de uma lei que fosse específica para o tratamento da violência contra as mulheres ganhou novo impulso após dois eventos. Primeiro, a entrada em vigor da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais que marcou o surgimento de um novo contexto jurídico e deu fôlego ao discurso que denunciava o tratamento discriminatório recebido pelas mulheres no acesso à justiça. Segundo, em 2001, a condenação do governo brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão no caso Maria da Penha.

Esta condenação foi acompanhada pela recomendação de elaboração de legislação especial e adequada para o enfrentamento de situações como aquela vivida por Penha e outras milhares de mulheres.

Com tudo o que foi dito até aqui, pode-se afirmar que a Lei 11.340/2006, ao contrário do que alguns de seus críticos tentam argumentar,[8] é resultado desse longo processo histórico de construção social do problema da "violência contra as mulheres" e traz em seu texto várias marcas reveladoras dos embates políticos travados pelos movimentos de mulheres e feministas para a conquista da cidadania que contemple as especificidades das diferenças de gênero. Assim, a nova legislação traz substantivas inovações para o tratamento judicial da violência contra as mulheres. Algumas delas merecem destaque:

Nas disposições preliminares (arts. 1.º a 4.º) observa-se a formalização do compromisso do governo brasileiro em prevenir e coibir a violência contra as mulheres fazendo cumprir a Constituição Federal e a Convenção de Belém do Pará, o que significa um reconhecimento de que a violência da qual se tratará está inscrita num sistema de proteção dos direitos humanos. Este entendimento está explicitado no art. 6.º onde se lê: "A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos".

Nos capítulos seguintes observa-se uma ampliação da definição da violência contra as mulheres, além da previsão de conjuntos de medidas visando à proteção e a assistência às mulheres, bem como para a prevenção de novos atos. Estas medidas refletem a compreensão de que a violência contra as mulheres não pode ser tratada isoladamente como um problema de justiça criminal.

No entanto, se essas mudanças sinalizam uma importante mudança no entendimento sobre a complexidade da violência baseada no gênero, o rigor

8. Um dos argumentos mais ouvidos contra a lei é de que ela teria caráter eleitoreiro, posto que foi aprovada no período que antecedeu as eleições para a presidência da república. Embora a lei possa ser questionável em alguns aspectos, este argumento, além de ser desinformado, serve apenas para tentar desqualificar o movimento de mudança que ela inicia, insistindo num olhar conservador sobre o problema que se quer ver explicitado.

punitivo presente na lei – com a retomada de procedimentos policiais como o inquérito policial, o silenciamento das mulheres através das novas regras colocadas para a representação criminal e a adoção de medidas como a prisão do agressor – não deixa de provocar um sentimento de *déjà vu*, posto que os efeitos que estas medidas provocam sobre o comportamento das mulheres que vivem em situação de violência já foram amplamente discutidos pela literatura especializada.

Tomando este sentimento como ponto de partida, neste texto estes avanços e "retrocessos" serão problematizados a partir da discussão produzida sobre o tema da violência contra as mulheres nas últimas décadas.

4. Os significados da especialização

A especialização de leis e serviços tem sido um dos meios encontrados pelos movimentos sociais e pelos governos para enfrentar os obstáculos que ainda se colocam às mulheres e às outras minorias políticas, impedindo seu pleno acesso à justiça. O mote é antigo: reconhecer a igualdade na diferença, ou seja, especializar as leis e serviços para que contemplem aquilo que há de específico e caracterizador de cada grupo (minoria) como forma de garantir a este grupo acesso amplo à realização de direitos que são definidos como universais.

Embora nos últimos anos tenha aumentado o número de países que adotam legislações específicas para o combate e a prevenção da violência contra as mulheres e também os serviços que são direcionados para esse atendimento, ainda não há um consenso sobre o formato que esta especialização deve ter.

Para aqueles que defendem a existência de setores e serviços especializados no atendimento de grupos com características particulares (por exemplo, mulheres, homossexuais, negros, idosos, portadores de deficiências) esta é uma forma de garantir a curto prazo que estas pessoas tenham asseguradas condições para o exercício de seus direitos como cidadãs. Mas há também que se alertar para o risco de que estes espaços acabem por se constituir em espaços de segregação resultando num reforço da desigualdade no acesso a estes direitos.

Refletindo sobre a violência contra as mulheres e as delegacias de defesa da mulher Gregori (2006) argumenta que um dos obstáculos para o reconhecimento e institucionalização das delegacias decorre da dificuldade de definir o objeto sobre os quais devem se dedicar. De um lado, afirma a autora, está o fato de que os próprios agentes institucionais não possuem clareza sobre a forma que a "especialização" deve assumir. Em geral, quando se trata de serviços de segurança e justiça, este recorte é dado a partir de crimes e suas particularidades – por exemplo, delegacia de entorpecentes, de homicídios; lei do tráfico; lei de crimes hediondos. O recorte a partir de características dos agentes (vítimas) é bem mais recente e ganhou maior ênfase a partir do desenvolvimento de políticas de modernização das polícias e do conceito de segurança cidadã, que passam a ocorrer com maior força a partir dos anos 90. O resultado é que as delegacias de defesa da mulher acabaram sendo desvalorizadas dentro da estrutura da corporação, recebendo menor parcela de recursos materiais e financeiros, bem como menores investimentos na formação de seus profissionais. Note-se ainda que este não é um problema específico ao caso brasileiro, e tem sido confrontado por governos e formuladores de políticas de diferentes países.[9]

Os opositores da Lei 11.340/2006 têm argumentado que esta legislação seria inconstitucional uma vez que se aplicaria única e exclusivamente à defesa e proteção dos direitos e segurança das mulheres em situação de violência doméstica e intrafamiliar. Este argumento se fixa no art. 5.º, I, da CF/88 que garante a

9. Em 2005, a ONU promoveu um encontro de especialistas em políticas de combate à violência contra as mulheres. O objetivo era identificar as boas práticas de enfrentamento e prevenção deste problema em diferentes países. Sobre a especialização, o grupo identificou as seguintes questões: primeiro, os serviços devem ser especializados no atendimento de mulheres, o que significa que um mesmo serviço atenderia todas as formas de violência e discriminação de que são vítimas, ou deve se especializar no atendimento de algumas formas de violência? Segundo: os planos de ação e políticas de enfrentamento da violência contra as mulheres devem ser tratados como ações especiais do governo, ou devem ser incorporado de modo transversal a todas as políticas de estado? Terceiro: as mulheres devem ser atendidas exclusivamente por serviços e profissionais especializados ou deve-se assegurar que em cada setor ela encontre atendimento adequado, independente da especialização. Good practices in combating and eliminating violence against women. *Report of the expert group meeting*. UNDAW/UNODC, may 2005. 40p.

igualdade política e social para homens e mulheres. A aparente simplicidade desta argumentação parece merecer uma resposta também muito simples: faça-se aplicar o art. 5.º, I em toda a sua plenitude e leis voltadas à proteção de grupos especiais não serão mais necessárias. Mas o tema é mais complexo.

De acordo com os discursos favoráveis à nova legislação, sua formulação teve como propósito corrigir enormes distorções históricas no acesso à justiça e na realização dos direitos pelas mulheres. Neste sentido, poder-se-ia tratá-la como uma espécie de ação afirmativa que toma a diferença como princípio para atingir a igualdade jurídica. O entendimento comum a alguns autores é de que não há contradição entre a especialização e a universalidade dos direitos, sendo que aquela se apresenta como uma etapa necessária para que a democratização e a igualdade de todos se cumpram (Viana, 1999; Debert e Gregori, 2002; Debert, 2006).

Desta forma, a Lei 11.340/2006 não contraria o que está disposto no art. 5.º da CF/88, mas busca criar, em curto prazo, condições para que ele possa se realizar.

Dentre as inovações contempladas pela Lei 11.340/2006, mostra-se de particular interesse para esta discussão o texto de tipificação e definição da violência doméstica e familiar contra a mulher. No art. 5.º é possível ler que "configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial." Os incisos I a III do mesmo artigo definem o local onde a violência pode ocorrer, bem como o tipo de relacionamento a que se refere. No art. 7.º, I a V, encontram-se definidas as várias formas de violência abrangidas pela lei (física, sexual, psicológica, moral e patrimonial).

O texto também explicita que a violência doméstica é compreendida como aquela que afeta a mulher independente de sua orientação sexual. Além disso, se a lei delimita claramente quem pode ser classificado como vítima, não define quem pode ser definido como agente das agressões, nem segundo o sexo, nem segundo o tipo de relacionamento, como forma de garantir que a proteção seja estendida a um número maior de mulheres.

Como já afirmado, esta definição é compatível com aquela que vem sendo adotada pelos tratados e convenções internacionais o que, em outras palavras, significa um grande avanço político para o Brasil em termos do reconhecimento da violência contra as mulheres como uma violação de direitos humanos. Contudo, as discussões teóricas e alguns achados empíricos sugerem que na aplicação política as categorias usadas para definir a violência contra as mulheres podem acabar representando obstáculos para o exercício da cidadania para este grupo.

Retomando o texto de Gregori (2006), a autora lembra que sempre houve uma dificuldade em definir com clareza qual seria o objeto de intervenção das Delegacias de Defesa da Mulher. A proposta inicial das delegacias tinha como objetivo proteger e preservar a integridade física das mulheres, mas a violência da qual se queria protegê-las ganhou tantas denominações que em alguns momentos o problema acabou sendo ocultado por categorias que pretendiam torná-lo cada vez mais específico. Além disso, como ressalta Gregori, o discurso (feminista) que fundamentava a delimitação do campo de intervenção policial era externo à corporação e às lógicas institucionais.

No campo de estudos das ciências sociais observou-se nos últimos anos a utilização de uma multiplicidade de categorias para definir a violência contra as mulheres, com variações segundo o enfoque disciplinar e/ou ideológico. O debate mais atual sobre o uso destas categorias tem chamado a atenção para o fato de que as características utilizadas para definir a violência contra as mulheres são tão complexas quanto as suas formas de manifestação, ainda mais quando são considerados os diferentes contextos históricos, culturais e políticos em que ocorrem e nos quais, muitas vezes, encontram tolerância e justificativas socialmente compartilhadas.

Ao propor uma ampla definição dos atos, gestos e comportamentos que devem ser caracterizados como violência baseada no gênero, ou seja, sempre que praticadas contra mulheres, a nova lei teve como objetivo colocar em evidência uma criminalidade que permanecia invisível aos olhos da justiça. Esta invisibilidade justifica-se, seria resultado de uma incapacidade do judiciário

em reconhecer as especificidades que definem a violência baseada no gênero e a necessidade de uma intervenção mais firme no sentido de punir a violência e, desta forma, acabar com a impunidade.

Embora os propósitos da especialização sejam positivos, estudos que se detiveram sobre a análise da legislação específica para casos de violência contra as mulheres em países da América Latina alertam que a definição de comportamentos que serão abrangidos pelas leis pode acabar se constituindo num obstáculo para a ampliação do acesso à justiça para todas as mulheres (Cladem, 2000; Jubb e Izumino, 2002). A forma mais comum de legislação encontrada na América Latina é aquela que trata da violência doméstica, incluindo a definição de diferentes formas de manifestação – violência física, psicológica, sexual e patrimonial (Jubb e Izumino, 2002). De acordo com o relatório produzido pelo Cladem este viés na legislação, ou seja, de definir a violência como doméstica e/ou familiar tem revelado clara tendência de valorizar a família e o espaço doméstico como o bem jurídico a ser protegido pelo Estado o que, em outros termos, "dilui as questões de gênero, ou, caso as incorpore, não reconhece suas características essenciais (...)" (2000: 182). Ainda segundo o mesmo relatório, os informes regionais relatavam a existência de uma permanente "(...) tensão entre a proteção da instituição familiar e a obrigação de garantir os direitos individuais das mulheres. Como tendência, os operadores do direito mostravam-se inclinados a agir na tutela do modelo familiar tradicional e de papéis e estereótipos de gênero afins, mais do que dos direitos e liberdades fundamentais das mulheres" (p. 180)."[10]

Ainda numa perspectiva comparativa, um importante exemplo pode ser obtido a partir da experiência espanhola. Em 2005 a Espanha aprovou uma lei específica para o combate e erradicação da violência baseada no gênero. Essa legislação tem sido tomada como exemplo em vários países, especialmente nos mecanismos criados para a proteção e assistência à mulher e para o acompanha-

10. Um quadro completo dessa legislação pode ser consultado no relatório Questão de Vida. Cladem, 2000.

mento da implementação da lei.[11] Contudo, a Anistia Internacional apurou que apesar da crescente visibilidade que o tema tem adquirido naquele país, ainda permanece tanto entre os operadores da lei como em alguns segmentos da sociedade o entendimento de que a violência nas relações conjugais é um assunto privado e deve ser resolvido pelo casal.

Estas não são constatações estranhas à realidade brasileira. Corrêa, em seu trabalho sobre os crimes passionais (1983) foi a primeira a demonstrar o modo como o comportamento de homens e mulheres envolvidos em processos penais para a apuração em crimes de homicídio era avaliado segundo os modelos de papéis sociais e atributos de masculinidade e feminilidade construídos a partir do casamento. O que era julgado, como demonstra a autora, não era o crime, mas a adequação aos papéis sociais. A mesma estratégia foi verificada em outros trabalhos que demonstraram a força que os estereótipos sociais exerciam sobre a aplicação das leis (Pimentel et al., 1998 e 2006) e foram reproduzidos como política criminal que absolve agressores em nome da proteção e bem estar da família (Izumino, 1998).

A intenção aqui é chamar a atenção para o fato de que é possível perceber que o uso dessas definições, quando se trata de formular leis ou políticas públicas pode, sob determinadas circunstâncias legais e políticas, acabar limitando o efeito que se deseja obter, qual seja, a ampliação do acesso à justiça para as mulheres e seu reconhecimento como sujeitos de direitos. Este aspecto foi bem explorado por Santos (1999) ao analisar a definição dos espaços de atuação das Delegacias de Defesa da Mulher.

Segundo esta autora a construção do objeto violência contra a mulher se deu fora da instituição policial, formulada com base na ideologia feminista que concebia a violência contra a mulher como resultado da dominação dos homens sobre as mulheres. O exemplo mais completo desta forma de dominação foi nomeado, através das categorias já mencionadas. Moldadas por essas categorias as Delegacias se consolidaram em políticas públicas aptas a identificar e enfrentar a

11. Spain: more rights, but the obstacles remain. Documento disponível na página da Anistia Internacional: www.web.amnesty.org/library.

violência doméstico-conjugal que se converteu em caso paradigmático da violência contra a mulher no Brasil. Para Santos, este processo não permitiu que houvesse o reconhecimento de outras formas de violência – como a discriminação racial ou aquela por opção sexual – como violações aos direitos das mulheres, o que resultou num tipo de cidadania de gênero contraditória, ou seja, uma cidadania que se baseia no reconhecimento de que apenas algumas mulheres podem reclamar por seus direitos e fazer uso das delegacias.

A despeito de muitos obstáculos sociais já terem sido superados no Brasil, no sentido de remover tabus que cercam o espaço do lar e da família como aquele que deve ser protegido e preservado, é preciso reconhecer que em culturas regionais mais tradicionais ainda pode prevalecer esta visão de que a família é um espaço sagrado e deve ser preservado da intervenção de estranhos. É, inclusive, necessário discutir o que se define como família, não só da perspectiva sociológica e antropológica, mas também legal. Desta forma será possível ampliar esta discussão para além da violência contra as mulheres, contribuindo também para problematizar as práticas violentas contra crianças, adolescentes e idosos numa perspectiva de gênero.

O tema ganha ainda maior relevância quando se considera que as alterações na lei ou a abertura de serviços especializados não são suficientes para provocar mudanças nos valores, crenças, práticas e atitudes daqueles que são responsáveis pela prestação de serviços e aplicação das leis. Sabe-se também que essas mudanças só ocorrerão a longo prazo e mediante acompanhamento por meio de medidas incorporadas às políticas institucionais voltadas para desfazer as visões preconceituosas que ainda circulam na sociedade quando se trata desse assunto.

5. Lei 9.099/95: a grande vilã?

Um fato que teve grande influência sobre o movimento de mulheres e seus esforços em fazer aprovar uma lei especial para o enfrentamento da violência baseada no gênero foi a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes contra as mulheres.

Esta lei teve forte impacto sobre o discurso que denunciava o tratamento discriminatório das mulheres no acesso à justiça. Numa breve exposição, pode-se dizer que o objetivo da Lei 9.099/95 consiste em ampliar o acesso da população à justiça mediante os princípios da celeridade e economia processual, informalização e simplificação do processo, com a possibilidade de conciliação entre as partes e, na impossibilidade desta, da aplicação de penas alternativas às penas restritivas de liberdade. Para cumprir este objetivo e colaborar com o desafogamento do Sistema de Justiça Criminal, coube aos Juizados processar e julgar crimes e contravenções penais, denominados "delitos de menor potencial ofensivo", aos quais se aplicam penas de até um ano de detenção.[12]

Embora se aplique a mais de 60 artigos do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, as pesquisas demonstraram que a delituosidade que tomou conta dos Juizados Especiais Criminais era formada principalmente por crimes como lesões corporais leves e ameaças, resultantes de acidentes de trânsito e conflitos nas relações familiares. (Azevedo, 2000; Viana 1999, Kant de Lima, 2003, Cunha, 2001, Faisting, 2003)

Até onde se sabe ao formular essa lei o legislador não tinha em mente a complexidade já conhecida das ocorrências de violência contra as mulheres. Seja por descuido ou desinformação, não parecia conhecer que mais de 80% das ocorrências que eram registradas mensalmente pelas Delegacias de Defesa da Mulher correspondiam a alguns dos crimes e contravenções que passaram a ser de competência dos Juizados: entre eles as lesões corporais leves, ameaças e vias de fato.

Ao entrar em vigor a lei provocou um choque imediato que repercutiu por todos os lados. Nas Delegacias de Defesa da Mulher as policiais se viram confrontadas com um novo procedimento que as impedia de chamar o marido agressor e promover a famosa "sessão de bronca"; nos Juizados, juízes e promotores públicos foram surpreendidos por uma avalanche de registros policiais que, olhados rapida-

12. Para um histórico completo da criação dos Juizados Especiais e avaliação desta experiência, ver: Azevedo (2001).

mente, podiam parecer apenas ser cópias de um mesmo original, dada a semelhança dos relatos que eram apresentados; os profissionais que davam atendimento às mulheres em diferentes serviços e setores começavam a ouvir relatos de que muitas mulheres eram desestimuladas a dar continuidade à ação e que, nos casos em que havia continuidade, os desfechos mais comuns eram o arquivamento pelo juiz, ou o pagamento de cestas básicas ou de multas em valores muito pequenos.

Logo nas primeiras decisões segue-se um movimento de rejeição da aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência contra as mulheres. Tornou-se fala corrente no movimento de mulheres a afirmação de que "se antes da Lei 9.099/95 o tratamento judicial dos casos de violência contra a mulher era ruim, depois da lei ficou pior" uma vez que esta não favorecia a prevenção, punição e erradicação desta violência e, mais grave ainda, vinha contribuindo para exacerbar o sentimento de impunidade e alimentar o preconceito e a discriminação contra as mulheres na sociedade brasileira. (Izumino, 2003)

Dois temas se destacaram no debate que se seguiu. O primeiro tratou daquele que se definiu como o processo de banalização da violência contra as mulheres, resultado, por um lado, da classificação das ocorrências como sendo de "menor potencial ofensivo" e, de outro lado, do tipo de penalização que passou a ser aplicada. Com relação à classificação das ocorrências como sendo de pouca gravidade, argumentava-se que esta se baseava num critério puramente técnico, de medida de *quantum* da pena. Em resposta, afirmava-se que especialmente nas ocorrências entre casais, a existência de vínculos afetivos entre a mulher e seu agressor, acabava por potencializar sua gravidade no plano emocional, fazendo com que o grau de ofensa não fosse passível de mensuração por critérios técnicos. (Hermann, 2000; Izumino, 2003)

Outra face desta banalização foi atribuída às penas aplicadas. Conforme vários estudos demonstraram, os poucos casos que chegavam à fase de transação penal eram concluídos com a determinação de pagamento de multas ou de cestas básicas de alimentos que eram encaminhadas para as instituições de caridade.

Além de não se reverter em benefícios para a vítima – em termos materiais ou assegurando seu direito de viver sem violência – os estudos alertavam que este tipo de penalização reforçava o sentimento de não-gravidade da violência cometida e resultava num processo de sobrevitimização da mulher uma vez que ela tinha suas expectativas ignoradas e era excluída da decisão judicial. (Campos, 2001)

O segundo tema que causou bastante polêmica em relação à aplicação da Lei 9.099/95 a estes casos foi o papel assumido pelas mulheres na condução dos processos. A Lei determina que em casos de lesões corporais, por exemplo, a vítima manifeste seu desejo de representar criminalmente contra o autor, o que poderá conduzir ao arquivamento ou a uma transação penal. Esta capacidade de intervenção no processo nunca chegou a ser tratada de forma consensual pelo movimento de mulheres. Para alguns segmentos o poder de representação que foi dado à vítima transformou-se numa armadilha. Primeiro, porque as mulheres estavam mal informadas sobre os procedimentos da lei e não conheciam os desdobramentos possíveis, por exemplo, que havendo a representação criminal o agressor não seria condenado e muito menos preso. Segundo, uma vez que possuíam o poder de encerrar o processo antes de qualquer desdobramento, estas mulheres teriam se transformado em vítimas potenciais para novas agressões, ameaças e pressões exercidas pelo agressor para que retirassem a queixa. Desta perspectiva, as mulheres mal orientadas e desprotegidas acabavam sendo novamente classificadas como vítimas e seu comportamento se transformava num poderoso instrumento no processo de descriminalização da violência. (Izumino, 2003) Para outros segmentos desse movimento, a representação criminal pela vítima constituía um importante fator para a efetivação do direito de autodeterminação presente na pauta feminista. Deste ângulo, o problema não estaria no poder da vítima em se manifestar, mas na ausência de mecanismos que permitissem que elas estivessem mais informadas a respeito de seus direitos e sobre os desdobramentos do registro policial. (Melo, 2002; Izumino, 2003)

Como forma de responder a esta situação, o movimento de mulheres passou mais uma vez a se articular em torno da necessidade de alterar as respostas que a

Justiça vinha dando aos casos de violência contra as mulheres. A saída encontrada foi buscar uma lei que tratasse especificamente desta violência, focalizando suas especificidades, entre elas o fato de que a maior parte das ocorrências se dá em contexto doméstico e no interior de relações familiares e conjugais.

A Lei 11.340/2006 trouxe várias alterações para o enfrentamento da violência contra as mulheres no plano jurídico. Na esfera da intervenção policial foram retomados os procedimentos de registro do boletim de ocorrência e instauração de inquérito policial, que prevê o prazo de 30 dias (10, se o agressor for preso em flagrante delito) para que eventuais testemunhas sejam localizadas e ouvidas, bem como sejam colhidas as versões da vítima e de seu agressor. Cuidou-se ainda de garantir que esses casos fossem retirados da competência da Lei 9.099/95, afastando-se formalmente a possibilidade de aplicação de pagamentos de cestas básicas e multas como desfecho para as ações judiciais. Além de ser vetada a aplicação de penas alternativas, a nova legislação prevê a possibilidade de prisão do agressor, seja em flagrante delito, como medida preventiva e/ou como parte da decisão condenatória. A representação criminal foi mantida, mas o posicionamento da mulher (por sua manutenção ou retirada) só pode ser colhido pelo juiz, em audiência.

Estas mudanças têm sido traduzidas como avanços importantes em relação à situação vivida sob a Lei 9.099/95. A escolha desse caminho trouxe consigo duas conseqüências imediatas. Primeiro, a opção por definir como violência um extenso conjunto de práticas, gestos e comportamentos quando estes são direcionados contra as mulheres, empurrou a discussão sobre a violência baseada no gênero, e sobre a violação de direitos humanos, mais para dentro do campo de intervenção do Direito Penal e da Justiça Criminal. Neste movimento, mais uma vez, a violência foi convertida em categorias (tipos) de condutas criminosas de acordo com o que se encontra previsto nos artigos do Código Penal Brasileiro. Em segundo lugar, ao fazer este caminho, a lei recolocou o problema da violência contra as mulheres no eixo agressor-vítima e recolocou nas mãos do Estado, através do Judiciário, a tutela da mulher.

Como afirmado no início deste artigo, o destaque dado pela mídia e pelas campanhas a esta retomada de medidas que garantem maior rigor punitivo para os crimes contra as mulheres soa como um discurso que vai à contramão daquilo que os estudos revelaram nos últimos 30 anos. Não se quer dizer que esta violência não tenha que ser punida, mas que é preciso cautela no tipo de decisão que se deseja aplicar, uma vez que seu efeito incidirá diretamente sobre a vida das mulheres que vivem em situação de violência.

A relação entre violência contra as mulheres e a Justiça Criminal já foi tema de discussões segundo diferentes enfoques. Na Criminologia Crítica, por exemplo, os autores alertam para a inadequação da justiça criminal ao dar respostas para a violência contra a mulher. Segundo Baratta (1999) o sistema de justiça é seletivo em sua natureza e esta pode tanto ser positiva – quando mulheres que figuram em processos penais como rés recebem penas mais leves que seus comparsas do sexo masculino, como pode ser negativa, quando não reconhece determinadas práticas de violência (quando praticadas contra mulheres) como crimes. Andrade (1997 e 1999), por sua vez, afirma que este não reconhecimento e a não valorização de algumas práticas criminosas – como a violência sexual – acaba duplicando o processo de vitimização a que estão expostas as mulheres em situação de violência. Ainda segundo a mesma autora o Direito Penal é inadequado para o enquadramento destes casos por ser um Direito que se caracteriza pela negatividade e a repressividade: "(...) As demandas criminalizadoras (re)colocam as mulheres na condição de vítimas; as demandas em outros campos jurídicos podem (re) colocá-las na condição de sujeito" (p. 125).

Explorando os argumentos do Abolicionismo Penal e do Direito Penal Mínimo, outros autores denunciaram a inadequação da aplicação das penas restritivas de liberdade que resultam num afastamento do agressor do convívio social para colocá-lo recluso em um sistema que não atua para a sua ressocialização e, muito menos para a erradicação da violência contra as mulheres. (Hermann, 2000)

Da ótica do pluralismo jurídico, a valorização de decisões jurídicas como as únicas legítimas para punir e erradicar a violência contra a mulher, desqualifica a

possibilidade de encontrar instâncias alternativas para a resolução dos conflitos na medida em que assume uma abordagem liberal que afirma o Direito oficial como o único capaz de dar soluções legítimas aos conflitos que ocorrem na sociedade. Ao fazê-lo, este discurso afirma que decisões de absolvição acabam por devolver a resolução dos conflitos para a esfera privada, deixando nas mãos da mulher o duplo ônus de ter dado publicidade ao problema e de ter que encontrar a solução para ele. Por outro lado, o reconhecimento de instâncias plurais para a resolução dos conflitos permite compreender que este movimento de reprivatização não quer significar "retorno ao lar", mas retorno à sociedade, espaço onde também se constituem discursos aptos a apresentar soluções ao problema da violência. Além disso, pode-se argumentar que após estas ocorrências terem sido admitidas no espaço público passaram por um processo de re-significação que pode ajudar na busca de alternativas para sua solução. (Izumino, 2003)

Numa outra abordagem Oliveira (2005) afirma que o Judiciário não é a instância mais adequada para a resolução dos conflitos que envolvem insulto moral, definido como algo que não pode ser apreendido de forma material (como as agressões físicas) na medida em que sua ação não contempla esta dimensão das emoções e dos afetos.

O tema também tem estado presente entre os autores que refletem sobre os processos de judicialização das relações sociais. Para Viana (1999) esta expressão traduz a "crescente invasão do direito na organização da vida social", um movimento que define como característico das sociedades contemporâneas nas quais o enfraquecimento do Estado estaria demonstrado na incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas adequadas à explosão por demandas sociais por Justiça. Não parece haver consenso sobre o papel que este movimento representa para a democracia. Para alguns autores este processo pode se constituir numa ameaça para as democracias representativas, uma vez que acaba por diluir a capacidade de organização dos cidadãos na luta por seus direitos, que deixam ao Judiciário e aos juristas a capacidade de decidir sobre o que é justo ou não.

Para outros, trata-se de um movimento positivo na medida em que a sociedade identifica através do Judiciário um canal de reivindicação para a concretização das promessas de igualdade caracterizadoras das democracias liberais, ainda não realizadas pela modernidade.

A judicialização das relações sociais ganha um sentido mais positivo quando se considera que a ação do Judiciário para a resolução de conflitos tidos como da ordem da esfera privada, dos quais os conflitos conjugais ou entre gerações são o melhor exemplo, é na verdade resultado de uma demanda que parte dos movimentos sociais e por isso poderiam ser descritos inversamente como um movimento de politização da justiça (Debert, 2006). Ao propor uma leitura mais positiva esta autora utiliza como exemplo a criação das delegacias de defesa da mulher como um espaço no qual, para além das atividades policiais, era esperado que favorecesse o acesso das mulheres à realização de seus direitos.

As discussões mais atuais sobre a violência contra as mulheres, muitas delas suscitadas pela Lei 11.340/2006, sugerem que para estar mais próximos da realidade e, consequentemente, das mulheres que vivem em situação de violência, não se pode admitir que a violência contra as mulheres seja classificada como de menor potencial ofensivo e, desta forma, descaracterizada em sua gravidade, mas também não parece adequado dizer que todas as formas de manifestação de violência contra as mulheres implicam em riscos de morte ou devem buscar solução através da intervenção da justiça criminal. Encontrar um ponto médio neste eixo não é tarefa fácil.

Embora a Lei 9.099/95 tenha sido apontada como a grande vilã do processo de descriminalização da violência praticada contra as mulheres, os estudos anteriores à sua aprovação já revelavam que a criminalização, ou seja, o reconhecimento destas práticas como crime que deveriam ser punidos com severidade pelo sistema de justiça nunca chegou a se consolidar como processo político e social no Brasil. As explicações foram variadas.

O discurso predominante nos anos 80, segundo o qual a violência contra as mulheres precisava ser tratada como crime foi logo confrontado com os

encaminhamentos realizados a partir das Delegacias de Defesa da Mulher, os quais revelavam que a despeito do crescente número de registros policiais não se verificava, na esfera judicial, nenhuma modificação nas decisões que continuavam absolvendo a maior parte dos agressores. Este comportamento era em parte justificado por problemas internos à organização policial e judicial – deficiência na coleta de provas, morosidade na conclusão dos inquéritos e na realização das audiências, etc. – mas também encontrava justificativas no modo preconceituoso e estereotipado com que a Justiça e os operadores do direito classificavam a violência e as mulheres que a sofriam e, em particular, a um sentimento de desconfiança das policiais que atuavam nas Delegacias com relação às reais intenções das mulheres ao efetuarem o registro das queixas.

A presença de pesquisadoras(es) nas Delegacias de Defesa da Mulher, acompanhando o cotidiano dos atendimentos foi fundamental para que se percebesse que o comportamento das mulheres diante da autoridade policial constituía também um fator de grande importância para a condução das queixas e seus desfechos. Essa observação revelou um reiterado comportamento das mulheres que voltavam às delegacias para retirar as queixas, e dos pedidos para que apenas uma reprimenda fosse dada ao agressor. Colocou-se então a hipótese de que muitas dessas mulheres não desejavam mais do que a pacificação dos conflitos ou, na apropriada expressão utilizada por Soares (1996), o restabelecimento dos "pactos conjugais". (Brandão, 1995; Muniz, 1996, Izumino, 1998)

Esta mesma motivação foi observada na intervenção das mulheres durante a condução do processo criminal. Numa análise das decisões judiciais em casos de lesões corporais ocorridas nos anos 80 ficou demonstrado que as mulheres, mesmo desprovidas da capacidade legal de apresentar ou retirar a representação criminal desenvolviam diferentes estratégias para evitar que os maridos agressores fossem responsabilizados pelas agressões que haviam desencadeado o registro das queixas. Modificar depoimentos, assumir a responsabilidade pelas discussões, minimizar a gravidade das lesões ou afirmar que os ferimentos

resultaram de quedas e acidentes eram algumas das estratégias que adotavam para obter a absolvição. (Izumino, 1998)

Seguindo na linha destes estudos, a análise da aplicação da Lei 9.099/95 ganhou outra perspectiva quando se verificou que em São Paulo o período de implantação dos Juizados Especiais Criminais foi acompanhado pelo crescimento no número de registros policiais efetivados nas Delegacias de Defesa da Mulher, sugerindo que a capacidade legal de manifestação do desejo de manutenção ou não da ação criminal representou para as mulheres a possibilidade de utilizar as delegacias como espaço para exercício de poder e da capacidade de negociação na relação violenta. Já nos Juizados, a observação das audiências e a leitura comparativa das decisões oferecidas aos casos em que havia a recorrência da queixa, ou seja, casos em que as mulheres haviam registrado mais de uma queixa policial contra o mesmo agressor revelaram que o recurso às instâncias policial e judicial constituía um modo de exercício de poder que só poderia ser compreendido se fosse reconhecida a existência de um outro tipo de vínculo entre gênero, conflitos e justiça. (Izumino, 2003)

O discurso que se estabeleceu em torno das decisões obtidas nos Juizados Especiais Criminais ficou muito preso àquilo que tinha de pior – arquivamentos em massa, cestas básicas e multas de valores irrisórios – e para sustentar sua completa reprovação a essa lei este mesmo discurso se fechou, negando a possibilidade de reconhecer que boa parte dos problemas identificados se devia muito mais à forma como a lei vinha sendo aplicada do que as possibilidades que ela poderia proporcionar em termos de fortalecimento (*empowerment*) das mulheres em situação de violência.

Segundo especialistas problemas em torno das estratégias de fortalecimento das mulheres têm se colocado a todos os governos que buscam criar soluções para que as mulheres possam viver sem violência e discriminação. As principais questões deste debate inconcluso são: quais decisões devem ser deixadas nas mãos das mulheres e quais devem ser assumidas pelo Estado ou pelos serviços? O Estado

deve prosseguir com a ação mesmo quando a mulher deixa claro que ela não a deseja mais? Os serviços devem deixar que a mulher decida quando deseja fazer um novo contato, ou devem ser mais pró-ativos?[13]

Este desafio torna-se ainda maior quando se considera que falar sobre o fortalecimento das mulheres evoca diferentes modos de entendimento sobre o que ele significa e como pode ser adquirido. Para o movimento de mulheres e feministas, por exemplo, este fortalecimento deve passar pela autoconsciência e o reconhecimento da situação de opressão sob a qual se encontram como forma de construir estratégias e adquirir habilidades que as ajudem na conquista da autonomia e da liberdade. Este projeto de libertação sempre foi marcado por um forte viés ideológico e político e nem sempre foi compatível com aquilo que as mulheres em situação de violência desejam. (Gregori, 1993; Soares, 1996)

O debate mais atual sobre estas questões vem chamando a atenção para o fato de que da ótica destas mulheres o entendimento sobre o que seria o seu fortalecimento varia na mesma proporção do número de experiências vivenciadas por elas. Nos casos de violência nas relações conjugais, para algumas pode significar a possibilidade de construir uma nova vida longe do parceiro agressor e fora da relação violenta. Para outras, ao contrário, o fortalecimento significaria a possibilidade de mudar a situação acabando com a violência sem ter que romper com a relação.

É importante relembrar que a violência contra as mulheres é classificada como aquela que se pratica com base nas diferenças de gênero (*gender-based violence*). Entre suas características está o fato de que esta violência decorre da distribuição desigual de poder entre homens e mulheres, sendo que elas estão sempre localizadas no lado de menor concentração de poder, sentindo os efeitos da violência de maneira mais acentuada (e figurando majoritariamente como vítima). Além disso, em se tratando da violência baseada no gênero que transcorre

13. Good practices. *Report Expert Meeting*, 2005. Op. cit., p. 13.

no interior das relações conjugais, a existência de vínculos afetivos entre a mulher e seu agressor, associados aos papéis sociais sobre os quais se fundam as noções de família e casamento, fazem com que as mulheres sofram esta desproporcionalidade da distribuição do poder de forma ainda mais particular. Assim, este processo de fortalecimento deve se traduzir na capacidade concreta de trazer maior equilíbrio na distribuição de poder nestas relações.

De certo modo, os estudos que denunciam a discriminação da mulher no sistema de Justiça realizam uma leitura que em termos da sociologia weberiana, toma como referência a racionalidade interna das esferas jurídica e do Direito. São abordagens que enfatizam os aspectos negativos das relações entre as mulheres e o sistema de Justiça que não é identificado como espaço de exercício da cidadania, uma vez que nesta perspectiva os direitos das mulheres nunca são reconhecidos, respeitados ou protegidos.

Como já argumentado em outro trabalho (Izumino, 1998), uma leitura que parta apenas da lógica da justiça para entender a aplicação das leis aos casos de violência baseado no gênero deixa de contemplar as estratégias que são desenvolvidas pelas mulheres para realizarem a denúncia e obterem respostas da Justiça. Daí ser indispensável uma mudança de foco na leitura que se faz sobre as decisões e a intervenção do Judiciário, passando da interpretação puramente legal para uma interpretação daquilo que é legítimo para as mulheres que se socorrem da intervenção judicial para a superação dos conflitos.

Voltando à discussão sobre os processos de fortalecimento das mulheres parece importante acrescentar que estes devem se traduzir na possibilidade da mulher ter alternativas para sair da violência, não que as decisões devam ser tomadas por ela. Para que isto ocorra é indispensável que as decisões judiciais obtidas nos casos de violência contra a mulher sejam avaliadas em termos de sua qualidade o que significa que elas devem ser compreendidas a partir do ponto de vista das mulheres e da legitimidade que estas decisões terão na medida em que se apresentarem como respostas rápidas e eficazes para a solução do problema vivenciado.

6. Prevenir e proteger: novos formatos, antigos propósitos

A própria lei apresenta dispositivos que permitem avançar nesta discussão sobre a legitimidade das decisões e sua eficácia. Trata-se da inovação trazida pela incorporação dos conjuntos de medidas de proteção jurídica para a mulher e de prevenção e educação para evitar a reprodução social da violência. Estes são, sem sombra de dúvida, os maiores desafios colocados ao Judiciário, aos aplicadores da lei e para aqueles que atuam na formulação de políticas públicas voltadas para ampliar e garantir o acesso das mulheres à justiça e segurança.

A incorporação destas medidas é um reflexo das lutas travadas pelo movimento de mulheres para a conquista do atendimento digno e amplo para as mulheres que vivem em situação de violência. Refletem também os resultados de pesquisas sobre o tema e o reconhecimento (consensual) de que a violência contra as mulheres não pode ser tratada apenas no âmbito da Justiça Criminal, requerendo medidas de caráter multidisciplinar que possam ser aplicadas de maneira integrada.

O propósito destas medidas não é novo – desenvolver as estratégias de fortalecimento (*empowerment*) das mulheres – mas, como já discutido, os formatos para sua aquisição é que ainda não claramente definidos.

Entre aqueles(as) que atuam nos serviços de atendimento, sejam governamentais ou não-governamentais, o maior desafio consiste em adequar as políticas públicas existentes para que possam auxiliar as mulheres num momento de transição da situação em que se encontram (de violência) para outra (de não violência). Em geral estes serviços investem no fortalecimento emocional da mulher, de sua auto-estima, na conscientização sobre as diferenças sociais na construção dos papéis de gênero, o papel das mulheres como reprodutoras do modelo de comportamento violento para os homens e de apassivamento para as mulheres. Contudo, muitas vezes sua atuação é limitada no que se refere à criação de condições materiais de fortalecimento destas mulheres, por exemplo,

ajudá-la a encontrar emprego ou meio de sustento econômico para ela e para os filhos; ajudá-la a encontrar moradia e escola para os filhos.[14]

Considerando que este processo de fortalecimento deve se traduzir na possibilidade da mulher ter alternativas para sair da situação de violência na qual se encontra é indispensável que, por um lado sejam formuladas políticas públicas adequadas para o atendimento destas necessidades, e de outro lado, que o atendimento seja sempre realizado por pessoas treinadas para reconhecer as especificidades da violência baseada no gênero, com capacidade para escutar as mulheres e suas demandas, sem julgá-las ou obrigá-las a tomar qualquer tipo de decisão.

As medidas de prevenção e assistência (capítulo I e II do título III, respectivamente) e de proteção (capítulo II, Título IV) previstas na Lei 11.340/2006 resultam em grande parte das discussões já apresentadas. Contudo, assim como se tem observado em outros países onde existe legislação com propósitos semelhantes, a forma como estas medidas devem ser concretizadas ainda não está claramente definida. (Jubb e Izumino, 2002; Good practices, 2005).

Para viabilizar a aplicação dessas medidas, no Título V da lei encontra-se a determinação de criação das varas especializadas que deverão contar com equipe de atendimento multidisciplinar das áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Este é um tema que tem sido bastante debatido entre aqueles que se preocupam em encontrar formas mais adequada para auxiliar concretamente as mulheres que se encontram em situações de violência.

Alguns defendem que a oferta de atendimento multidisciplinar em um mesmo espaço/local facilita a detecção das necessidades da mulher e seu enca-

14. Parece importante acrescentar que existe um debate sobre políticas públicas que ainda não foi seriamente enfrentado no Brasil, a despeito de alguns esforços que começam a ganhar destaque. Este debate refere-se à necessidade de distinguir as políticas públicas que são formuladas para as mulheres, daqueles que são formuladas a partir de uma perspectiva de gênero. De acordo com Bandeira (2005) as políticas para mulheres são aquelas que enfatizam a responsabilidade feminina para a reprodução social sua e de sua família, em especial os filhos. São, portanto, políticas que não contribuem necessariamente para seu empoderamento e autonomia. Como políticas de gênero, ao contrário, são definidas aquelas que consideram as diferenças que definem os processos de socialização de homens e mulheres, bem como a natureza dos conflitos e de suas negociações segundo as experiências de cada um em suas relações coletivas e particulares. (Bandeira, 2005:8).

minhamento pelos diferentes serviços, reduz o custo dos deslocamentos entre os serviços e o dispêndio de tempo para obter respostas. Este modelo foi adotado no início das delegacias de defesa da mulher, mas aos poucos se verificou que ele não era o mais adequado, uma vez que o atendimento muitas vezes acabava resultando em disputas entre profissionais que pretendiam priorizar seus procedimentos e encaminhamentos em detrimento de outros. Além disso, a proximidade entre os diferentes atendimentos acabava confundindo os limites de competência de cada serviço e não foram poucos os relatos de policiais que prestavam atendimentos psicológicos e assistentes sociais que davam encaminhamentos na área policial, inclusive decidindo quem deveria ou não ter sua queixa acolhida.

Todas estas experiências levaram à discussão de que o atendimento às mulheres e a aplicação das medidas de assistência, proteção e prevenção alcançarão maior sucesso se forem respeitados os limites de atuação de cada profissional e/ou serviço, dentro de seu conhecimento especializado, sua filosofia de trabalho, os recursos técnicos e materiais necessários e o espaço adequado para realizar os diferentes atendimentos. Esta perspectiva ganha maior ênfase com as discussões sobre a constituição de redes de atendimento para mulheres em situação de violência (Leocádio e Libardoni, 2006).

As mesmas observações são válidas para a aplicação das medidas de proteção. O relatório da Anistia Internacional sobre a violência contra a mulher na Espanha alerta para o fato de que estas medidas, embora sejam importantes para minimizar os riscos de morte e de novas agressões contra as mulheres não possuem eficácia se forem aplicadas isoladamente, nem se esgotam em si mesmas.[15] Três aspectos são de importância fundamental nesta discussão.

O primeiro se refere ao papel do juiz ao assegurar as medidas de proteção e de assistência. Em seu relatório sobre a situação espanhola, a Anistia Internacional informa que aproximadamente ¼ das mulheres que pedem proteção judicial deixam de recebê-la. Embora não tenham sido apuradas as razões para esta negativa,

15. A Anistia Internacional apurou que em 2004 10 mulheres que tinham ordem de afastamento foram assassinadas por seus maridos. Isto, segundo o relatório, ocorreu porque as mulheres não contavam com medidas concretas de proteção.

aparentemente, os juízes deixam de dar a ordem de proteção porque não se sentem convencidos de que a situação de risco seja concreta. No Brasil, parece haver também uma resistência por parte de alguns juízes na aplicação destas medidas, uma vez que não se sentem aptos a definir quais seriam as medidas mais adequadas, muito menos sentem condições para que as medidas, uma vez aplicadas, tenham sua eficácia garantida. É preciso ressaltar que, agindo de forma isolada, através de despachos e decisões unilaterais, será sempre forçoso concordar que eles estão com razão, uma vez que a lei e a natureza dos conflitos às quais se aplica, pedem mais do que procedimentos formais.

A aplicação das medidas protetivas pressupõe que o juiz, ao aplicá-las, tem uma compreensão integral do fenômeno da violência contra a mulher e está plenamente capacitado para aplicar essa compreensão aos casos individuais e particularizados pela experiência da violência e acesso a recursos que permitam a superação da situação ora vivenciada. Desta forma, ele também deverá estar preparado para incorporar ao seu conhecimento a rede de serviços com as quais pode contar para fazer com que as medidas funcionem.

O segundo aspecto está relacionado ao treinamento dos profissionais que serão responsáveis diretos pela aplicação das leis. Não se trata apenas dos juízes, mas todos aqueles que atuam no sistema de segurança e justiça e darão atendimento à mulher, ou seja, aqueles que atendem na esfera policial (delegado, investigador, escrivão) e aqueles que atuam na esfera judicial (cartorários, juízes, membros do Ministério Público e Defensores). Jubb e Izumino (2002) observaram que a literatura que trata da implementação de legislação especial e de serviços especializados na América Latina tem enfatizado a recomendação de treinamento para todos os membros do sistema de justiça como forma de melhorar a aplicação da lei. Destacam também o exemplo do Equador onde um programa de treinamento de juízes, realizado pelo movimento de mulheres representou uma das melhores contribuições naquele país. Um estudo sobre as sentenças revelou uma abrupta mudança no modo como os juízes encaravam a violência contra a mulher, alguns começaram até a fazer referência à Convenção de Belém do Pará em suas decisões (p. 21).

Finalmente, um terceiro aspecto importante para a aplicação das medidas de proteção e prevenção está relacionado à necessidade de uma maior integração entre a polícia e o Sistema Judiciário. Já são bastante conhecidas as dificuldades existentes para a investigação da violência doméstica e conjugal. A ausência de testemunhas e a existência de versões conflitantes entre a vítima e seu agressor são características desta violência. Quando transcritas no inquérito policial, esta ausência de versões e a confusão que marca os relatos apresentados pelas mulheres e por seus agressores acabam muitas vezes descaracterizando o ato violento, que passa a ser definido como "mero entrevero doméstico". Neste sentido, é importante que haja uma maior integração entre a polícia e os Juizados de modo que as lacunas de informação possam ser preenchidas com detalhes que possam orientar ao juiz e aos demais profissionais na busca da melhor solução possível.

Não há receita para esta parceria, mas como já foi sugerido, esta relação deverá se pautar no diálogo e na orientação de políticas que permitam superar o isolamento que atualmente parece caracterizar a atuação destas duas instâncias.

7. Considerações finais

Ainda é cedo para avaliar os resultados da aplicação da Lei 11.340/2006 e afirmar se a lei "pega ou não pega" e se cumpre ou não com seu propósito de erradicar e prevenir a violência contra as mulheres. Os resultados obtidos até aqui não permitem aprofundar essa avaliação. O que se sabe, através de notícias divulgadas pela mídia e resultados de seminários, é que em alguns estados houve uma redução no número de queixas registradas nos meses iniciais da nova lei.[16] Embora esta queda possa ser entendida como uma conseqüência da falta de consonância entre o discurso punitivo e as conclusões dos estudos mencionados neste artigo, é importante ressaltar que outros fatores podem estar influenciando esse movimento, como por exemplo, a desinformação por parte das mulheres sobre os

16. Em 28.05.2007 uma notícia veiculada pelo jornal *O Estado de S.Paulo* informava que no período de seis meses havia ocorrido uma redução de 18,8% nos registros efetuados nas delegacias do estado de São Paulo.

seus direitos sob a nova legislação e dos próprios operadores do Direito quanto às possibilidades que a lei oferece para a intervenção, bem como a estrutura ainda deficitária encontrada nos tribunais de justiça da maior parte dos estados brasileiros que ainda não implementaram as varas especializadas sugeridas na lei.

A experiência também tem demonstrado que é muito mais fácil mudar as leis no papel do que na prática e que as mudanças legislativas serão ineficazes se não forem acompanhadas por mudanças na atuação policial (Anistia Internacional, 2005). No caso da Lei Maria da Penha, sua completa e eficiente aplicação dependem da disposição dos tribunais estaduais em criarem as condições físicas, materiais e de pessoal para a implantação dos Juizados Especializados. Por outro lado, para garantir o adequado funcionamento destes Juizados é necessário que ocorra uma mudança radical no modo de compreensão sobre a violência baseada no gênero e sobre as implicações decorrentes da realidade social na qual as mulheres estão inseridas. Esta mudança deve ser considerada como aspecto fundamental para a aplicação das medidas de proteção e prevenção da violência. Finalmente, para que estas medidas possam ser aplicadas de modo adequado é importante que o Judiciário esteja conectado a uma rede de serviços públicos e à comunidade e que o conjunto de medidas previsto na lei seja considerado como linhas de ação que tenham como fundamento a garantia de que a mulher continue a receber acompanhamento especializado e suporte fora do espaço do Juizado onde está mais sujeita as novas investidas de seu agressor.

8. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal. Proteção ou duplicação da vitimação feminina. In: DORA, Denise Dourado (Org.). *Feminino masculino*: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997.

_____. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de reconstrução da cidadania. In: CAMPOS, Carmem Hein de. (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ANISTIA INTERNACIONAL. España. Más alla del papel. Hacer realidad la protección y la justicia para las mujeres ante la violencia de género en

el ámbito familiar. Amnistía Internacional. Documentación. AI Index EUR41/005/2005, 12.05.2005. Disponível em: www.web.amnesty.org/library. Acesso em 22.10.2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social.* Estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BANDEIRA, Lourdes. *Fortalecendo a secretaria especial de políticas para mulheres. Avançando na transversalidade da perspectiva de gênero nas políticas públicas.* Convênio CEPAL/SPM. Brasília: janeiro 2005. Disponível em: www.spmulheres.gov.br/publicacoes.htm. Acesso em 23.08.2005

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmem Hein de. *Criminologia e feminismo.* Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo no enfrentamento da violência contra as mulheres. In: LEOCÁDIO, Elcylene e LIBARDONI, Marlene (Org.). *O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência.* Brasília: Agende, 2006.

BRANDÃO, Elaine Reis. Violência conjugal e o recurso feminino à polícia. In: BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloisa B. (Org.). *Horizontes plurais.* Novos estudos de gênero no Brasil. São Paulo: Fundação Carlos Chagas/Ed. 34, 1998.

CAMPOS, Carmem Hein de. Violência doméstica no espaço da lei. In: BRUSCHINI, Cristina; PINTO, Célia Regina (Org). *Tempos e lugares de gênero.* São Paulo: FCC/Ed. 34, 2001.

CELMER, Elisa Girotti e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – Uma análise da Lei 11.340/2006. *Boletim IBBCRIM*, n. 170, jan. 2007.

CLADEM. *Dossier sobre violência doméstica em América Latina y el Caribe.* Peru: CLADEM/UNIFEM, 2005. 354p.

_____. *Questão de vida.* Balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida sem violência. Peru: Lima. Cladem/OXFAM. 2002

CORRÊA, Mariza. *Morte em família.* Representação jurídica de papéis sociais. São Paulo: Graal, 1983.

DEBERT, Guita G. Conflitos éticos nas Delegacias de Defesa da Mulher. In: DEBERT, Guita, GREGORI, Maria Filomena, PISCITELLI, Adriana (Orgs.). Gênero e distribuição da justiça: as delegacias de defesa da mulher na construção das diferenças. Coleção Encontros. Campinas: Pagu/UNICAMP. 2006.

DEBERT, Guita G.; GREGORI, Maria Filomena. As Delegacias Especiais de Polícia e o projeto gênero e cidadania. In: CORREA, Mariza (Org.). *Gênero e cidadania*. Coleção encontros. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero-UNICAMP, 2002.

DINIZ, Simone G; Silveira; LENIRA; Liz, Mirian A. (Orgs.). *Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher (1980-2005)*. Alcances e limites. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006. Disponível em: www.mulheres.org.br/25anos.

FAISTING, André L. O dilema da dupla institucionalização do Judiciário: Representações da violência e da punição na Justiça informal criminal. *XXIV International Congress of the Latin American Studies Association – LASA*. Dallas, Texas, 2003, march 27-29.

GOOD PRACTICES in combating and eliminating violence against women. *Report of the expert group meeting*. UNDAW/UNODC, may 2005, 40p.

GREGORI, Maria Filomena. Delegacias de Defesa da Mulher de São Paulo e as instituições: paradoxos e paralelismos. In: DEBERT, Guita; GREGORI, Maria Filomena; PISCITELLI, Adriana (Orgs.). *Gênero e distribuição da justiça*: as delegacias de defesa da mulher na construção das diferenças. Coleção Encontros. Campinas: Pagu/UNICAMP, 2006.

GROSSI, Mirian Pillar et al. *Depoimentos*: trinta anos de pesquisas feministas brasileiras sobre violência. Florianópolis: Mulheres. 2006a (384p.).

_____. *Gênero e violência*: pesquisas acadêmicas brasileiras (1975-2005). Florianópolis: Mulheres, 2006b.

HERMANN, Leda. *Violência doméstica*: a dor que a lei esqueceu. Considerações sobre a Lei 9.099/95. Campinas: Cel-Lex, 2000.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*. O papel do Sistema Judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: FAPESP/Annablume, 1998.

_____. Justiça para todos: Juizados especiais criminais e a violência de gênero. São Paulo. FFLCH/USP, tese de doutorado, 2003. 376p. Disponível em: www.nevusp.org.br/publicacoes.

JUBB, Nadine; IZUMINO, Wânia Pasinato. Women and policing in Latin America: a revised background paper. *Centre for Research on Latin America and the Caribbean* (CERLAC). York University, Toronto, Canada, 44p.

KANT DE LIMA, Roberto; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo. Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2002, ano 10, (40).

LEOCÁDIO, Elcylene; LIBARDONI, Marlene (Org.). *O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência*. Brasília: Agende, 2006.

MACHADO, Lia Zanotta. Eficácia e desafios das delegacias especializadas no atendimento às mulheres: o futuro dos direitos à não violência. *Pesquisa Nacional sobre as condições de funcionamento das Delegacias Especializadas no atendimento às mulheres*. Brasília: CNDM/Ministério da Justiça, 2001. Disponível em: www.mj.gov.br/cndm/pesquisa.

MELO, Mônica de; TELLES, Maria Amélia. O que é violência contra a mulher. *Coleção Primeiros Passos*, n. 314. São Paulo: Brasiliense, 2002.

MUNIZ, Jacqueline. Os direitos dos outros e os outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAMs/RJ IN SOARES, L.E. et al. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará, 1996.

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Direitos, insulto e cidadania (existe violência sem agressão moral?)*. Série Antropologia (371). Brasília: Departamento de Antropologia/UNB. 2005. 16p.

PANDJIARJIAN, Valéria. Balanço de 25 anos da legislação sobre a violência contra as mulheres no Brasil. In: DINIZ, Simone G; SILVEIRA, Lenira; LIZ, Mirian A. (Orgs.). *Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher (1980-2005)*. Alcances e limites. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde. 2006. Disponível em: www.mulheres.org.br/25anos.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELOQUE, Juliana. Legítima defesa da honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico

da legislação e jurisprudência na América Latina. In: CORRÊA, Mariza; SOUZA, Érica Renata de. *Vida em família*: uma perspectiva comparativa sobre "crimes de honra". Campinas-SP: Pagu/Núcleo de Estudos Sobre Gênero/UNICAMP, 2006.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro. Crime ou "cortesia". Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

PITANGUY, Jacqueline; BARSTED, Leila L.; MIRANDA, Dayse (Org.). O progresso das mulheres no Brasil. Brasília: Unifem. 2006. Disponível em: www.cepia.org.br.

RODRIGUES, Almira; Cortês, Iáris (Orgs.). *Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituinte*. Brasília: Letras Livres, 2006. 128p. Disponível na página eletrônica do Centro Feministas de Estudos e Assessoria – CFEMEA: www.cfemea.org.br.

SANTOS, Maria Cecília MacDowell dos. *The State, feminism, and gendered citizenship*: constructing rights in women's police station in São Paulo. Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in Sociology. Berkeley: University of California, 1999.

SOARES, Bárbara M. A Antropologia no Executivo: limites e perspectivas. In: CORREA, Mariza (Org.). *Gênero e cidadania*. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero – UNICAMP. 2002.

_____. Delegacias de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau. In: SOARES, L.E. et al. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará, 1996.

SOUZA-LOBO, Elizabeth. Os usos de gênero. *A classe operária tem dois sexos*. Trabalho, resistência e resignação. São Paulo: Brasiliense, 1991.

UNICEF. Domestic violence against women and girls. *Innocent Digest*, n. 6, june 2000. UNICEF/Innocent Research Centre, Florecence/Italy.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P.C.; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

Exame criminológico: a psiquiatrização da execução penal e o direito penal do autor *versus* a laicização do direito e a efetividade dos direitos fundamentais.

HC 2007.059.06898 – 7.ª Câm. Crim. – TJRJ – j. 19.12.2007 – v.u. – rel. Des. Geraldo Prado – Área do Direito: Penal-Processo Penal.

HC 2007.059.06898.

Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais.

Impetrante: Luis Felipe Drummond Pereira da Cunha.

Paciente: Rogério Benvindo Silva.

Ementa: Habeas corpus. *Direito constitucional. Execução penal. Progressão de regime. Lei 10.792/2003. Harmonia entre o direito à decisão em prazo razoável e a adoção de providências por ordem judicial determinadas ao esclarecimento do mérito carcerário. Requisitos necessários para a fruição do direito. Alteração legislativa que extirpou o exame criminológico do rol dos requisitos para a progressão. Princípio da legalidade e da laicização do direito. Direito penal do autor. Paciente condenado pela prática de crime de roubo tentado e roubo consumado, em ambos os casos com majoração de sanção penal por força de causas de aumento de pena. Primeira condenação à pena de três anos, seis meses e vinte dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto. Segunda à penas de sete anos e seis meses de reclusão, em regime fechado. Requerimentos de progressão de regime formulados pela defesa em 23.11.2006 e 30.08.2007. Destaque para o fato de que em um primeiro*

momento somente a primeira e mais branda condenação foi objeto de execução, porém durante o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto o paciente teria se evadido diversas vezes, o que levou o magistrado da Vara de Execuções Penais a determinar a regressão do paciente em 13.06.2002. Decisão que foi cassada por esta E. 7.ª Câm. Crim., quando do julgamento do AgIn 058/2003, impondo-se o retorno do paciente ao regime aberto. Novas evasões e expedição de mandado de prisão em 09.09.2003, com captura que ocorreu em 05.07.2005. Por conta destas evasões o paciente respondeu a processo disciplinar pelo qual foi punido pelo cometimento de falta de natureza grave. Ao final, em decisão de 26.12.2005, houve regressão para o regime semi-aberto em decisão datada de 26.12.2005. Apenas em 14.06.2006 o Ministério Público tomou ciência da segunda condenação, cuja carta de execução estava apensada aos autos da primeira. Nesta oportunidade o Ministério Público requereu a transferência do paciente para o regime fechado, o que foi deferido. Em 21.09.2006 a defesa do paciente formulou requerimento de progressão de regime, com base no cálculo de 1/6 do remanescente da pena a contar da última prisão realizada pelo Setor de Cálculo de Pena da Vara de Execuções Penais e na transcrição da ficha disciplinar do paciente. Digna autoridade coatora que, em 03.10.2006, acolhendo o parecer do Ministério Público, negou a progressão de regime ao argumento de que o paciente não possuía mérito carcerário para a obtenção da referida progressão. Defesa que apresentou pedido de reconsideração da decisão indeferitória em 07.11.2006, por meio do qual alegou a decadência da falta grave (evasão de julho de 2003) imputada ao paciente e novo requerimento de progressão de regime em 23.11.2006. Não obstante o requerimento da defesa, a autoridade judiciária apontada como coatora determinou a transferência do paciente para unidade compatível com o regime fechado em 06.02.2007. Reiteração de requerimento de progressão de regime formulado pela defesa em 30.08.2007, seguida de manifestação do Ministério Público, que postulou a realização de novo cálculo da 1/6 do remanescente da pena e do exame criminológico, o que foi deferido pelo juízo da Vara de Execuções Penais. Cálculo de 1/6 do remanescente da pena que aponta a data de 24.12.2006. Digna autoridade judiciária apontada como coatora que, embora tenha dispensado a realização de novos cálculos, em 06.11.2007, exigiu a vinda de exame criminológico para a avaliação do requisito subjetivo. Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 112 da LEP. Exame criminológico que deixou de estar previsto como requisito para a progressão de regime. Exame que se fundamenta em uma compreensão etiológica do delito, espécie de relação causal

entre conduta e resultado por meio do qual o resultado é visto como algo anormal, doentio (oposto ao saudável). Execução penal que, vista por este ângulo, tinha a função de tratar o condenado e assim recuperá-lo moralmente. Exame criminológico que supostamente serve para: a) diagnosticar a natureza da doença moral; b) prognosticar o "enquadramento" do condenado em um modelo moral que afaste a possibilidade de vir a cometer novos delitos. Laicização do Direito que exclui do Direito Penal a legitimidade de implementar pretensões moralizantes. Princípio da legalidade. Psiquiatrização da decisão a ser proferida pelo Juízo competente que, atrelado ao prognóstico destes profissionais, limitava-se a homologá-los. Execução penal que passou a conformar modelo de direito penal do autor, questionável à luz da Constituição da República. Lei 10.782/2003 que reconhece tudo isto e substitui o parágrafo único do art. 112 da LEP por dois outros parágrafos sem aludir, contudo o referido exame. Alteração que veio a expurgar essa exigência que, inegavelmente, viola o princípio da laicização do Direito, o qual impede que o Estado se imiscua nas liberdades de escolha e de autodeterminação dos indivíduos. Pretensão de progressão de regime ajuizada inicialmente em 21.09.2006, porém indeferida. Novo requerimento em 07.11.2006, reiterado em 23.11.2006 e 30.08.2007 e que até a presente data não foi decido. Violação à garantia constitucional à decisão em prazo razoável (arts. 5.º, LXXVIII, e 93, IX, da Constituição da República). Aplicação analógica do art. 800 do CPP.

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 2007.059.06898, em que é impetrante Luis Felipe Drummond Pereira da Cunha e paciente Rogério Benvindo Silva.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que compõem a 7.ª Câm. Crim. do TJRJ, em sessão de julgamento realizada em 19.12.2007, em julgar procedente o pedido e conceder a ordem tão-somente para determinar que a pretensão de progressão de regime seja apreciada pelo Juízo das Execuções Penais no prazo de dez dias, nos termos do voto do Desembargador relator.

Participaram do julgamento, presidindo a sessão o Des. Eduardo Mayr e, como vogais, a Desa. Eunice Ferreira Caldas e o Des. Maurílio Passos Braga.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2007 – GERALDO PRADO, relator.

RELATÓRIO – Luis Felipe Drummond Pereira da Cunha impetra *habeas corpus* em favor de Rogério Benvindo Silva por meio do qual postula a concessão da

ordem para que seja determinado que a digna autoridade judiciária apontada como coatora aprecie o pleito de progressão de regime formulado em favor do paciente.

Salienta a impetração que o paciente tem em curso duas cartas de execução de sentença tombadas sob os ns. 2001/01397-8 e 2002/07019-1.

A primeira carta de execução de sentença foi tombada em razão de o paciente ter sido condenado pela prática do delito definido no art. 157, § 2.º, II c/c art. 14, II, ambos do CP à pena de três anos, seis meses e vinte dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

Quanto a segunda carta, esta se refere à condenação pela prática do crime definido no art. 157, § 2.º, I, II e V, do CP, às penas de sete anos e seis meses de reclusão, em regime fechado.

Aduz que, malgrado a segunda CES ter sido distribuída em 20 de outubro de 2004, não houve a transferência do paciente, até porque este se encontrava foragido. O paciente, contudo, foi recapturado em 05.07.2005, ocasião em que o Ministério Público requereu a regressão para o regime semi-aberto, o que foi deferido pela digna autoridade judiciária apontada como coatora em 26.12.2005.

Em 31.01.2006 foi determinada a expedição de ofício para a transferência do paciente para o regime semi-aberto, ciente o Ministério Público desta decisão em 06.03.2006. Ocorre que, somente em 14.06.2006 o Ministério Público teria percebido a existência da segunda carta de execução provisória – apensada desde 2004 – motivo pelo qual requereu a transferência do paciente para unidade prisional adequada ao regime fechado.

Ainda nos termos da impetração, a transferência do paciente para unidade compatível com o regime fechado somente foi determinada em janeiro de 2007 e efetivada em fevereiro do referido ano.

Enquanto o paciente cumpria pena em estabelecimento prisional compatível com o semi-aberto, foi apresentado cálculo de 1/6 do remanescente da pena que apontou o mês de dezembro de 2006. Assim é que ainda quando o paciente se encontrava em regime semi-aberto a defesa postulou a progressão para o regime aberto, instruindo o requerimento com os exames criminológicos do paciente. A autoridade apontada como coatora, embora tenha dispensado a realização de novos cálculos, exigiu a realização de outro exame para a avaliação do requisito subjetivo.

Instada a se manifestar a autoridade apontada como coatora prestou informações às f., as quais dão conta de que durante o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto o paciente teria se evadido diversas vezes, o que levou o magistrado da Vara de Execuções Penais a determinar a regressão do paciente em 13.06.2002.

A referida decisão de regressão de regime foi, contudo, cassada por esta e. 7.ª Câm. Crim., quando do julgamento do AgIn 058/2003, impondo-se o retorno do paciente ao regime aberto, conforme havia sido condenado na sentença.

Inserido em regime aberto para o cumprimento da pena, o paciente novamente se evadiu razão pela qual foi expedido mandado de prisão em 09.09.2003. A captura ocorreu em 05.07.2005.

Por conta destas evasões, o paciente respondeu a processo disciplinar, pelo qual foi punido pelo cometimento de falta de natureza grave, tendo sido, ao final, regredido o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para o semiaberto em decisão datada de 26.12.2005.

Informou, ainda, que malgrado a segunda condenação do paciente tenha lhe imposto o regime fechado, somente em 14.06.2006 o Ministério Público efetivamente tomou ciência desta decisão e requereu a inserção do paciente em unidade compatível com o referido regime. A CES, porém, estava apensada à primeira Carta.

Em 21.09.2006 a defesa do paciente formulou requerimento de progressão de regime, com base no cálculo de 1/6 do remanescente da pena a contar da última prisão realizada pelo Setor de Cálculo de Pena da Vara de Execuções Penais e na transcrição da ficha disciplinar do paciente. A digna autoridade coatora, em 03.10.2006, acolhendo o parecer do Ministério Público negou a progressão de regime ao argumento de que o paciente não possuía mérito carcerário para a obtenção da referida progressão.

Irresignada, a defesa apresentou pedido de reconsideração da decisão indeferitória em 07.11.2006, por meio do qual alegou a decadência da falta grave imputada ao paciente e novo requerimento em 23.11.2006. Não obstante o requerimento da Defesa, a autoridade judiciária apontada como coatora determinou a transferência do paciente para uma unidade compatível com o regime fechado em 06.02.2007.

Houve novo requerimento de progressão de regime formulado pela defesa em 30.08.2007, seguida de manifestação do Ministério Público, que postulou a realização de novo cálculo da 1/6 do remanescente da pena e do exame criminológico, o que foi deferido pelo juízo da Vara de Execuções Penais.

Tendo em vista a existência nos autos da execução do referido cálculo prevendo a fração de 1/6 do remanescente da pena em 24.12.2006, da transcrição da ficha disciplinar e do exame criminológico, a defesa postulou a reconsideração da decisão.

Ao final, a digna autoridade apontada como coatora, embora tenha dispensado a realização de novo cálculo exigiu, em 06.11.2007, a vinda do exame criminológico, pois "tratando-se, inclusive, de crime praticado com violência, imprescindível para a personalização da pena de forma contínua e avaliação do requisito subjetivo à P.R.".

O requerimento de medida liminar foi indeferido à f.

O Ministério Público apresentou parecer à f., no sentido da denegação da ordem tendo em vista a necessidade da vinda do exame criminológico.

VOTO – Trata-se de *habeas corpus* objetivando a concessão da ordem para assegurar ao paciente o direito à progressão de regime, tendo em vista o tempo de cumprimento da pena.

Com efeito, a petição inicial, acrescida das informações prestadas pela digna autoridade apontada como coatora apontam a existência de, pelo menos, dois requerimentos apresentados pela defesa na qual é postulada a progressão de regime do paciente. O primeiro deles formulado em 23.11.2006 e o segundo em 30.08.2007.

Ora, o paciente tem direito à decisão em prazo razoável (arts. 5.º, LXXVIII, e 93, IX, da Constituição da República), especialmente quando afirmado e comprovado que este já cumpriu o tempo para a obtenção do direito a progressão de regime, eis que o cálculo de 1/6 do remanescente da pena apontou a data de 24.12.2006.

Não há como se considerar justificado o tempo decorrido entre o aforamento dos requerimentos de progressão de regime, já tendo o paciente, inclusive, completado tempo superior ao exigido legalmente para a fruição do direito, pois que a autoridade apontada como coatora não indicou qualquer motivo conveniente para a demora.

Assim é que após os sucessivos requerimentos formulados pela defesa, a digna autoridade apontada como coatora determinou a vinda do exame criminológico como requisito para a apreciação da progressão de regime do paciente eis que "tratando-se, inclusive, de crime praticado com violência, imprescindível para a personalização da pena de forma contínua e avaliação do requisito subjetivo" (f.).

Vale destacar que a demora na prolação de decisão pelo magistrado se configura em duas hipóteses distintas, quais sejam, quando não há decisão propriamente dita, por simples inércia do órgão jurisdicional ou quando a ausência de decisão decorre da exigência e, conseqüente, espera na apresentação de determinado requisito que, a rigor, não é idôneo para condicionar a prolação da referida decisão.

A hipótese versada neste *habeas corpus* refere-se à segunda causa injustificada da demora.

Com efeito, a autoridade apontada como coatora deixou de apreciar o requerimento de progressão de regime formulado pela Defesa ao argumento de que o exame criminológico seria imprescindível para a aferição do requisito subjetivo, notadamente pelo fato de o paciente ter sido punido pela prática de falta de natureza grave.

Com o advento da Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 112 da LEP, o exame criminológico deixou de estar previsto como requisito indispensável para o reconhecimento do direito à progressão de regime.

O exame criminológico se fundamenta em uma compreensão etiológica do delito, uma espécie de relação causal entre conduta e resultado por meio do qual o resultado é visto como algo anormal, doentio (oposto ao saudável).

Disso resulta que o autor da conduta era ou estava moralmente doente, cumprindo ao processo de execução penal, visto por este ângulo, "tratá-lo" e assim recuperá-lo moralmente.

O exame criminológico supostamente serve para: a) diagnosticar a natureza da doença moral; b) prognosticar o "enquadramento" do condenado em um modelo moral que afaste a possibilidade de vir a cometer novos delitos.

A laicização do direito exclui do Direito Penal (em sentido amplo e aí incluída a execução penal) a legitimidade de implementar pretensões moralizantes.

O único limite é o da legalidade, que por óbvio, também deve estar esvaziado de pretensões moralizantes (artigo 5º da Constituição da República).

A exigência do exame criminológico adotado pela antiga sistemática da execução penal "psiquiatrizava" a decisão a ser proferida pelo juízo competente que, atrelado ao prognóstico destes profissionais, limitava-se a homologá-los.

Vera Malaguti Bastista, ao analisar com profundidade e competência o discurso levado a cabo pelas "equipes técnicas" e as inúmeras desigualdades deles decorrentes, ressalta que "nos nossos sistemas, a concessão de poder aos técnicos disfarça a violência, mistificando-a através do tecnicismo, cujo objetivo é fazer com que o objeto da violência se adapte sem chegar a ter consciência e sem reagir. Sua função é ampliar as fronteiras da exclusão, descobrindo tecnicamente novas formas de infração e produzindo a ação técnica reparadora, que adapte os indivíduos à aceitação de sua condição de "objetos de violência", perpetuando o processo de violência global" ("O proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica", in *Discursos Sediciosos* (03). Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997, p. 77-86).

Nesta perspectiva, a execução penal deixou de se voltar para o fato, objeto do processo de cognição, e passou a conformar modelo de direito penal do autor, questionáveis à luz da Constituição da República.

A progressão de regime estava, pois condicionada à prévia adequação do apenado aos parâmetros socialmente aceitos e reveladores de sua submissão "às regras prisionais e a sua boa relação de convivência com os demais apenados e com os agentes penitenciários", parâmetros estes aferidos segundo perspectiva segregante e preconceituosa, levada a cabo pelos pareceres técnicos.

A Lei 10.782/2003, reconhecendo tudo isto, substituiu o parágrafo único do art. 112 da LEP por dois outros parágrafos sem aludir, contudo ao referido exame.

A ausência de previsão expressa sobre a própria existência do exame criminológico quando da apreciação do requerimento de progressão de regime impede, por conta do princípio da legalidade, que o magistrado assim o exija.

Em verdade, não é dado ao magistrado a faculdade de determinar a sua realização ou não conforme as circunstâncias do caso. A alteração veio a expurgar esta exigência que, inegavelmente, viola o princípio da laicização do Direito,

defesa contra a tendência expansionista do Estado de se imiscuir nas liberdades de escolha e de autodeterminação dos indivíduos.

Salo de Carvalho ao referir-se a alteração provida pela Lei 10.792/2003 que excluiu os laudos e pareceres técnicos destaca que "ao eliminar o elemento de análise subjetiva do apenado, os quais postulavam extrair o grau de amoldamento interno e arrependimento do apenado, retiram-se do processo de execução signos de controle da identidade lesivos aos direitos humanos do preso". ("O (novo) papel dos 'criminólogos' na execução penal: as alterações estabelecidas pela Lei 10.792/2003", in *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2. ed., p. 168).

É por certo incabível condicionar a análise da progressão de regime do paciente à vinda do exame criminológico, e daí decorre a violação ao direito da parte à solução de sua demanda – ou ao exame de sua pretensão – em prazo razoável.

Para se perquirir a presença dos requisitos a lei exige apenas o cumprimento da fração de 1/6 e o bom comportamento carcerário, que é atestado por meio de declaração subscrita pelo Diretor do Estabelecimento em que o paciente cumpre pena.

Nada mais pode ser exigido!

Julgando o Agravo em Execução 70007705221, em sessão realizada em 11.02.2004 a 5.ª Câm. do TJRS, da relatoria do Des. Amilton Bueno de Carvalho decidiu que "o art. 112, da LEP, alterado pela Lei 10.792/2003 (01.12.2003) exige, à progressão, apenas o cumprimento do lapso temporal e bom comportamento carcerário (desde que o sistema não vede: crime hediondo). Não se pode impor outras condições, pena de imputação penal agredir princípio maior: prejudicar cidadão sem base em lei".

Por fim, a alegada ausência de mérito carcerário para a concessão da progressão de regime ao paciente, segundo avaliação da autoridade judiciária apontada como coatora, por conta das evasões do apenado, quando este cumpria a pena em regime aberto, não se revela como fundamento idôneo.

Isto é assim porque as referidas fugas já foram devidamente apuradas e imputadas ao paciente, que teve o cálculo de 1/6 da pena reeditado pelo sistema carcerário, em tempo suficiente para ensejar, inclusive, a decadência da punição administrativa – paciente que evadiu em julho de 2003 e somente foi recapturado em 05.07.2005.

A ausência de previsão legal de prazo para deliberação sobre o pleito não deve obstar, todavia, a resolução do caso.

Por isso, cabe que se decida a pretensão.

Rejeita-se, hoje, a doutrina do "não-prazo", que confere ao magistrado amplo espaço de discricionariedade para uma análise casuística, em prol da busca de referenciais para delimitação do que seja "razoável duração" e "dilação indevida" (Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 41-42)

Assim é que a integração normativa há de ser levada adiante com recurso à analogia, sob pena de a lacuna legal-processual fazer perecer o direito material da parte.

O art. 800 do CPP oferece paradigma adequado, apontando o prazo de dez dias para a prolação de decisões semelhantes. Findo este prazo, sem decisão, a manutenção do *status quo* deverá, de ordinário, ser vista como causa de constrangimento ilegal.

Sendo assim, concedo a ordem para que o juízo da Vara de Execuções Penais decida acerca do requerimento formulado pela impetrante com relação à progressão de regime do paciente, no prazo de 10 (dez) dias, aplicando-se por analogia o prazo do art. 800, I, do CPP.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2007 – GERALDO PRADO, relator.