duplicata

ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

68

setembro-outubro de 2007

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

95 anos 1912 | 2007 RT

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 15 n. 68 setembro-outubro de 2007

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

2º Tesoureiro
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
Sergio Salomão Shecaira

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 e Renata Flores Tybiriçá

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

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

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

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, 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 Luisi, 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 e Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 69 – novembro-dezembro – 2007

As condições da ação penal

Ada Pellegrini Grinover

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

Antonio Scarance Fernandes

Consideraciones sobre la prueba del dolo

Ramon Ragués I Vallès

Direito penal do inimigo

Ulfrid Neumann

Sumário

1. Direito Penal

A incidência do crime de frustração à legislação trabalhista como instrumento de terror ao empresariado 9

Eduardo Reale Ferrari

Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos 27

José Henrique Rodrigues Torres

Dominio por organización. Estado de la discusión 69

Kai Ambos

El derecho penal "moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales 112

Raúl Pariona Arana

2. Processo Penal

¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa em virtud de su domínio de la organización? Algunas consideraciones críticas 141

Carlos Gómez-Jara Díez

Decisão proferida por justiça incompetente: nulidade ou inexistência? 182

Danielle Souza de Andrade e Silva

Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva 214

Diogo Tebet da Cruz

3. Crime e Sociedade

A recepção do positivismo criminológico no Brasil 263

João Paulo de Aguiar Sampaio Souza

Sistema Prisional

Uma análise sobre a crise na Segurança Pública de maio de 2006 309

Paulo de Mesquita Neto e Fernando Salla

4. O Direito em Ação

Jurisprudência Comentada

A suspensão do prazo prescricional no art. 366 do CPP e suas limitações constitucionais: crítica ao RE 460.971-1-RS 353

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Ementário de Jurisprudência 366

André Adriano do Nascimento da Silva e Lucas Clemente Guimarães Diaz

5. Índice Alfabético Remissivo 391

Normas de publicação 397

1. Direito Penal

A incidência do crime de frustração à legislação trabalhista como instrumento de terror ao empresariado

Eduardo Reale Ferrari
Professor Doutor de Direito Penal da USP
e de Direito Processual Penal da PUC-SP.
Professor de Pós Graduação da USP e UNIB.
Advogado criminalista.

Sumário: 1. Introdução – 2. Da instalação e funcionamento dos núcleos de conciliação prévia – 3. Das genéricas acusações criminais rotineiramente ultimadas pelo Ministério Público Federal: 3.1 Da suposta utilização do núcleo de conciliação prévia como órgão de homologação da rescisão contratual dos empregados e da suposta conciliação de direitos patrimoniais incontroversos que deveriam ter sido pagos à vista quando da homologação da rescisão; 3.2 Da suposta ausência de especificação da natureza de cada parcela paga ao empregado, bem como do valor de cada uma das parcelas nos termos de conciliação; 3.3 Do suposto parcelamento e não pagamento no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho das verbas rescisórias e indenizatórias devidas aos empregados dispensados; 3.4 Da suposta ausência de assistência dos trabalhadores dispensados por representantes do sindicato da categoria e/ou autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social; 3.5 Da suposta transação, no âmbito do núcleo de conciliação, do percentual devido a título de Fundo de Garantia, inclusive a multa de 40% sobre todos os depósitos devidos durante a vigência do contrato de trabalho – 4. Bibliografia.

Resumo: O texto trata de tema extremamente atual e interessante sobre a utilização do Direito Penal como instrumento social do direito do trabalho. As

diversas normas sobre conciliação na lei trabalhista são interpretadas de forma equivocada e ensejam processos criminais em face de empresários, sem qualquer fundamento.

Palavras-chave: Via penal e conflito trabalhista – Infração administrativa e trabalhista – Acordos judiciais – Conciliações feitas nos núcleos – Termos de conciliação – Núcleos de conciliação prévia – Proibição legal para o parcelamento – Empresas em dificuldade financeira – Convenção ou acordo coletivo – Transação dos valores de FGTS – Frustração à lei trabalhista.

Abstract: The text deals with an extremely current and interesting theme about the use of Criminal Law as a social instrument of labor law. Several rules regarding conciliation in the labor law are interpreted in a wrong way and they allow criminal processes against entrepreneurs without any base.

Keywords: Criminal way and labor conflict – Administrative and labor infraction – Judicial agreements – Conciliation made in the core groups – Terms of conciliation – Previous conciliation core groups – Legal prohibition regarding the installments – Companies in financial difficulty – Convention or collective agreement – Transaction of the FGTS (Guaranty Fund for Time of Service) amount – Frustration towards labor law.

Área do direito: Penal; Trabalho

1. Introdução

O presente artigo visa analisar um dos tipos penais mais incidentes aos empresários, nos dias de hoje, qual seja, a aplicação do art. 203, *caput*, do CP e sua relação com os Núcleos de Conciliação Prévia, a demonstrar como o Direito Penal tem sido utilizado de forma expansionista, atuando em face do procedimento do anonimato e sem qualquer critério de razoabilidade e limitação.

Verificaremos como o Ministério Púbico Federal tem equivocadamente atuado no âmbito penal trabalhista, fomentando a que o Estado se intrometa

em condutas meramente administrativas, utilizando-se do Direito Penal como instrumento simbólico e demagógico, com o intuito de perpassar ao trabalhador a falsa sensação de que não haverá mais a frustração aos direitos assegurados pela legislador trabalhista, figurando a incidência de tal tipificação penal por parte do Ministério Público, causa de uma enorme insegurança jurídica e social, não laborando o Estado com seriedade e efetividade, porquanto, ao invés de tratar a questão efetivamente como uma questão trabalhista, punindo o empresário que eventualmente de má-fé não paga os direitos aos trabalhadores, prefere jogar para a platéia, por meio da via penal, enunciando soluções mágicas que apenas geram um absoluto descrédito do ordenamento jurídico à sociedade, vez que ao invés de se resolver a questão no âmbito laboral, cria falsas esperanças de efetividade, pela via penal, que com o tempo já tem demonstrado inocuidade e ineficiência.

2. Da instalação e funcionamento dos núcleos de conciliação prévia

Se de um lado já paradoxal e totalmente inócuo o tipo penal do art. 203, *caput*, existente desde 1940 com a redação de constituir crime: "frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho", com sanção de "detenção de 1 a 2 anos, e multa, além da pena correspondente à violência", impressionante, por outro lado, as generalizações de acusações penais por parte do Ministério Público Federal, pelo simples não pagamento de horas extras, adicionais de periculosidade, não pagamento dos haveres trabalhistas, a transformar o art. 203, *caput*, do CP, como suposta "salvaguarda" do empregado, que ludibriado por maus profissionais, tem permitido que o Ministério Público de forma açodada tenha recorrido a via penal, na esperança da solução do conflito, não se apercebendo que a interferência penal já constitui o sinal de maior fracasso na mediação do conflito, sendo lamentável que alguns membros do Ministério Público estejam

se utilizando dos núcleos de conciliação prévia, como elemento motivador para a intervenção generalizada no âmbito penal, gerando absurdamente o desestímulo à arbitragem e à mediação, a gerar maior burocratização, agora tanto na esfera laboral, como na esfera criminal, sendo o foco do presente trabalho analisar de que forma o núcleo intersindical de conciliação prévia foi desestimulado em face da absurda repressão criminal dos órgãos de acusação.

Criado por convenção entre o Sindicato dos Condutores em Transportes Rodoviários de Cargas Próprias de São Paulo e o Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio de Serviços do Estado de São Paulo – SIMPEC, um dos vários núcleos de conciliação prévia, sempre teve como premissa o total acordo com as prescrições da Lei 9.958/2000.

A referida Lei 9.958/2000, que possibilitou a criação dos núcleos de conciliação prévia, foi elaborada com o intuito de deslocar as contendas trabalhistas para um núcleo de solução informal de conflitos, deixando a critério exclusivo do trabalhador a discussão de qualquer contenda referente ao seu contrato de trabalho, podendo optar pela via menos burocrática e formal que a Justiça Trabalhista.

Nota-se, portanto, que a participação em eventual conciliação realizada nos núcleos sempre foi mera liberalidade das partes, sendo que se o trabalhador não quisesse se conciliar ou não concordasse com os termos do acordo, recebia um termo com os dizeres "tentativa conciliatória não realizada", ficando a critério pessoal do trabalhador o ingresso ou não da demanda trabalhista perante a Justiça do Trabalho, a demonstrar a absoluta impossibilidade de eventual fraude ou coação no âmbito dos núcleos de conciliação.

Aliás, mesmo quando havia a realização de acordo – por livre e espontânea vontade das partes – tanto o trabalhador, quanto o empregador podiam, a qualquer momento, em face de eventual descontentamento com o acordado, recorrer ao Judiciário para ver a sua demanda apreciada, vez que a conciliação não impedia o ajuizamento de ação trabalhista, por prever a Constituição Federal expressamente

a impossibilidade de exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão de direito.

Outrossim, também com o fito de evitar qualquer fraude ou prejuízo ao trabalhador, toda e qualquer reivindicação era formulada, sempre, em conjunto com um representante do sindicato dos trabalhadores, sendo relevante mencionar que, por uma questão de transparência, os núcleos em questão foram instalados dentro dos sindicatos dos trabalhadores, contando com a presença de funcionários totalmente independentes de ambos os sindicatos.

Há de ressaltar, ainda, que a composição dos núcleos sempre foi paritária, cumprindo ao sindicato patronal escolher e orientar os conciliadores dos empregadores, e ao sindicato dos trabalhadores escolher e orientar os conciliadores dos empregados, não havendo como se falar, portanto, em frustração de direito trabalhista no que tange às conciliações realizadas no âmbito dos núcleos de conciliação prévia, descaracterizando por completo a tipificação penal que detém como elemento típico da conduta o elemento "frustrar, mediante fraude, legislação trabalhista", sendo contraditória tal tipificação com a tentativa do acordo.

Realizada a análise da instalação e funcionamento dos núcleos de conciliação prévia, cumpre destacar, neste segundo momento, a específica função exercida no âmbito dos referidos núcleos.

Os coordenadores patronais de todos os núcleos de conciliação prévia tinham como função específica o treinamento dos conciliadores dos empregadores e a organização das atividades dos núcleos dos quais participava, em uma perspectiva geral.

De fato, a função dos coordenadores no que tange às conciliações realizadas no âmbito dos núcleos de conciliação prévia, se restringia ao treinamento e a orientação dos conciliadores dos empregadores – fornecidos aos núcleos pelos Sindicatos das empresas – havendo absoluta e irrestrita observância dos mandamentos da legislação trabalhista nacional.

Nota-se, portanto, que a função dos coordenadores não era a de participar das audiências conciliatórias realizadas nos âmbitos dos núcleos, limitando-se tão somente a transmitir as regras gerais de funcionamento dos núcleos aos conciliadores patronais, conforme a legislação vigente, agindo sempre com transparência e informação ao trabalhador visando a que o mesmo pudesse eleger se o acordo era interessante ou não, não havendo como se falar em ato a que visasse fraudar a legislação trabalhista, até por que sempre possível o recurso ao Poder Jurisdicional, por força da Constituição Federal de 1988.

Os conciliadores patronais sempre visaram atuar dentro dos ditames legais, com o firme intuito de auxiliar nas contendas dos trabalhadores, permitindo a existência de um espaço de diálogo entre empregados e empregadores, evitando assim ao aumento do já afogado Poder Judiciário Trabalhista.

3. Das genéricas acusações criminais rotineiramente ultimadas pelo Ministério Público Federal

Inobstante o fim sempre seja o de consenso e evitar ao máximo a contenda judicial, hoje já mais do que superlotada, lamentável constitui o papel que alguns membros do Ministério Público Federal que vem acusando empresários pela simples existência das Comissões de Conciliação Prévia, entendendo que sua existência *per si*, já constitui forte indício da prática do crime de frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista, fundando-se na acusação de que:

(1) o núcleo de conciliação prévia mantido por determinado Sindicato, simplesmente por ter supostamente utilizado como órgão de homologação da rescisão contratual dos empregados de outro sindicato, já configuraria forma de coação penal, acusando também no sentido de que a discussão, no referido núcleo, de direitos patrimoniais supostamente incontroversos, que deveriam

ter sido pagos à vista quando da homologação da rescisão, *per si*, configurariam o crime descrito no art. 203, *caput*, do CP esquecendo o acusador dos conceitos de violência ou fraude, elementos essenciais para a capitulação penal enunciada no preceito penal acima citado;

(2) acusa-se também como base no fato de que seria crime pelo fato de que os instrumentos de rescisão dos contratos não teriam supostamente especificado a natureza de cada parcela paga ao empregado e tampouco teriam supostamente discriminado o valor de cada uma das parcelas, figurando tal fato *per si* também o crime do art. 203, *caput* do CP;

(3) Haveria criminalização ainda em face das verbas rescisórias e indenizatórias supostamente devidas aos empregados dispensados, terem sido supostamente parceladas e não terem sido supostamente pagas no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho, figurando tal fato *per si*, também, o crime do art. 203, *caput* do CP;

(4) Responsabiliza-se criminalmente, ainda, pelo fato dos trabalhadores dispensados não terem sido supostamente assistidos por representantes do sindicato da categoria e/ou por autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social, a configurar *per si*, o crime do art. 203, *caput* do CP;

(5) Acusa-se criminalmente, por fim pelo fato do percentual devido a título de Fundo de Garantia, inclusive a multa de 40% sobre todos os depósitos devidos durante a vigência do contrato de trabalho, supostamente ter sido objeto de transação entendendo que tal fato, *per si*, configuraria o crime descrito no art. 203 do CP.

Com o devido respeito àqueles que são favoráveis a que as premissas acima, *per si*, configuram o tipo penal do art. 203, *caput* do CP, indubitável, ao nosso ver, que nenhuma das condutas acima constitui qualquer conduta criminal, figurando mera infração administrativa e trabalhista a ser discutida na seara própria, analisando abaixo cada uma das situações citadas.

3.1 Da suposta utilização do núcleo de conciliação prévia como órgão de homologação da rescisão contratual dos empregados e da suposta conciliação de direitos patrimoniais incontroversos que deveriam ter sido pagos à vista quando da homologação da rescisão

A primeira premissa para a criminalização fundamenta-se na suposta utilização do núcleo de conciliação prévia como órgão de homologação de rescisão contratual, em afronta ao art. 3.º da Portaria 329/2002 do Ministério do Trabalho, bem como à suposta conciliação de direitos patrimoniais incontroversos, em afronta ao art. 11, da referida Portaria.

Todavia, cumpre esclarecer, de plano, a confusão que alguns membros do Ministério Público Federal estão ultimando, misturando o instituto da homologação de rescisão contratual com o instituto das conciliações realizadas no núcleo de conciliação prévia em comento.

A homologação da rescisão contratual está prevista no art. 477 da CLT – especificamente no capítulo que trata da rescisão contratual –, que prescreve que o recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho deve ser assinado pelo empregado, assistido por um membro do respectivo Sindicato, ou perante autoridade do Ministério do Trabalho.

Isto significa que os valores da rescisão contratual são incontroversos naquele momento, não excluindo a possibilidade de se acionar a Justiça do Trabalho caso uma das partes entender não estar correto o termo de rescisão.

Ressalte-se que no instrumento de rescisão contratual devem constar, de forma discriminada, os valores que estão sendo pagos, sendo, portanto, um instrumento formal de encerramento do contrato de trabalho homologado pelo empregado, estando o trabalhador assistido por um membro do respectivo Sindicato.

O pagamento dos valores previstos na rescisão do contrato de trabalho deve ocorrer no primeiro dia útil após o término do contrato de trabalho, ou até 10 (dez)

dias contados da data da notificação da demissão. Não há possibilidade de parcelamento das verbas rescisórias, consoante estabelece o art. 477, § 6.º, da CLT.

Entretanto, em face da situação do mercado, que muitas vezes impede que as empresas paguem os direitos trabalhistas de forma integral por absoluta falta de dinheiro, é comum que na homologação, haja ressalvas, permitindo aos empregados ingressarem com ação trabalhista no Judiciário para cobrar dos empregadores o que lhes é eventualmente devido.

No final de tais ações trabalhistas, geralmente, os próprios Juízes do Trabalho aceitam que o valor a ser recebido não seja necessariamente aquele requerido pelo empregado, e igualmente com autorização judicial dos próprios Magistrados da Justiça do Trabalho, muitas vezes se parcela o valor devido, considerando tanto os direitos do trabalhador quanto à capacidade de pagamento do empregador.

Tais acordos judiciais, ao que se sabe, não se caracterizam como frustração de direitos do trabalhador, não havendo sentido criminalizar tal conduta apenas pela ausência do Poder Jurisdicional nos acordos, pois se assim o fosse encerrada estaria o fomento a mediação e a conciliação, a não ser perante o Poder Judiciário, o que ao nosso ver, seria um enorme retrocesso derivado de formalidade.

De outro lado, no âmbito dos núcleos de conciliação prévia se realizam tentativas de acordos prévios, sendo tais conciliações anteriores à eventual lide judicial. Portanto, tais tentativas de acordo jamais poderiam caracterizar frustração de direitos ao trabalhador, uma vez que procedimento absolutamente idêntico ocorre na Justiça do Trabalho.

Consoante anteriormente mencionado, os núcleos de conciliação prévia foram instituídos para funcionarem como instâncias informais de solução de qualquer conflito de natureza trabalhista antes de se chegar à Justiça Trabalhista. Frise-se, portanto, que sempre que havia uma contenda, por menor que fosse, seria esta passível de conciliação caso houvesse interesse das partes, não havendo qualquer obrigatoriedade, seja do empregado ou do empregador, em realizar

a conciliação e assinar o respectivo termo do acordo, cabendo sempre pleitear perante a Justiça do Trabalho.

Convém salientar, outrossim, que o termo de conciliação representava um título executivo extrajudicial e possuía eficácia liberatório-geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas. Todavia, consoante expressa disposição do art. 5.º, XXXV, da CF/88, sempre há total possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário acerca do acordo realizado nos núcleos de conciliação prévia.

Desta feita, não há que se falar na imaginária utilização do núcleo em comento como órgão de homologação de rescisão contratual, e muito menos em imaginário parcelamento de direitos patrimoniais incontroversos como condutas *per si* sancionatórias penalmente, uma vez que no âmbito do núcleo somente se realizavam tentativas de conciliação, e nunca homologação de rescisão, conforme expressa disposição da Lei 9.958/2000.

De fato, as conciliações feitas nos núcleos não contrariaram qualquer dispositivo expresso da legislação, nem frustram, *per si*, direitos dos trabalhadores, porque não se caracterizaram como homologação de rescisão contratual, e sim como conciliação bilateral e transparente com amplo conhecimento entre empregado e empregador sobre valores controversos.

Ademais, todas as conciliações eventualmente realizadas poderiam, a qualquer tempo, caso essa fosse a vontade do trabalhador, ser objeto de revisão posterior pelo próprio Poder Judiciário, restando não automática a prática de qualquer frustração, por meio de fraude, de direitos dos empregados, especialmente se em causa a figura dos coordenadores patronais, que se limitavam a transmitir as regras gerais de funcionamento dos núcleos aos conciliadores patronais, orientando-os sempre por escrito a obedecerem, de forma irrestrita, a legislação trabalhista vigente, de sorte a evitar prejuízo tanto a empregados quanto a empregadores.

3.2 Da suposta ausência de especificação da natureza de cada parcela paga ao empregado, bem como do valor de cada uma das parcelas nos termos de conciliação

A segunda premissa formulada nas acusações genéricas por parte do Ministério Público diz respeito à suposta ausência de especificação da natureza de cada parcela paga ao empregado, bem como do valor de cada uma das parcelas, nos termos de conciliação, em afronta ao art. 477, § 2.º, da CLT.

Nota-se novamente o equívoco de alguns membros do *Parquet* Federal, no que tange à distinção entre o instrumento de rescisão contratual e os termos de conciliação lavrados no núcleo de conciliação prévia em comento.

É cediço que os termos de conciliação elaborados nos núcleos de conciliação prévia jamais poderiam ser confundidos com os instrumentos de rescisão contratual: os termos de conciliação feitos no âmbito dos núcleos obedeciam aos requisitos e mandamentos da Lei 9.958/2000 e da Portaria 329/2002 do MT, enquanto os instrumentos de rescisão contratual seguiam as diretrizes traçadas na CLT.

Ora, a Lei 9.958/2000 não estabelecia a obrigatoriedade de constar nos termos de conciliação a especificação da natureza das parcelas pagas pelo empregador ao empregado, até porque, por se tratar de um procedimento conciliatório, durante as audiências realizadas nos núcleos havia questionamentos e diálogo entre as partes acerca dos valores a serem acordados.

A obrigatoriedade prevista no art. 477, da CLT, aplica-se somente aos instrumentos de rescisão contratual, não tendo qualquer aplicação aos termos de conciliação lavrados nos núcleos de conciliação prévia!

De fato, a interpretação realizada por alguns membros do Ministério Público Federal foi absolutamente equivocada e contrária à própria finalidade

da Lei 9.958/2000, que busca, em última análise, a solução de litígios de maneira ampla e geral, por meio de pessoas com conhecimentos da seara trabalhista, mas não obrigando a que o acordo passe por alguém que detenha a toga do Poder Jurisdicional.

Destaque-se, ademais, que nos termos da conciliação estavam descritos os pontos controvertidos dos acordos eventualmente realizados, tendo as partes plena ciência dos termos da conciliação, o que por si só, já caracteriza o mútuo conhecimento, tanto do empregado quanto do empregador, sobre o teor do acordado, não havendo, portanto, como se falar em fraude, que nada mais é do que o ardil, o engano, o engodo, o ludíbrio, ausente como regra em tais tentativas de conciliações prévias.

3.3 Do suposto parcelamento e não pagamento no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho das verbas rescisórias e indenizatórias devidas aos empregados dispensados

A terceira premissa para a acusação criminal nos dias de hoje, refere-se ao suposto parcelamento e não pagamento no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho das verbas rescisórias e indenizatórias devidas aos empregados dispensados, em dissonância com o disposto no art. 477, §§ 3.º e 4.º, da CLT.

Consoante anteriormente mencionado, não havia no âmbito dos núcleos de conciliação prévia qualquer homologação de rescisão de contrato de trabalho. Via de conseqüência, igualmente não havia qualquer parcelamento de verbas rescisórias e indenizatórias eventualmente devidas aos empregados.

Destaque-se, aliás, que por absoluta cautela e em face da publicação da Portaria 329/2002, diversos coordenadores patronais expediram aos núcleos

de conciliação informação acerca da Circular 01/2002, datada de 26.08.2002, entregue e afixada em todos os núcleos de conciliação prévia, em que constava, entre outras especificações, a expressa proibição de transação de verbas rescisórias pelos conciliadores, deixando bem claro que os núcleos deviam restringir-se a apenas e tão somente a ultimar tentativas de acordos, e não homologação de rescisão contratual.

No que tange aos acordos realizados nos núcleos de conciliação, importante destacar que nunca houve proibição legal para o parcelamento dos valores transacionados e posteriormente pagos aos trabalhadores, desde que voluntariamente acordados, como, aliás, acontece diariamente e em valores, na maioria das vezes, menores do que aqueles acordados nos núcleos, perante a própria Justiça do Trabalho.

Todavia, o parcelamento de valores não significa, nem na Justiça do Trabalho e nem no procedimento previsto na Lei 9.958/2000, frustração fraudulenta de direito trabalhista, vez que somente desta maneira se torna possível o pagamento realizado por empresas em dificuldade financeira, em benefício do próprio trabalhador.

Aliás, a possibilidade de parcelamento de valores – em benefício do próprio trabalhador – se revela viável e ainda mais necessária quando se verifica que atualmente há, em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho, cerca de 1.700.000 (um milhão e setecentas mil) execuções trabalhistas de empregados que, não obstante haverem ganho em 1ª instância suas respectivas ações trabalhistas, mesmo após vários anos, ainda não receberam sequer um centavo das empresas reclamadas, porquanto tais empresas – em face do enorme lapso temporal existente entre o ingresso da ação e a decisão definitiva – muitas vezes já até fecharam suas portas, ignorando eventuais débitos com seus ex-funcionários, que literalmente ficam "a ver navio".

3.4 Da suposta ausência de assistência dos trabalhadores dispensados por representantes do sindicato da categoria e/ou autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social

A quarta premissa acusatória criminal atine à suposta ausência de assistência dos trabalhadores dispensados por representantes do sindicato da categoria e/ou autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social, contrariando o disposto no art. 477, § 1.º, da CLT.

Novamente há de se esclarecer que não há que confundir o instituto da homologação prevista no art. 477 da CLT – que prescreve em seu § 1.º que o recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho deve ser assinado pelo empregado, assistido por um membro do respectivo Sindicato ou perante autoridade do Ministério do Trabalho –, com as tentativas de conciliação realizadas nos núcleos de conciliação prévia.

A obrigatoriedade de assistência de membro do respectivo Sindicato ou autoridade do Ministério do Trabalho, prevista na CLT, possui plena aplicabilidade às homologações de rescisões contratuais, mas não possui aplicabilidade às conciliações efetuadas nos núcleos.

Em relação a tais conciliações, a única diretriz a ser seguida estava prevista no art. 1.º, parágrafo único da Portaria 329, editada em 14.08.2002, que estabelecia que a comissão somente deveria realizar as conciliações de conflitos envolvendo trabalhadores pertencentes à categoria profissional e à base territorial das entidades sindicais que as tivessem instituído.

Outrossim, conforme mencionado acima, os coordenadores de vários sindicatos patronais, quando da publicação da Portaria 329/2002, tiveram ainda a cautela de expedir a Circular 01/2002, datada de 26.08.2002, entregue e afixada em todos os núcleos, destacando, entre outras medidas, a proibição aos conciliadores de marcarem e realizarem sessões de tentativas de conciliações de

outras categorias que não tivessem firmado convenção ou acordo coletivo com o respectivo núcleo, a demonstrar que se alguma conciliação foi realizada em desacordo com a Portaria 329/2002, seria à revelia das determinações previstas na Circular, cabendo responsabilizar, individualmente, aquele que dolosamente agiu com ardil e engodo para enganar o trabalhador, não se podendo generalizar e não cindir o joio do trigo, sob penal de acabar-se a todos pela simples tentativa do instituto da conciliação prévia, com certeiros reflexos negativos ao próprio Poder Judiciário Trabalhista.

3.5 Da suposta transação, no âmbito do núcleo de conciliação, do percentual devido a título de Fundo de Garantia, inclusive a multa de 40% sobre todos os depósitos devidos durante a vigência do contrato de trabalho

A quinta e derradeira acusação consubstanciada por alguns membros do Ministério Público consiste no fato de alguns membros do *Parquet* Federal entender ser crime, *per si*, à suposta transação, no âmbito do núcleo de conciliação, do percentual devido a título de Fundo de Garantia, inclusive a multa de 40% sobre todos os depósitos devidos durante a vigência do contrato de trabalho, em afronta ao art. 11, da Portaria 329/2002.

No que tange a este ponto, há que se diferenciar a conduta de cada um dos empregadores e coordenadores patronais, a exigir que se constate por parte da acusação se há mesmo prova individualizada acerca da ordem fraudulenta, cumprindo esclarecer que a orientação dada por um coordenador patronal – em todos os núcleos em que foi coordenador patronal – no sentido de que não se fizesse qualquer transação dos valores de FGTS e da multa de 40% sobre os depósitos devidos durante a vigência do contrato de trabalho, já elimina *per si* qualquer responsabilidade pessoal criminal, vez que patente a sua boa-fé e transparência no sentido de respeitar-se à lei, havendo vários coordenadores que expediram a

Circular 01/2002, quando da publicação da Portaria 329/2002, que dentre inúmeras outras medidas, destacava a proibição da transação das verbas rescisórias e da multa prevista no art. 477, § 1.º, da CLT, isentando *per si* suas responsabilidades, sendo o ônus criminal sempre da acusação.

Ao que se tem notícia, aliás, independentemente das orientações dos coordenadores, os conciliadores sempre se pautaram pelo absoluto consenso e boa-fé, não tendo havido transação dos valores de FGTS, tendo as conciliações versado apenas sobre valores controversos entre empregado e empregador, sendo que tais valores controversos, depois de acordados, eram acrescidos do valor da multa referente ao FGTS, sendo tal fato suficiente para eliminar a tipificação criminal descrita no art. 203, *caput* do CP.

Cumpre destacar, ainda, que a inviabilidade de tal tipificação penal é tão patente, que *ad argumentandum* – ainda que alguns coordenadores supostamente tivessem orientado qualquer transação dos valores de FGTS ou da multa de 40% – o trabalhador não seria lesado ou prejudicado caso recebesse o pagamento desses valores em eventual conciliação no núcleo, porquanto poderia, caso entendesse necessário, ingressar a qualquer tempo com reclamação trabalhista para revisar, no Poder Judiciário, o acordo realizado nos núcleos de conciliação prévia, não sendo o papel do direito penal a intervenção em situações como essas.

Desta feita, não há como se falar em direitos frustrados e fraudados dos empregados, porquanto o suposto pagamento dos valores de FGTS ou multa de 40% em sede de conciliação não obstava a revisão do acordado pela Justiça do Trabalho, estando todos os trabalhadores plenamente cientes dessa possibilidade, o que demonstra a absoluta ausência de fraude ou engodo, que são os pressupostos do crime descrito no art. 203, *caput*, do CP.

Aliás, se o parcelamento de FGTS ou multa de 40% fossem consideradas condutas delitivas no âmbito penal, chegar-se-ia ao absurdo de processar criminalmente todos os Juízes do Trabalho do Brasil, pois, diuturnamente,

tais magistrados de forma prudente e ajustados à realidade brasileira, homologam acordos – em audiências realizadas nas varas trabalhistas – onde consta inclusive o parcelamento ou até mesmo a renúncia de verbas fundiárias, bem como da multa de 40%.

Em vista de todo o exposto, não há que se falar na prática de eventual infração penal de fraude à legislação trabalhista no âmbito das comissões de conciliações, vez que estamos convictos de que o funcionamento dos núcleos de conciliação prévia, *per si*, não pressupõe a presença compulsória do elemento violência ou fraude à direitos do trabalhador e tampouco presente está, ao nosso ver, o elemento frustração à lei trabalhista – elementos típicos essenciais para a caracterização do delito em questão, sendo necessário analisar caso a caso e não generalizar-se, obstruindo instrumentos informais de resolução do conflito.

Imprescindível assim destacar que a fraude, em sentido amplo, é o engano malicioso, o procedimento astucioso, intentado de má-fé e destinando a encobrir a verdade ou a contornar um dever.

No âmbito trabalhista, há fraude sempre que o indivíduo pratica atos com a finalidade de desvirtuar, impedir ou dificultar que o trabalhador obtenha e usufrua, de seus direitos trabalhistas e previdenciários a que fez jus, em função de seu vínculo empregatício, não podendo-se daí imediatamente utilizar-se do aparato criminal, vez que certa será a impunidade e ineficiência do sistema jurídico-penal que exige, além do patente dolo, o fim específico de violação a tutela contra à Organização do Trabalho, devendo atuar o direito penal sempre como *ultima ratio*, sob pena de desmoralização ainda maior das normas criminais derivadas de sua hiper-inflação legislativa.

4. Bibliografia

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal.* v. 2, 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1962.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal.* v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte especial. v. 2, 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos

José Henrique Rodrigues Torres
Juiz de Direito, Titular da Vara do Júri de Campinas.
Professor de Direito Penal (PUC-CAMP).
Membro do Conselho Diretivo da Associação Juízes para a Democracia e da Federação de Associações de Juízes para a Democracia da América Latina e Caribe.

Sumário: 1. Do abortamento inseguro e da necessidade de redução de riscos e danos – 2. Da importância da análise dos aspectos jurídico-penais dessa proposta de redução de riscos e danos do abortamento inseguro – 3. Do crime: fato típico, antijurídico e culpável – 4. Do concurso de agentes: a co-autoria e a participação – 5. Do concurso de agentes: requisitos para a caracterização da participação criminosa: 5.1 Da não caracterização do requisito da relevância causal objetiva; 5.2 Da não caracterização do requisito do liame subjetivo – 6. Da impossibilidade de participação por omissão – 7. Da inexistência de tipicidade conglobante, por falta da antinormatividade – 8. Da conclusão. A implantação do serviço de redução de riscos e danos do aborto inseguro é um dever do Estado – 9. Bibliografia.

Resumo: O aborto é um problema de saúde pública e deve ser enfrentado com medidas sanitárias. A criminalização não está evitando a prática do aborto e está causando milhares de mortes e seqüelas físicas e psicológicas para as mulheres, além de terríveis conseqüências sociais. Enquanto o aborto não é descriminalizado, o Estado tem o dever de prestar assistência à saúde das mulheres para evitar esses riscos e danos, acolhendo-as no sistema público de saúde, "antes" e "depois" da prática do aborto, especialmente para orientá-la e informá-la. E a conduta dos agentes públicos que prestarem essa assistência às mulheres não pode ser conside-

rada criminosa, porque não ficará caracterizada a participação, em razão da falta de relevância causal objetiva e da inexistência de dolo. Também não há falar em participação por omissão quando o profissional de saúde não impede a prática do aborto nem quando deixa de informar a prática desse crime, pois não há dever de agir para impedir a mulher nem há obrigação de denunciá-la. Há, na realidade, dever de sigilo, que não permite a revelação da conduta da mulher. Finalmente, não há falar em tipificação conglobante dessa assistência, por falta de antinormatividade, já que é dever do Estado prestar assistência à saúde da mulher.

Palavras-chave: Abortamento inseguro – Redução de danos.

Abstract: Being a public health issue abortion should be addressed through sanitary measures. Criminalization does not prevent abortion, but rather causes thousands of deaths and lasting physical and psychological damages to women, as well as terrible social consequences. As long as abortion is not decriminalized, the State has the duty to provide assistance to women's health. This should be done in order to protect women from such risks and damages, welcoming them into the public health system "before" and "after" the actual performance of an abortion, especially to advise and inform them. Therefore, public servants' conduct when giving such assistance to women should not be construed as criminal, for their participation is not to be deemed present due to a lack of objective causal relevance and the absence of malicious intent. If a health professional does not prevent the performance of an abortion, or if he or she fails to report its perpetration, participation through omission should not be construed as well, for there is no duty to act to prevent a woman from performing an abortion nor is there a duty to press charges against her. On the contrary, physician-patient privilege forbids the disclosure of the woman's conduct. Finally, such assistance may not be characterized as criminal since it is not unlawful as it is the State's duty to provide assistance to women's health.

Keywords: Unsafe abortion – Damage reduction.

Área do direito: Penal; Internacional; Constitucional

"En esta hora no niego
que tuve tiempo,
tiempo,
Pero no tuve manos,
y así, cómo podía
aspirar con razón a la grandeza
si nunca fui capaz
de hacer
una escoba,
una sola,
una?"
PABLO NERUDA

1. Do abortamento inseguro e da necessidade de redução de riscos e danos

"Ela está morrendo de tanto sangrar".[1]

Eça de Queiroz certamente não imaginou que uma de suas maiores obras literárias, *O crime do Padre Amaro*, seria materializada nas telas cinematográficas, na adaptação feita por Carlos Carrera, para desvelar ao mundo contemporâneo um terrível drama que está a infelicitar a sociedade há muitos anos.

Milhares de mulheres, vítimas da exclusão e da dominação de uma ideologia patriarcal que não tem fronteiras, pobres em sua grande maioria, estão vivenciando, todos os anos, em todo o mundo, uma experiência dantesca. Abandonadas no lago de Tântalo, essas mulheres têm enfrentado uma terrível guerra, sem precedentes, contra a omissão da sociedade e, em especial, dos Estados, inclusive daqueles que se dizem sociais e democráticos, e que se proclamam garantidores dos direitos humanos. Milhares de mulheres estão morrendo todos os anos, em todo o mundo, em razão da prática de abortamento inseguro.[2]

1. Fala de personagem do filme *El crimen del Padre Amaro*, de Carlos Carrera, com Gael García Bernal, Columbia Tristar.

2. Segundo a OMS, o abortamento inseguro é aquele procedimento realizado para interromper uma gravidez indesejada, praticado por pessoas sem as necessárias qualificações ou aquele que

Essa causa de morte materna, perfeitamente evitável, tem atingido de setenta a oitenta mil mulheres por ano em todo o mundo. No Brasil, em particular, o abortamento inseguro constitui a segunda causa de morte materna em alguns Estados da Federação, enquanto, em outros, constitui a terceira causa de morte de gestantes.

E não se olvide, como adverte Flávia Piovesan, que "o direito de viver livre de morte materna evitável integra os direitos humanos das mulheres e – sob o prisma da individualidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos – interage com os direitos à saúde, à igualdade, à não discriminação, à educação, à liberdade, à segurança, dentre outros, de forma a assegurar o direito à dignidade plena de que são titulares as mulheres".[3]

É por isso que o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Comitê DESC), ao externar a sua preocupação com a mortalidade materna no Brasil, recomendou que sejam adotadas medidas eficazes "com a finalidade de proteger as mulheres dos efeitos dos abortos clandestinos e inseguros, assegurando que as mulheres não recorram a tais procedimentos prejudiciais",[4] causadores de tantas mortes, em especial entre as mulheres pobres e marginalizadas.[5]

é realizado em um ambiente sem as mínimas condições de segurança médica, ou ambos (Organização Mundial de Saúde. *Aborto sem riscos*: guia técnico e políticas para sistemas de saúde. Genebra. OMS, 2003).

3. Mortalidade materna e direitos humanos. *O drama do aborto* – em busca de um consenso, p. 83 e 11.

4. *Pacto dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. O cumprimento do Piedesc pelo Brasil. Plataforma brasileira de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais – Plataforma DhESC Brasil, Brasília, 2003.

5. O panorama das mortes maternas evitáveis no Brasil viola o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Piedes, ONU, 1966), especialmente devido ao seu impacto desproporcional sobre a vida das mulheres afrodescendentes, mestiças e indígenas, pobres e solteiras, que vivem nas regiões mais pobres do país, o que caracteriza um padrão sistemático de discriminação por motivos de sexo, raça/etnia, estado civil e localização geográfica no acesso aos serviços público de qualidade (A morte materna e os direitos humanos. *O drama do aborto* – em busca de um consenso, p. 85 e 46).

Entretanto, como afirmam Faundes e Barcelatto, "as mortes de mulheres relacionadas ao aborto são apenas a ponta de um grande iceberg" (1), pois, centenas de milhares de mulheres, todos os anos, estão sofrendo terríveis conseqüências físicas e psíquicas em razão do abortamento realizado em condições precárias e inseguras: infecções, que se instalam nas paredes do útero ou que migram para as trompas, para os ovários ou para a cavidade abdominal (doença inflamatória pélvica – DIP); lesões traumáticas ou químicas dos genitais e outros órgãos pélvicos; reações tóxicas a produtos ingeridos ou introduzidos nos genitais; hemorragias, que acarretam anemia, choque e morte ou que exigem transfusões sanguíneas de emergência, que as expõem a altos riscos de peritonite e contaminação com HIV e outras infecções; septicemia e choque séptico; retirada das trompas, dos ovários e do útero; obstrução das trompas, que pode conduzi-las à esterilidade ou à gravidez tubária, outra causa dramática de morte materna; dores pélvicas crônicas; limitação da vida diária e das atividades sexuais; e depressão e complicações psicológicas em situações de pressão".[6] E não se olvidem as não menos terríveis conseqüências sociais e econômicas geradas pelo abortamento clandestino que, realizado em condições inseguras e desumanas, deixa muitos filhos na orfandade e desestrutura unidades familiares.[7]

É preciso fazer algo, portanto, não apenas no campo formal da produção legislativa, mas, principalmente, no âmbito material das políticas públicas, para

6. Aníbal Faundes e José Barcelatto. *O drama do aborto, em busca de um consenso*, p. 81.

7. "Cuando una mujer muere, su familia y su comunidad sufren una considerable pérdida: las familias pierden su contribución en el manejo del hogar, la economía pierde su contribución productiva, los hijos huérfanos tienen menos posibilidades de alcanzar mayor educación y atención en salud a medida que crecen. Se calcula que por cada muerte materna promedialmente quedan cuatro niños huérfanos, lo que trunca los proyetos de desarrollo y las perspectivas de futuro de estas niñas e niños". La mortalidad es un emergente de la gran mortalidad de esta práctica. Se calcula que cada día por lo menos unas 2.169 mujeres y adolescentes son hospitalizadas en la región debido a abortos inseguros. También es importante el impacto económico. Los gastos en tiempo de internación, personal para atención, medicamentos, transfusiones, etcétera, son cuantiosos. La cirurgía radical indicada en los casos de sepsis pos-aborto constituye una cirurgia mutilante con graves secuelas y complicaciones". (v. Leonel Briozzo. Aborto provocado: un problema humano. Perspectivas para su análisis – estrategias para su reducción. *Revista Médica del Uruguay*, n. 3, p. 190.

enfrentar essa situação, debelando ou pelo menos diminuindo os riscos e danos a que estão expostas as mulheres. Não se pode mais aceitar a omissão dos Estados diante dessa dramática situação, que tem produzido tantas conseqüências terríveis para as mulheres e para toda a humanidade.

O Brasil ratificou tratados e convenções internacionais de direitos humanos, incorporando-os ao seu sistema constitucional de garantias,[8] assumindo o compromisso de garantir às mulheres uma assistência plena à sua saúde sexual e reprodutiva, o que o obriga a enfrentar essa flagrante violação dos direitos humanos das mulheres, não apenas no campo jurídico-formal, mas, principalmente, com políticas públicas inclusivas, efetivas e eficazes.[9]

Portanto, é preciso fazer algo e romper com o imobilismo.

8. Art. 5.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º, da CF/88: os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza constitucional e *status* de norma de garantia dos direitos fundamentais. O Brasil ratificou a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará (1994), em 27.11.1995, a Convenção Interamericana para prevenir e punir torturas (1985) em 20.07.1989, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969), em 25.09.1992, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), em 23.05.1989, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), em 01.02.1984, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), em 06.07.1992. E esses tratados e convenções internacionais, que têm natureza constitucional no nosso ordenamento jurídico, garantem às mulheres o direito à igualdade e à não discriminação, o direito à autodeterminação, o direito à segurança pessoal, o direito de não ser objeto de ingerências arbitrárias em sua vida pessoal e familiar, o direito de respeito à sua liberdade de pensamento e consciência, o direito de respeito à vida, o direito de que se respeite a sua integridade física, psíquica e moral, o direito ao respeito à sua dignidade, o direito ao acesso a procedimentos jurídicos justos e eficazes quando submetida a violência, o direito de não ser submetida a nenhum tratamento desumano ou cruel, no âmbito físico ou mental, e o direito ao tratamento de sua saúde física e mental.

9. Na declaração de Pequim, está proclamado que "os direitos das mulheres são direitos humanos" e é afirmado o direito à assistência à saúde sexual e reprodutiva das mulheres; na Declaração e no Programa de Viena, são reconhecidos os direitos das mulheres à igualdade, à tolerância e à dignidade; no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados assumem a obrigação de criar condições que assegurem a todos assistência médica plena; na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), são reconhecidos os direitos à assistência à saúde sexual e reprodutiva da mulheres e os Estados comprometem-se a proteger as mulheres dos efeitos negativos à saúde causados pelo abortamento; e na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), é reconhecido o direito das mulheres a uma vida livre da morte materna evitável.

No Uruguai, recentemente, quando se verificou que o abortamento inseguro constituía a primeira causa de morte materna, algo começou a ser feito: diante da terrível magnitude desse problema de saúde pública, interpretado e assumido como uma questão sanitária, os profissionais da saúde, a sociedade civil e o Estado decidiram enfrentá-lo com uma estratégia de redução de riscos e danos.[10] A partir da iniciativa de uma organização civil de profissionais da saúde, denominada Iniciativas Sanitárias, integrada por médicos e médicas, ginecologistas, obstetras, legistas, epidemiologistas, psicólogos e psicólogas e profissionais da área social, e com o apoio da *Faculdad de Medicina de la República*, do *Sindicato Médico do Uruguai, da Sociedad Ginecotocológica del Uruguay* e da *Asociación Obstétrica del Uruguay*, foi implantado e está sendo executado um programa de "Medidas de proteção materna diante do aborto provocado em condições de risco".

E, no Brasil, enquanto a sociedade discute o problema do abortamento sob seu aspecto estritamente legal, no plano político e ideológico, é preciso que sejam adotadas, também, e imediatamente, políticas públicas sanitárias concretas e hábeis pelo menos para transformar o "aborto inseguro" em "aborto de menor risco", como está sendo feito naquele país latino-americano, ainda que se deva, por enquanto, caminhar pelas atuais veredas da legalidade, estreitas e marginais diante do horizonte onde brilha a luz da utópica descriminalização do abortamento.[11]

10. Em 2001, a Sociedad Ginecológica del Uruguay aprovou uma proposta para abordar a situação do aborto diante da gravidez não desejada, estabelecendo os primeiros parâmetros para uma assistência à gestante "antes" e "depois" do aborto, visando à redução de riscos e danos. Em 2002, o projeto ganhou o apoio da Faculdad de Medicina de la Universidad de la República e do Sindicato Médico del Uruguay, um grupo de ginecologistas e médicos legistas elaborou e apresentou ao Ministério de Saúde a Normativa "Medidas de protección materna frente al aborto provocado em condiciones de riesgo" e é implantado o primeiro serviço. Em 2004, o Ministério da Saúde Pública do Uruguai aprovou a Normativa, que começou a ser oficialmente aplicada, nos termos da Ordenanza 369-04/MSP, complementada, depois, por duas novas normativas: consulta pré aborto e consulta post aborto.

11. De acordo com o parágrafo 106k da Plataforma de Ação de Beijing (Conferência Mundial sobre as Mulheres), o Brasil assumiu o compromisso de reformar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais. Segundo o relatório do Comitê CEDAW (Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher), a existência de leis punitivas em relação ao abortamento é o que leva as mulheres à prática de

É preciso admitir que o abortamento, como um evento sanitário, independentemente de seus aspectos jurídico-penais, tem um "antes" e um "depois". Assim, sob a égide dos princípios da bioética, na busca da beneficência, da não maledicência, da justiça e da garantia da autonomia, é possível adotar, no estrito âmbito da legalidade e da licitude, políticas públicas sanitárias para acolher as mulheres durante esses dois momentos extremos do abortamento ilícito e garantir a elas a necessária redução dos riscos e dos danos decorrentes da prática do abortamento inseguro.

Eis, portanto, em apertada síntese, uma proposta concreta de adoção de medidas preventivas de proteção à gestante, embasada no projeto implantado no Uruguai com o objetivo de redução de riscos e danos do abortamento inseguro:

a) da implantação do serviço de redução de riscos e danos do abortamento inseguro:

a.1) nos hospitais públicos, pelo menos, e principalmente naqueles que já implantaram o serviço específico de atendimento à mulher para a prestação de assistência integral à sua saúde e, em especial, no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, é imprescindível *a criação e a implantação de uma estrutura médica e psicossocial de diagnóstico, assessoramento e apoio para as gestantes que manifestem a sua intenção de provocar o aborto*, para que elas contem com toda a informação necessária para uma tomada de decisão consciente e responsável, assumindo menores riscos e sofrendo menores danos;[12]

abortos inseguros e, portanto, implica um aumento de riscos das mulheres de morrer de morte evitável. Rever as leis punitivas é uma forma de evitar a morte materna.

12. O Comitê de Direitos Humanos da ONU apontou que a falta de acesso das mulheres aos serviços de saúde reprodutiva viola os direitos das mulheres à igualdade e à vida, reconhecendo que a falta de disponibilidade de serviços e de informação sobre planejamento familiar, incluindo o aborto, compromete a capacidade de igual participação das mulheres em todos os aspectos da sua vida social e econômica, bem como aumenta os riscos de gravidez não desejada, a busca por abortos clandestinos e inseguros e, consequentemente, uma maior exposição ao risco da morte materna (Mortalidade materna e direitos humanos. *O drama do aborto* – em busca de um consenso, p. 83 e 67).

a.2) nos casos em que a gestante, devidamente orientada e informada, desistir da prática do abortamento, deverão ser adotadas todas as medidas cabíveis, no âmbito da assistência médica e psicossocial, para que essa mulher receba integral assistência durante o processo gestacional, durante o parto e depois dele; e

a.3) nos casos em que a mulher, depois de devidamente assistida e orientada, mantiver a decisão de provocar o aborto, deverão ser adotadas todas as medidas cabíveis, no âmbito da assistência médica e psicossocial, para evitar ou diminuir os riscos, os danos e as conseqüências do abortamento, inclusive a morte da gestante.

b) das normas mínimas específicas para a implantação e execução do serviço de redução de riscos e danos do abortamento inseguro:

b.1) na relação médico-paciente, respeitar-se-á a decisão informada da gestante, ainda que, como enfrentamento de um problema epidemiológico de saúde pública, seja desestimulada a prática do aborto como método anticonceptivo;

b.2) a gestante será informada de todos os riscos decorrentes dos métodos popularmente utilizados para a prática do abortamento ilícito e, também, das conseqüências de sua conduta no âmbito jurídico-penal, em razão da atual situação de criminalização do abortamento;

b.3) a gestante será informada, também, sobre as alternativas possíveis para a evitar o abortamento, inclusive sobre a possibilidade da entrega do filho para adoção depois de seu nascimento;[13]

b.4) os médicos, as equipes de saúde, o sistema de saúde e o serviço especializado não farão o abortamento ilícito nem fornecerão às gestantes qualquer substância abortiva ou qualquer instrumento hábil para a provocar o aborto, nem indicarão pessoas ou instituições para a realização do aborto;

b.5) os profissionais do serviço de saúde não incentivarão as gestantes a provocar o aborto, antes deverão desestimular a prática dessa conduta que, infelizmente, ainda é proibida, ilícita e até criminosa, e por isso mesmo muito perigosa,

13. Da adoção: Estatuto da Criança e do Adolescente, Título II, Capítulo III, Seção III, Subseção IV, arts. 39 a 52.

mas, se a mulher persistir na vontade de provocar o aborto, a sua decisão informada e consciente deverá ser respeitada;

b.6) o serviço deverá garantir às gestantes momentos e instâncias de reflexão para valorar e rever a decisão de interromper o processo gestacional, com o acompanhamento de profissionais habilitados e capacitados, que deverão estar preparados para respeitar a decisão livre e consciente da mulher;

b.7) depois de fornecidas todas as orientações e a devida assistência integral à gestante, se restarem frustradas todas as medidas tendentes a demovê-la da intenção abortiva, persistindo ela na vontade de interromper a gestação, deverá ser oferecida e fornecida à mulher a necessária antibioticoterapia ou quaisquer outros medicamentos destinados exclusivamente à redução dos riscos e danos do abortamento, dês que esses medicamentos não tenham nenhuma potencialidade abortiva;

b.8) caso a gestante, depois de devidamente orientada e assistida, persista no propósito de interromper a gestação, deverá ser a ela oferecida e fornecida também a assistência integral pós-aborto, tanto no âmbito médico como no psicossocial, até a sua plena recuperação; e, ainda,

b.9) em qualquer caso, e sempre, na assistência oferecida à gestante deverá ser incluída a necessária orientação sobre os seus direitos relativos ao exercício de sua sexualidade, sobre o uso e o acesso de anticonceptivos e, em especial, sobre planejamento familiar, inclusive com serviço especializado e profissionais capacitados para esse fim, visando evitar a repetição do aborto ou mesmo que a mulher fique exposta novamente à difícil situação de sentir-se sem alternativas diante de uma gestação indesejada.

Essa proposta, embasada no programa adotado pelo Uruguai para o acolhimento das gestantes "antes" e "depois" do abortamento ilícito, deverá ser implantada, com urgência, no Brasil, para que sejam garantidos plenamente os direitos das mulheres à assistência médica integral e eliminados ou pelo menos diminuídos os terríveis riscos e danos do abortamento clandestino, extremamente inseguro.

É verdade que o aborto não é, nunca foi e jamais será um evento desejável, nem para as mulheres em particular nem para a sociedade de modo geral.

E também é verdade que todos os esforços devem ser feitos, incansavelmente, para prevenir a gravidez indesejada e para que nenhuma mulher fique exposta à terrível situação de não ver outra alternativa que não seja a prática do abortamento.

Mas, enquanto o pássaro da esperança continuar preso na caixa de Pandora, todos os esforços devem ser feitos para que as mulheres não vivam atormentadas pelos espectros da omissão, da intolerância e da hipocrisia e expostas à morte e a tantos sofrimentos.

2. Da importância da análise dos aspectos jurídico-penais dessa proposta de redução de riscos e danos do abortamento inseguro

Diante do atual quadro de criminalização do aborto no Brasil, essa proposta não é a solução ideal, pois o ideal seria obviamente a descriminalização do aborto com a regulamentação da assistência integral à mulher, mas constitui, induvidosamente, uma forma excepcional de se enfrentar esse enorme problema de saúde pública,[14] dentro dos limites gizados pela atual legislação repressiva, para que sejam pelo menos reduzidos os riscos do aborto inseguro, no espaço correto do enfrentamento desse problema, que é o espaço das políticas públicas de assistência à saúde.

Aliás, a ação de uma equipe médica devidamente capacitada e sensibilizada para atuar nesse programa, respeitando os seus limites e objetivos preventivos, poderá inclusive diminuir a incidência de abortos provocados, ainda que seja respeitada a decisão informada da mulher.

14. ONU – Declaração de Cairo, 1994: Os Estados não devem promover o aborto como método anticonceptivo, mas reconhecem que o aborto é um problema de saúde pública.

Todavia, é evidente que, diante dessa proposta, haverá certamente pessoas que, por ignorância ou por motivação ideológica, afirmarão ser impossível a adoção desse programa, invocando o argumento de que o médico ou o profissional do serviço de saúde que der assistência à gestante será responsabilizado criminalmente como partícipe do abortamento e, assim, estará sujeito às penalidades legais.

Ledo engano.

Os médicos e profissionais do serviço de saúde que derem assistência à gestante durante os dois períodos em menção ("antes" e "depois" do abortamento ilícito) não praticarão nenhuma conduta criminosa ou ilícita, antes estarão cumprindo o seu dever de garantir a devida assistência integral à saúde da mulher e suprindo a inaceitável omissão da sociedade e do Estado diante de tão grave e dantesco problema.

É preciso, no entanto, que essa questão, sob o seu aspecto jurídico-penal, fique devidamente esclarecida, para que não pairem dúvidas e para que o programa em menção possa ser adotado e implantado no Brasil, com urgência, com a necessária segurança e com eficácia.

3. Do crime: fato típico, antijurídico e culpável

Para que uma conduta seja considerada criminosa é imprescindível, antes de qualquer coisa, que esteja ela descrita em uma lei como crime (por exemplo: o homicídio é criminoso porque a conduta "matar alguém" está prevista no art. 121 do CP;[15] e furtar é crime porque essa conduta também está descrita no art. 155 do CP).[16] Trata-se de uma exigência do "princípio da legalidade", conquistado pelos povos dos Estados Democráticos de Direito e que, no Brasil, está inscrita expressamente em nosso texto constitucional como uma garantia fundamental,

15. Art. 121 do CP: Matar alguém: Pena – reclusão de 6 a 20 anos.

16. Art. 155 do CP: Subtrair, pra si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

que, aliás, não pode ser excluída de nosso ordenamento jurídico nem mesmo por Emenda Constitucional.[17] Isso, aliás, é o que se denomina juridicamente de cláusula pétrea: as normas constitucionais com essa característica não podem ser excluídas nem alteradas pelo Congresso Nacional, nem no exercício normal de sua função legislativa, mediante a elaboração de projetos de lei, nem no exercício de seu poder constituinte derivado, pela edição de Emendas à Constituição.[18]

Assim, observando-se o princípio da legalidade, o abortamento é considerado criminoso no Brasil porque há três condutas específicas de aborto descritas ou tipificadas na lei penal: (1) o auto-aborto está descrito no art. 124 do CP; (2) o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, no art. 125 do CP; e, finalmente, (3) o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, no art. 126 do CP.[19] É por isso que quem praticar qualquer uma dessas condutas descritas nesses tipos penais estará, em princípio, praticando uma conduta criminosa.

Aliás, a conduta que se subsume ao tipo penal apenas em princípio será considerada criminosa, porque não basta que uma conduta seja típica para que seja considerada criminosa. Além de enquadrar-se na descrição legal, ou seja, além de ser típica, a conduta deve ser também "antijurídica" e "culpável" (censurável ou reprovável) para ser considerada criminosa.

Lembre-se, por exemplo, de que "matar alguém" é uma conduta descrita na lei penal, mas não será criminosa se uma pessoa "matar alguém em legítima defesa", situação que exclui a antijuridicidade da conduta típica (v. art. 23, II e art.

17. Art. 5.º, XXXIX da CF/88: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

18. Art. 60, § 4.º da CF/88: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.

19. Art. 124 do CP: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos; Art. 125 do CP: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos; e art. 126 do CP: Provocar aborto, com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

25 do CP).[20] O mesmo acontece quando alguém, por exemplo, como Jean Valjean,[21] furta um alimento para saciar a fome, ou seja, "em estado de necessidade", o que também constitui uma situação hábil para excluir a antijuridicidade da conduta típica do furtador (v. art. 23, I e art. 24 do CP).[22] Portanto, diante da caracterização da "legítima defesa" ou do "estado de necessidade", a conduta poderá ser típica mas não será criminosa, por falta da "antijuridicidade". E, com relação ao aborto, acontece a mesma coisa, embora de modo bastante específico: não comete crime a gestante ou outra pessoa que provoca o aborto em uma das duas situações definidas no art. 128 do CP: (1) *abortamento necessário*, quando não há outra forma para salvar a vida da gestante; e (2) *abortamento ético ou sentimental*, quando a gestação decorre de uma violência sexual, como o estupro.[23]

Mas, como acima já afirmei, também não bastam a "tipicidade" e a "antijuridicidade" para que uma conduta seja considerada criminosa: é imprescindível, ainda, a "culpabilidade", que também significa "censura" ou "reprovação". Por exemplo, se alguém cometer um roubo[24] e o fizer "sob coação moral e irresistível",[25] a sua conduta será típica e antijurídica, mas não haverá "culpabilidade", ou seja, não será censurável nem reprovável penalmente. E com relação ao abortamento, se a

20. Art. 23 do CP: Não há crime quando o agente pratica o fato: (...): II – em legítima defesa; art. 25 do CP: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

21. Os miseráveis, de Victor Hugo: Jean Valjean, por furtar um pão, é condenado pelo Tribunal de Faverolles.

22. Art. 23 do CP: Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; art. 24 do CP: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podida de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

23. Art. 128 do CP: Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; e II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

24. Art. 157 do CP: Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à incapacidade de resistência: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

25. Art. 22 do CP: Se o fato é cometido sob coação irresistível, (...), só é punível o autor da coação (...).

interrupção da gestação é realizada diante de uma malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, por exemplo, também não há que falar em crime, diante da ausência de "culpabilidade", em razão da "inexigibilidade de conduta diversa", que é requisito daquela, embora a conduta seja "típica" e "antijurídica".

Contudo, o aprofundamento dessas questões relativas à "antijuridicidade" e à "culpabilidade" não é o objetivo deste estudo. Serão abordados, neste texto, doravante, apenas os aspectos da "tipicidade" e, especificamente, a tipificação das condutas nos casos de concurso de pessoas para a realização de um crime.

4. Do concurso de agentes: a co-autoria e a participação

Inicialmente, é preciso lembrar, como afirma Mirabete, que, "quando na lei se inscreve uma descrição do crime, a ameaça da pena dirige-se àquele que realiza o tipo penal, ou seja, ao sujeito que realiza a ação típica. Pratica homicídio quem "mata" a vítima, pratica furto quem "subtrai" a coisa, etc."[26]

Assim, sem enfrentar as divergências doutrinárias das teorias sobre a autoria, é possível afirmar, de maneira bastante direta e simples, que deve ser considerado autor do crime aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal ou, ainda, quem realiza os atos executórios da conduta típica.

Nos casos de auto-aborto, tipificado no art. 124 do CP, que é um crime próprio, ou seja, que tem o sujeito ativo determinado de forma específica pelo tipo penal, apenas a gestante pode ser considerada autora desse crime, podendo praticá-lo de duas formas: (1) realizando atos materiais do abortamento (ingerindo substância abortiva, provocando contrações mecanicamente, etc.); ou (2) simplesmente consentindo que qualquer outra pessoa interrompa o processo gestacional com a conseqüente ocisão fetal.[27] Nos casos do art. 125 do CP (*aborto praticado sem o consentimento da*

26. Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal.* Parte geral, p. 229.

27. Art. 124 do CP: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

gestante)[28] e do art. 126 do CP (*aborto praticado por terceira pessoa com o consentimento da gestante*),[29] são considerados autores todos aqueles que executam diretamente as condutas de abortamento. Assim, quando a conduta descrita nos mencionados tipos penais é executada por várias pessoas, todas elas são co-autoras e têm a sua conduta tipificada diretamente no dispositivo penal específico, ou no art. 125 ou no art. 126 do CP, conforme o caso, havendo ou não consentimento da gestante. Se dois médicos, juntos, provocam o aborto, praticando, ambos, atos materiais da interrupção da gestação, devem ser considerados co-autores do crime tipificado no art. 125 ou no art. 126 do CP, conforme o caso, dependendo da existência ou não do consentimento da gestante. É o que acontece com os demais delitos também: por exemplo, se duas pessoas entram em uma casa e, juntas, subtraem vários objetos, ambas devem ser consideradas co-autoras do furto (v. art. 155 do CP).[30] Nesses casos haverá, então, um concurso de agentes por co-autoria.

Mas a co-autoria não é a única forma de concurso de agentes: há também a participação.

Se alguém apenas conduz o ladrão em seu veículo até o local do furto ou fornece a arma para o homicida, a sua conduta também poderá ser considerada típica, ou seja, poderá ser considerada criminosa, embora tal pessoa não tenha realizado a subtração da coisa ou não tenha praticado diretamente a conduta típica de "matar alguém". Assim, se alguém concorre para a prática de um crime, induzindo, instigando ou auxiliando o autor ou os co-autores, também será responsável criminalmente pelo delito, ainda que não pratique nenhuma conduta que se possa diretamente enquadrar no tipo penal, ou seja, mesmo que não realize nenhum ato executório do delito. É o que dispõe o art. 29 do CP.[31] E essas pessoas, que

28. Art. 125 do CP: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.

29. Art. 126 do CP: Provocar aborto, com o consentimento da gestante.

30. Art. 155 do CP: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

31. Art. 29 do CP: Quem, de qualquer forma, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

concorrem de qualquer modo para o crime, sem praticar diretamente a conduta típica, sem praticar atos executórios do crime, são "partícipes" e respondem pelo mesmo crime praticado pelo autor ou pelos autores.

Há, pois, duas formas de concurso de agentes: co-autoria e participação.

A co-autoria é resolvida, no âmbito da tipicidade, de forma muito simples: são co-autores, em princípio, todos aqueles que realizam a conduta típica, ainda que pratiquem atos distintos, mas sempre executando a conduta descrita. Por exemplo, são co-autores do roubo, tanto o ladrão que aponta a arma para a vítima, como aquele que, desarmado, retira o dinheiro do bolso da vítima, pois ambos, juntos, executam, por divisão de tarefas, a conduta descrita no art. 157 do CP. Como se vê, no caso de co-autoria, embora vários sejam os executores do delito, todas as condutas de todos os co-autores são diretamente tipificadas no dispositivo penal realizado: é o que os juristas chamam de tipificação por subsunção direta.

Já com relação à participação, ocorre coisa bastante distinta. Os partícipes não realizam a conduta descrita no tipo penal, nem total nem parcialmente: eles realizam condutas que não se subsumem diretamente ao tipo penal realizado pelo autor ou pelos co-autores, mas praticam, sim, condutas que, de qualquer forma, implicam concorrência, ou seja, caracterizam colaboração para a prática criminosa. Nesses casos de participação, portanto, ocorre a tipificação por subsunção indireta, como dispõe o mencionado art. 29 do CP.

É isso o que interessa para este estudo: a participação.

Se alguém induz, instiga ou auxilia outrem a provocar o aborto, sem praticar qualquer ato direto de execução da interrupção da gestação, será partícipe do crime, e a sua conduta, por subsunção indireta, será tipificada no art. 125 ou no art. 126 do CP, por força do disposto no art. 29 do CP. Aliás, especificamente com relação ao "auxílio" prestado pelo partícipe, cabe aqui uma importante observação. Se uma pessoa auxilia o médico diretamente na interrupção da gestação, executando atos específicos do abortamento, será considerada co-autora do crime. Mas, se alguém auxilia indiretamente o autor do abortamento, fornecendo-lhe, por exemplo, a

substância abortiva, será considerado partícipe do crime praticado por aquele. Assim, são partícipes do abortamento aqueles que, sem praticarem qualquer ato executório, concorrem de qualquer forma para a prática do crime, instigando, induzindo ou auxiliando indiretamente o autor ou os autores na execução da interrupção da gestação.

É esse o concurso de agentes que interessa para este estudo, pois, como acima aventei a hipótese, alguém, por ignorância ou por motivação ideológica, poderá afirmar que o médico ou o profissional do serviço de saúde que participar do programa de redução de riscos e danos estaria concorrendo para a prática do aborto criminoso, não como co-autor, mas como partícipe do delito.

Todavia, não há nenhuma fundamentação jurídica hábil para respaldar ou sustentar tal afirmação.

É por isso que é necessário aprofundar o exame do concurso de agentes e, especificamente com relação à participação, para demonstrar que, por falta de requisitos legais, a conduta de tais profissionais não poderá ser considerada criminosa em razão de sua atuação no programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro.

5. Do concurso de agentes: requisitos para a caracterização da participação criminosa

Para que haja participação criminosa no concurso de agentes, é imprescindível, além da pluralidade de agentes e da unidade de crime, a presença dos seguintes requisitos: a) relevância causal objetiva de cada conduta; e b) liame subjetivo entre os agentes.[32]

Assim, sem a caracterização simultânea desses dois requisitos, não há falar em concurso de agentes nem obviamente em participação criminosa. E não haverá

32. Rogério Greco. *Curso de direito penal*, p. 158; Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*, p. 228; Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de direito penal*, p. 435; e Damásio Evangelista de Jesus. *Direito penal*, p. 420.

a caracterização desses requisitos, à evidência, quando o médico ou o profissional do serviço de saúde prestar assistência à gestante "antes" ou "depois" da prática do abortamento ilícito, atuando nos limites do programa de redução de riscos e danos em menção e estritamente de acordo com as suas finalidades.

5.1 Da não caracterização do requisito da relevância causal objetiva

Lembre-se, inicialmente, de que, como afirma Frederico Marques, "o princípio da causalidade é a base principal da construção da dogmática da co-delinqüência – como acertadamente lembra Maggiore. É da eficácia causal da participação no produzir o 'fato típico' que surge a co-deliqüência e a punição do participante. (...). Cada uma das condutas individuais precisa inserir-se na corrente causal, influindo efetivamente sobre o resultado ou sobre a conduta. Sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não se pode falar em participação".[33]

Com efeito, como dispõe expressamente a parte inicial do art. 13, *caput* do Código Penal, "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa". Assim, como observa Greco, "se a conduta levada a efeito por um dos agentes não possuir relevância para o cometimento da infração penal, devemos desconsiderá-la e concluir que o agente não concorreu para a sua prática".[34]

Em conseqüência, implantado o programa de redução de riscos e danos nos moldes da proposta em estudo, não será possível falar em *relevância causal objetiva da conduta* dos profissionais do serviço de saúde quanto à realização ilícita do abortamento pela gestante ou por terceira pessoa. É que, nos termos da parte final do art. 13, *caput* do CP, uma conduta somente pode ser considerada causa de um resultado criminoso quando verificado que se trata de *conditio sine qua non*,

33. José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*, p. 407.

34. Rogério Greco. *Curso de direito penal*, p. 458.

ou seja, quando constituir um fato sem o qual o resultado não teria objetivamente ocorrido.[35] Logo, quanto ao abortamento em particular, somente poderá ser considerada relevante, como conduta causal de partícipe do crime, aquela sem a qual o resultado (morte do feto) não teria objetivamente ocorrido.

E, como observa Damásio, a verificação da relevância causal das condutas com relação ao resultado do crime deve ser feita, juridicamente, pelo *processo hipotético de eliminação de Thyrén*, "segundo o qual a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno".[36] Com efeito, como também observa Mirabete, "para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é todo o antecedente que não pode ser suprimido *in mente* sem alterar o resultado".[37] Aliás, vale lembrar, também, as explicações feitas por Bitencourt a respeito da aplicação desse procedimento de eliminação *in mente*. Segundo elas, "para que se possa verificar se determinado antecedente é causa do resultado, deve-se fazer o chamado juízo hipotético de eliminação, que consiste no seguinte: imagina-se que o comportamento em pauta não ocorreu, e se procura verificar se o resultado teria surgido mesmo assim, ou se, ao contrário, o resultado desapareceria em conseqüência do comportamento suprimido. Se se concluir que o resultado teria ocorrido mesmo com a supressão da conduta, então não há nenhuma relação de causa e efeito entre um e outra, porque mesmo suprimindo esta o resultado existiria. Ao contrário, se, eliminada mentalmente a conduta, verifica-se que o resultado não se teria produzido, evidentemente essa é condição indispensável para a ocorrência do resultado e, sendo assim, é causa".[38]

35. Art. 13 do CP: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

36. Damásio Evangelista de Jesus. *Direito penal*, p. 248.

37. Op. cit., p. 111.

38. Op. cit., p. 228; v. no mesmo sentido: Rogério Greco, op. cit., p. 233; e Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal.* Parte geral, p. 165.

Diante disso, utilizando-se esse procedimento hipotético de eliminação de condutas, será inexorável a verificação de que a atuação dos profissionais do serviço de saúde nesse programa de redução de riscos, tanto "antes" como "depois", não terá nenhuma relevância causal objetiva com relação ao aborto provocado pela própria gestante ou por terceiras pessoas.

Ora, se a gestante já estava determinada a provocar o aborto quando foi acolhida pelo serviço de saúde e, apesar da intervenção, da assistência e da orientação dos profissionais do programa de redução de riscos e danos, prosseguiu com o seu propósito inicial e chegou efetivamente a interromper a gestação, pessoalmente ou por terceira pessoa, é evidente que a atuação daqueles agentes de saúde pode ser suprimida hipoteticamente, ou seja, *in mente*, sem que o resultado (aborto) seja eliminado.

Lembre-se de que os profissionais do programa de redução de riscos e danos, nos termos da proposta em comento, devem assistir as gestantes, em apertada síntese, (1) orientando-as quanto aos riscos jurídicos e sanitários decorrentes de um aborto inseguro e criminoso, (2) informando-as sobre as alternativas ao aborto (possibilidade da entrega do filho para adoção, por exemplo) e, ainda, (3) oferecendo-lhes assistência médica, psicológica e social para o caso de decisão consciente pelo prosseguimento da gestação.

É verdade que os profissionais do respectivo serviço também poderão oferecer à gestante a antibioticoterapia e, ainda, a assistência posterior à prática do abortamento, mas essas providências somente deverão ser adotadas caso a gestante insista em provocar o aborto, depois de esgotados todos os meios tendentes a desestimulá-la a praticar tal conduta. Portanto, se a gestante, mesmo depois de receber as necessárias orientações e a devida assistência médica, jurídica, social e psicológica, persistir na idéia inicial e praticar o abortamento inseguro e ilícito, pessoalmente ou por terceira pessoa, é evidente que a conduta dos profissionais de saúde não poderá ser considerada causa do resultado abortivo, mesmo porque esse resultado teria ocorrido ainda que aquelas orientações e a assistência não tivessem

sido fornecidas. Como se vê, ocorrido o abortamento, a conduta dos profissionais que atuaram no programa de redução de riscos e danos pode ser eliminada mentalmente sem que o resultado abortivo seja suprimido.

Decididamente, a conduta desses profissionais jamais poderá ser considerada causa objetiva do resultado abortivo, o que exclui a possibilidade de sua responsabilização criminal como partícipes do abortamento.

E mesmo que os profissionais do programa informem as gestantes sobre os vários métodos utilizados para a prática do aborto ilícito, esclarecendo-as sobre a potencialidade lesiva e os riscos, maiores e menores, de cada um deles, o que efetivamente deverá ocorrer, não se pode falar em participação objetivamente relevante daqueles profissionais sanitários, ainda que a gestante opte por um método menos inseguro. Ora, *mutatis mutandis*, se o educador fornece orientações aos jovens quanto aos riscos e danos do uso de drogas, informando-os sobre a potencialidade diferenciada de diversos tipos de entorpecentes, essa conduta do educador não o torna partícipe do consumo posterior, e muito menos do tráfico de drogas, ainda que os orientados optem por uma droga menos lesiva depois de devidamente esclarecidos.

E também não há falar em participação criminosa em razão do fornecimento de antibioticoterapia preventiva para a gestante recalcitrante, ou seja, para a gestante que, apesar das orientações recebidas, persiste na vontade de provocar o aborto ou de consentir que outrem lho provoque. Com efeito, fornecer ou prescrever antibióticos para a gestante antes da realização do abortamento ilícito, de forma exclusivamente preventiva, visando unicamente à redução de riscos e danos para a saúde da mulher, não implica participação dos profissionais de saúde no abortamento praticado. Basta aplicar novamente o procedimento hipotético de eliminação de Thyrén: provocado o aborto, se o fornecimento de antibiótico for excluído mentalmente, o resultado não será eliminado; assim, a antibioticoterapia preventiva não pode ser considerada causa objetiva do resultado; e, em conseqüência, os profissionais de saúde não podem ser considerados partícipes

do abortamento ilícito por terem ministrado ou feito a prescrição de antibióticos ou de qualquer outro medicamento destinado a garantir a saúde da mulher e que não tenha contribuído objetivamente para o resultado (aborto).

É verdade que, se a gestante ainda não estiver totalmente determinada a praticar o abortamento e sentir-se estimulada em razão do fornecimento ou do oferecimento da antibioticoterapia, será possível falar em participação criminosa, pois essa conduta dos agentes sanitários seria, nessa hipótese, causa do resultado, não podendo ser eliminada mentalmente do processo causal do aborto. Todavia, como está absolutamente claro na proposta de redução de riscos e danos em exame, e conforme acima já ficou consignado, os profissionais de saúde que assistirem a gestante somente deverão oferecer a antibioticoterapia se frustradas todas as tentativas de demovê-la da idéia inicial que a empolgava, ou seja, se a gestante continuar absolutamente decidida a praticar a interrupção da gestação, apesar de todas as orientações e recomendações recebidas. Ora, depois de fornecidas todas as orientações e esclarecimentos, se a gestante continuar determinada plenamente a praticar o abortamento, não se pode dizer que o mero oferecimento da antibioticoterapia reforçou a sua vontade nem que chegou a estimulá-la ao ato. É evidente e inegável ser impossível reforçar uma vontade já plenamente formada e não se pode estimular alguém a fazer algo quando esse alguém já está completamente determinado a agir. Logo, não haverá participação criminosa dos profissionais sanitários que oferecerem ou fornecerem a terapia preventiva medicamentosa à gestante decidida a provocar o aborto.

Aliás, nesse particular, é preciso lembrar que a instigação, que é uma das formas de participação moral no crime, ocorre quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, animando-o, estimulando-o, reforçando uma idéia já existente, como se lançasse lenha a uma fogueira crepitante. Instigação, no dizer de Damásio, "é ato de incitar, reforçar ou estimular a preexistente resolução delituosa".[39]

39. Op. cit., p. 426

Mas, como lembra Bitencourt, para que a instigação fique caracterizada, "é necessária uma influência no processo de formação de vontade".[40] Assim, se a antibioticoterapia apenas for oferecida ou fornecida depois da formação plena da vontade da gestante, não se pode falar em influência no processo de formação de sua vontade.

Por outro lado, é evidente que serão partícipes do abortamento criminoso os profissionais de saúde que indicarem alguém para provocar o aborto ou que fornecerem, por exemplo, a substância abortiva ou o instrumento utilizado para a interrupção da gestação, porque, nesses casos, haverá relevância causal objetiva, ou seja, porque nesses casos a conduta daqueles profissionais não poderá ser eliminada hipoteticamente do processo causal sem que haja prejuízo para a ocorrência do resultado. Mas, como ficou esclarecido acima, de acordo com o programa preventivo proposto, é defeso aos profissionais desse projeto de redução de riscos e danos fazer qualquer indicação de pessoa ou instituição que possa realizar o abortamento, bem como é proibido o fornecimento de substâncias abortivas ou de quaisquer instrumentos hábeis para a prática da conduta ilícita.

Como se vê, a idealização desse projeto de redução de riscos e danos foi motivada por um profundo respeito à mulher e aos seus direitos, que inclusive estão metidos a rol entre os direitos humanos.[41] Mas, na elaboração do respectivo programa, que deve ser implantado de acordo com o ordenamento jurídico vigente, houve também a preocupação de não possibilitar aos profissionais de saúde a prática de condutas passíveis de serem consideradas ilícitas ou mesmo criminosas diante da atual legislação penal.

Decididamente, a assistência prestada à gestante "antes" do abortamento, nos termos do programa em referência, não pode ser considerada criminosa.

40. Op. cit., p. 445.

41. V. notas 7 e 8: Direito à assistência à saúde, especialmente no âmbito da saúde sexual e reprodutiva; direito à dignidade; direito de não ser submetida a constrangimentos e a tratamentos cruéis; direito à vida; direito à integridade física e psíquica, etc.

E é evidente que também não há nenhuma possibilidade de se considerar criminosa a assistência "posterior", pois, como é óbvio, não se pode participar de um crime depois de sua consumação. Aliás, lembre-se do exemplo elucidativo daquela criança que foi convidada a participar da festa de aniversário de um amigo, mas que, enganando-se quanto à data do evento festivo, chegou ao local da festa no dia posterior, quando a festa já havia obviamente terminado. Ora, é evidente que ninguém pode participar de uma festa depois que a festa já está encerrada. Decididamente, ninguém pode participar de um crime depois que o crime já está consumado. Eis um dogma jurídico-penal: o *post factum* é impunível. Aliás, os serviços públicos atualmente já prestam assistência às mulheres que praticaram o abortamento voluntário, ainda que ilícito, sem que jamais tenha havido qualquer questionamento sobre a licitude ou legalidade dessa assistência, a qual inclusive é normalmente suportada pelos recursos do sistema público de saúde.

É verdade que a antecedente promessa de ajuda ao criminoso pode até caracterizar participação no crime, mas apenas e tão-somente quando tal promessa contribuir para a decisão do criminoso. Com efeito, a promessa de ajuda material ou moral ao executor, a qual seria efetivada após o cometimento do crime, pode dar-lhe motivos de impulso, pode animá-lo a realizar a empreitada, como adverte Damásio.[42] Todavia, mais uma vez é preciso lembrar que, de acordo com o projeto de redução de riscos e danos em estudo, os profissionais de saúde somente oferecerão às gestantes a assistência posterior se elas estiverem absolutamente determinadas à prática do abortamento e depois de esgotadas todas as demais condutas de assistência e orientação, as quais, ainda que indiretamente, tenderão a demover as gestantes da idéia inicial de interromper a gestação de forma ilícita e insegura. Como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, "a promessa prévia de uma ajuda posterior para a consumação do crime é atípica, salvo quando a promessa de

42. Op. cit., p. 426.

ajuda tenha influenciado o autor",[43] o que, então, poderia caracterizar a instigação, mas, se a instigação tem por resultado o convencimento do autor à realização do fato, "quando o autor já está decidido a realizá-lo não pode haver instigação".[44] É preciso repetir: quando o autor já está decidido a realizar a conduta criminosa, não se pode falar em instigação. Assim, a promessa de assistência posterior à gestante recalcitrante, quando ela já está decidida a provocar o aborto, não pode ser considerada como fator de reforço de sua motivação nem como estímulo ao ânimo abortivo persistente, mas apenas como medida preventiva, de *ultima ratio*, adotada para evitar os dramáticos, certos e iminentes riscos decorrentes do abortamento inseguro.

Por derradeiro, quanto à relevância causal objetiva da participação, devo fazer uma observação para demonstrar a importância desse requisito. Como ensinam os juristas em uníssono, ainda que alguém tenha a intenção de participar da prática de um crime, a sua conduta não será considerada criminosa se não tiver relevância causal, ou seja, se puder ser excluída mentalmente do processo causal do resultado pelo procedimento hipotético de eliminação. E para que essa última afirmação seja compreendida integralmente, desvelando de forma definitiva a importância e a imprescindibilidade do requisito em menção, invoco um exemplo citado por Greco, o qual evidencia a necessidade da relevância causal objetiva para a caracterização da participação criminosa: querendo participar de um homicídio, uma pessoa fornece um revólver ao homicida, mas este mata a vítima com golpes de faca, não utilizando o revólver recebido; nesse caso, embora aquela pessoa tenha querido participar do homicídio, não será partícipe do crime, porque a sua conduta de fornecer o revólver não teve relevância causal objetiva e pode ser mentalmente eliminada sem qualquer prejuízo para a ocorrência do resultado, morte da vítima.[45] Com efeito, como

43. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal*, p. 698.

44. Op. cit., p. 695.

45. Op. cit., p. 458.

também lembra Bitencourt, "a conduta típica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo comportamento constitui 'participação', pois precisa ter 'eficácia causal', provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal. Assim, no exemplo daquele que, querendo participar de um homicídio, empresta uma arma de fogo ao executor, que não a utiliza e tampouco se sente estimulado ou encorajado com tal empréstimo a executar o delito, aquele não pode ser tido como partícipe pela simples e singela razão de que o seu comportamento foi irrelevante, isto é, sem qualquer eficácia causal".[46]

Como se vê, a relevância causal objetiva, verificada pelo procedimento hipotético de eliminação de condutas, é tão imprescindível para a caracterização da participação criminosa que há de prevalecer inclusive sobre a intenção daquele que pretende participar, mas que não realiza nenhum ato objetivamente relevante para a consumação do resultado.

Seja como for, o importante é que não há participação criminosa sem o requisito da relevância causal objetiva e, à evidência, esse requisito não ficará caracterizado diante da conduta assistencial dos profissionais do programa de redução de riscos e danos examinado neste estudo. Aliás, Bitencourt afirma que "a mera ciência, a assistência, ou mesmo a concordância psicológica para o evento, sem que a pessoa concorra com uma causa, difere da instigação e não é punida".[47]

Definitivamente, não será possível falar em participação criminosa no abortamento quando os profissionais de saúde prestarem assistência à gestante, exatamente de acordo com a proposta em exame, pois, juridicamente, pelo processo de eliminação de Thirén, não terão dado causa ao resultado e, assim, jamais ficará caracterizada a relevância causal objetiva.

46. Op. cit., p. 434.
47. Op. cit., p. 444.

5.2 *Da não caracterização do requisito do liame subjetivo*

Para a caracterização da participação criminosa, além do requisito objetivo da relevância causal, é indispensável, também, a presença do requisito subjetivo, ou seja, o elemento psicológico, tão imprescindível quanto aquele. Com efeito, como ensina Hungria, "para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem".[48] Assim, como afirma Frederico Marques, "não basta que a conduta seja *conditio sine qua non* do fato delituoso, para surgir a sua punibilidade: exige-se ainda a cooperação voluntária e consciente e um nexo psicológico com a ação típica do delinqüente principal. (...). Ao lado, pois, do elemento objetivo, que é o vínculo de causalidade, deve existir o elemento subjetivo, que é a vontade de cooperar no crime".[49] Decididamente, portanto, como asseveram Zaffaroni e Pierangeli, "em seu aspecto interno, a participação requer o dolo de contribuir para um injusto doloso".[50] Como se vê, no dizer de Bitencourt, além do requisito objetivo, "é indispensável a presença, ao mesmo tempo, de um elemento subjetivo, a vontade e a consciência de participar da obra comum".[51] É o que também afirma Mirabete: "somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas conseqüências da ação".[52] E não se olvide, ainda, o ensinamento de Damásio, lembrando Carrara, segundo o qual "concorre ao delito com *vontade* e com *ação* todo aquele que, além de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém

48. Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, p. 553.
49. Op. cit., p. 408.
50. Op. cit., p. 691.
51. Op. cit., p. 434.
52. Op. cit., p. 229.

pessoalmente em algum dos atos que constituem o seu elemento material. Assim, exige-se o vínculo subjetivo (vontade de contribuir para o crime)".[53]

Portanto, para que fique caracterizada a participação criminosa na interrupção ilícita da gestação, também é imprescindível, como acima ficou consignado, que haja, além da relevância causal objetiva das condutas, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de concorrer para a execução do abortamento.

Ora, como está absolutamente nítido na apresentação do programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro proposto, os profissionais que nesse programa atuarem deverão agir exclusivamente visando à garantia dos direitos da gestante, sem qualquer vontade de concorrer para a prática da interrupção da gestação. Os profissionais do programa em menção não agirão com dolo de abortamento, não indicarão profissionais para a realização do aborto, não fornecerão substâncias abortivas e não estimularão as gestantes a praticar o abortamento, antes estarão desestimulando a prática abortiva mediante a devida orientação. Aliás, os profissionais desse programa farão inclusive a indicação de alternativas ao aborto, apresentando às gestantes, por exemplo, a possibilidade de prosseguimento da gestação até o seu termo final, com a devida assistência médica e psicológica, para que elas possam entregar os filhos para a adoção depois do nascimento.

Assim, esses profissionais, atuando nos limites do programa em estudo e de acordo com as suas finalidades de prevenção e redução de riscos, ao fornecerem assistência médica, psicológica, social e jurídica às gestantes, não estarão aderindo à vontade das gestantes assistidas, não estarão agindo para participar de uma obra comum e não serão partícipes do eventual aborto provocado.

É evidente que, diante da conduta assistencial dos profissionais do serviço de saúde, que apenas cumprirão a sua obrigação de assistir as gestantes, não se pode falar em vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem, nem em vontade de cooperar com a prática de um crime, nem em dolo de contribuir para um injusto doloso, nem em adesão voluntária à atividade criminosa de outrem

53. Op. cit., p. 421.

visando à realização de um fim comum, nem em desejo de violação de qualquer direito. E, assim, inquestionavelmente, se não é possível falar na caracterização do indispensável elemento psicológico (dolo), não haverá nenhum liame subjetivo entre a conduta daqueles que praticarem o abortamento ilícito e a conduta dos profissionais de saúde que atuarem no projeto de redução de riscos e danos.

Como se vê, os profissionais do programa de redução de riscos e danos em exame não serão considerados partícipes dos eventuais abortamentos ilícitos praticados, porque não se pode falar em relevância causal de sua conduta (requisito objetivo da participação), nem em dolo (vontade livre e consciente) de abortamento, o que afasta totalmente o imprescindível liame subjetivo (requisito psicológico da participação).

6. Da impossibilidade de participação por omissão

Diante da impossibilidade jurídica da caracterização da participação criminosa dos profissionais de saúde no programa em comento, em face de sua ação assistencial, conforme ficou esclarecido nos itens anteriores, seria possível então responsabilizá-los criminalmente por omissão, ou seja, por não terem noticiado às autoridades a intenção abortiva da gestante assistida ou mesmo por não terem denunciado a prática do aborto quando realizarem o atendimento posterior?

Não.

É que simplesmente os profissionais de saúde não têm nenhuma obrigação de denunciar as gestantes que manifestam intenção de provocar o aborto e não podem noticiar a prática do abortamento quando são procurados para a assistência posterior.

Aliás, de acordo com o disposto no art. 154 do CP, a violação de segredo profissional constitui crime.[54]

54. Art. 154 do CP: Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Almada e Rovira, manifestando-se a respeito do segredo médico, especialmente no programa de assistência para redução de riscos e danos do abortamento inseguro adotado pelo Uruguai, afirmaram que "el apego al principio de confidencialidad es un pilar básico del fundamento médico-legal de las iniciativas médicas contra el aborto provocado em condiciones de riesgo. El secreto médico es uma categoria ético-jurídica esencial en la atividad médica y en la relación médico-paciente, con una muy fuerte presencia desde la antigüedad (Juramento Hipocrático) hasta el presente. Constituye, a la vez, un derecho y una obligación de los médicos".[55]

E não se diga, porque descabido, que a elementar normativa "sem justa causa", contida no referido tipo penal, estaria a autorizar a revelação do segredo médico para noticiar às autoridades a prática do abortamento criminoso. É que, embora seja juridicamente admitida a revelação de um segredo médico para que seja noticiada a prática de um crime de ação penal pública incondicionada, que é o caso do crime de aborto, a verdade é que essa comunicação de crime não poderá ser feita se a gestante paciente for exposta a procedimento criminal. Com efeito, como ensina Delmanto quanto à tipificação do crime de revelação de segredo, "no exercício da medicina, prevê a legislação penal, como justa causa, a comunicação (...) de crimes de ação pública incondicionada, mas, quanto a estes, desde que a comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal (LCP art. 66, II[56])".[57]

55. RODRÍGUEZ ALMADA, H. Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales. In: BRIOZZO, Leonel. Coord. *Iniciativas sanitárias contra el aborto provocado em condiciones de riesgo*: aspectos clínicos, epidemiológicos, médico-legales, bioéticos y jurídicos. Montevideo; SMU, 2002:109-115.

56. Art. 66 da Lei das Contravenções Penais: Deixar de comunicar à autoridade competente: (...) II – crime de ação pública, de que tenha conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal. [Dec.-lei 3.688/41]

57. Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto. *Código Penal comentado*, p. 308.

Definitivamente, não será possível falar em participação dos profissionais de saúde que derem assistência à gestante no programa em estudo, nem "antes" nem "depois" da prática do abortamento, nem por ação nem por omissão.

7. Da inexistência de tipicidade conglobante, por falta da antinormatividade

Como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, "o tipo penal é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal".[61] É por isso que toda vez que uma conduta humana se amolda a um tipo penal contraria a norma que está anteposta ao tipo legal e afeta o bem jurídico eleito para a tutela penal.

Assim, quando uma pessoa provoca um aborto, realizando um dos tipos previstos nos arts. 124, 125 ou 126 do CP, atinge a normatividade do respectivo tipo, contraria a norma proibitiva contida nesses tipos penais ("não provocarás o aborto") e afeta o bem jurídico tutelado (vida do feto).

Isso significa, no dizer de Zaffaroni e Pierangeli, que "a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa" e essa antinormatividade "não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo penal, mas requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta e que deu origem ao tipo legal".[62]

O oficial de justiça que recebe uma ordem judicial para invadir a residência de um devedor e realizar o seqüestro de um bem de propriedade desse devedor, ou mesmo uma simples penhora, não pode estar violando qualquer norma penal, ainda que, aparentemente, a sua conduta esteja tipificada nos arts. 150 (violação de domi-

61. Op. cit., p. 458.

62. Op. cit., p. 458.

cílio)[63] e 155 (furto) do CP. Na realidade, como tem o oficial de justiça o dever legal de praticar aquelas condutas, máxime diante de uma ordem judicial que o obriga, não há falar em antinormatividade (contrariedade à norma), pois "não podemos admitir que, na ordem normativa, uma norma ordene o que a outra proíbe".[64]

Com efeito, "uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra proíbe, deixa de ser ordem e de ser normativa, tornando-se uma desordem arbitrária. As normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grande quantidade, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *omnium contra omnes*)".[65] Uma norma não pode proibir exatamente o que outra norma ordena e, em conseqüência, o tipo penal não pode conter uma norma proibitiva destinada a coibir a prática de uma conduta que é ordenada por outra norma. É por isso que o juízo de tipificação das condutas não se satisfaz com a tipicidade legal, mas exige, sim, a caracterização de uma tipicidade conglobante, "consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa".[66]

Se, em caso de guerra, um carrasco matar alguém, cumprindo o seu dever de executar a pena capital aplicada a um determinado criminoso devidamente condenado,[67] não estará praticando uma conduta que possa ser tipificada no art.

63. Art. 150 do CP: Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

64. Zaffaroni e Pierangeli, op. cit., p. 460.

65. Zaffaroni e Pierangeli, op. cit., p. 460.

66. Zaffaroni e Pierangeli, op. cit., p. 461.

67. A Constituição Federal Brasileira proíbe, em princípio, a aplicação da pena de morte, mas admite a pena capital, por exceção, em caso de guerra, nos termos da parte final da letra *a* do seu art. 5.º, XLVII.

121 do CP, por evidente falta de tipicidade conglobante, ou seja, por falta de antinormatividade. Ou seja, o tipo do art. 121 do CP contém uma norma anteposta que proíbe matar alguém, mas que não proíbe o carrasco de matar alguém no cumprimento de seu dever, legalmente estabelecido, consistente em executar a pena capital aplicada.

Ora, diante da existência de normas previstas expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados, garantindo às mulheres assistência médica e psicológica, especialmente no âmbito de sua saúde sexual e reprodutiva, o Estado, por seus agentes de saúde, tem o dever de prestar assistência à gestante, máxime quando ela está exposta aos gravíssimos riscos e danos de um abortamento inseguro.[68]

Em conseqüência, os profissionais de saúde que prestarem assistência à gestante, atuando no programa preventivo em comento, estarão cumprindo o seu dever legal e constitucional de garantir o direito da mulher àquela assistência, o que afasta qualquer possibilidade lógica de estarem praticando uma conduta antinormativa, ou seja, típica de acordo com o conceito de tipo conglobante.

Não se pode admitir que uma ordem jurídica contenha uma norma determinando a assistência à saúde, inclusive no âmbito constitucional dos direitos fundamentais, e, simultaneamente, outra norma, de natureza infraconstitucional, que a proíba. Assim, quando os profissionais de saúde estiverem cumprindo o seu dever de assistir as gestantes no programa em comento, não estarão violando a antinormatividade contida em nenhum tipo penal, por absoluta falta de tipicidade conglobante. É por isso que não haverá nenhuma possibilidade jurídica de se afirmar a prática de condutas criminosas, nem por ação nem por omissão, quando os profissionais de saúde se limitarem a prestar assistência às gestantes nos limites gizados pelo programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro ora em análise, mesmo porque estarão eles cumprindo um dever imposto pela ordem jurídica.

68. V. notas 7 e 8. Assistência plena à saúde: direito da mulher e dever do Estado.

Aliás, manifestando-se sobre o programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro adotado pelo Uruguai, Maria Teresa Rotondo, da Comissão de Bioética do Sindicato Médico daquele país, afirmou que, ao prestar assistência à gestante, antes ou depois do abortamento, "no significa que estoy induciendo o colaborando con un delito, sino que estoy actuando como lo obliga el deber profesional."[69] E, realmente, como dispõe o art. 23, III do CP, não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal.

8. Da conclusão. A implantação do serviço de redução de riscos e danos do aborto inseguro é um dever do Estado

É verdade que, no Brasil, o abortamento não é criminoso, posto que típico, em duas hipóteses previstas expressamente no art. 128 do CP, a saber: (1) abortamento necessário, quando não há outra forma de salvar a vida da gestante; e (2) abortamento ético ou sentimental, quando a gestação foi causada por estupro.[70]

E também é verdade que, por decisões judiciais, o abortamento também está sendo autorizado no Brasil nos casos de malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, com fundamento no sistema jurídico e, em especial, com embasamento nos dispositivos internacionais de direitos humanos.

Mas, à evidência, a descriminalização do abortamento, nas duas hipóteses legais mencionadas e na terceira hipótese admitida judicialmente, está muito longe de resolver o imenso problema do abortamento inseguro.

Aliás, embora seja um direito[71] consagrado pelas normas de direitos humanos incorporadas ao sistema de garantias constitucionais, as mulheres no Brasil

69. BRIOZZO, Leonel (coord). *Iniciativas sanitárias contra el aborto provocado em condiciones de riesgo*: aspectos clínicos, epidemiológicos, médico-legales, bioéticos y jurídicos. Montevideo; SMU, 2002.

70. V. nota 22.

71. José Henrique Rodrigues Torres, O aborto como direito; v. também *United Nations General Assembly*. Programme of Action of the International Conference on Population and

não conseguem exercer esse seu direito à interrupção da gestação nem mesmo nesses casos de abortamento não criminoso, pois, apesar do grande esforço que tem sido feito nesta última década, ainda são poucos, proporcionalmente, os hospitais públicos brasileiros que prestam assistência às gestantes para provocar o aborto não criminoso de forma digna e segura.

E não se olvide que normas internacionais de direitos humanos proclamam expressamente que constitui direito da mulher e dever do Estado a prática do abortamento nos casos de opção da mulher pelo abortamento não criminoso.[72]

É por isso que a FIGO (Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia) afirma, em suas recomendações, que às mulheres deve ser assegurado o direito de acesso ao aborto provocado por médicos capacitados e que os serviços de saúde têm a obrigação de garantir as melhores e mais seguras condições para a prática do aborto.[73]

Entretanto, induvidosamente, aquelas duas hipóteses legais de aborto não criminoso são absolutamente insuficientes para o enfrentamento do problema em menção, pois, ao não contemplar as causas sociais e econômicas, bem como o aborto

Developement. New York: United Nations, 1994: "Os direitos sexuais e reprodutivos, como parte integral dos direitos humanos, implicam o direito à interrupção da gestação nos casos legalmente autorizados pelo sistema jurídico". V. também, art. 196 da CF/88.

72. Opção pelo aborto não criminoso: "Às mulheres que optam pelo abortamento não criminoso devem ser garantidas todas as condições para a sua prática de forma segura e deve ser proporcionado a essas mulheres um tratamento humano e a devida orientação" e "os sistemas de saúde devem capacitar e equipar as pessoas que prestam serviços de saúde e tomar outras medidas para assegurar que o aborto se realize em condições adequadas e seja acessível. Medidas adicionais devem ser tomadas para salvaguardar a saúde da mulher nos casos de opção pelo abortamento não criminoso" (v. parágrafo 8.25 do Programa de Ação do Cairo – Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; parágrafo 106 k da Plataforma Mundial de Ação de Pequim – 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, parágrafo 63, do Capítulo IV.C, do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e desenvolvimento – Assembléia geral Extraordinária da ONU, Cairo + 5, Nova York, 1999; parágrafo 107 i do Documento de Resultados de Pequim + 5 – Assembléia Geral Extraordinária da ONU, Pequim + 5 – Mulher 2000: Igualdade de Gênero, Desenvolvimento e Paz para o século 21, Nova York, 2000; parágrafo 63, III, do Capítulo IV, do último documento citado).

73. FIGO. Recomendações relativas ao aborto provocado por razões médicas. *Recomendações sobre temas de ética em obstetrícia e ginecologia feitas pelo Comitê para os aspectos éticos da reprodução humana e saúde da mulher*. Londres; FIGO, 2003: 223-4 (v. Leonel Briozzo, op. cit., p. 192).

a pedido da mulher diante de uma gestação indesejada,[74] a legislação brasileira ignorou essas duas razões mais freqüentes para o recurso ao aborto. É por isso que a incidência de abortos, clandestinos e extremamente inseguros, continua muito elevada, enquanto milhares de mulheres, pobres em especial, continuam morrendo ou suportando as terríveis conseqüências do aborto clandestino, sob a constante ameaça da espada de Dâmocles da acusação e do julgamento criminal.[75]

A questão não pode e não deve ser reduzida ao embate discursivo e maniqueísta daqueles que, diante do tema aborto, muita vez embasados em argumentos fundamentalistas, são "contra" ou "a favor". Não é essa a questão. É esta: o abortamento é um gravíssimo problema de saúde pública e deve ser enfrentado fora do âmbito das políticas repressivas, excludentes, fortalecedoras da violência e reprodutoras de dor e sofrimento, ou seja, deve ser enfrentado exclusivamente no âmbito das políticas públicas de saúde, com fomento à educação sexual e reprodutiva e com o acesso pleno e informado aos meios anticonceptivos. O abortamento, seja qual for a sua natureza, não é um evento desejável. É evidente que todos os esforços devem ser feitos para evitar a gravidez indesejada e para garantir às mulheres o livre exercício de sua sexualidade sem que jamais se vejam na situação constrangedora da opção pelo aborto diante da inexistência de outras alternativas. E é necessário afirmar e repetir, em alto e bom som, que o abortamento é um problema de saúde pública e que, por isso, a mantença de sua criminalização tem sido um brutal e inexcedível equívoco.

A tipificação do abortamento tem sido apenas um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, constitui um mero instrumental simbólico

74. "La mayoria de las veces las mujeres no deciden cuándo quedar embarazada. La falla de los métodos anticonceptivos, la violencia sexual, el rechazo de la familia, del compañero, la persecución laboral que genera un embarazo (sobretodo en las mujeres más desposeídas), así como la falta real de posibilidades de alternativas como ayuda económica, casas cuna, etcétera, hace que muchas mujeres opten por el aborto provocado, y cuando estas mujeres son de un medio socioeconómico deficitario, arriesgarán sus vidas en el intento" (Leonel Briozzo, op. cit., p. 191).

75. *Mortalidade materna e direitos humanos*. As mulheres e o direito de viver livre e morte materna evitável. Advocaci – advocacia cidadã pelos direitos humanos. *O drama do aborto*, p. 66.

da ideologia patriarcal, não tem sido eficaz para a proteção da vida dos fetos e está sendo mantida com um enorme custo social, acarretando às mulheres terríveis seqüelas e morte.[76] Além disso, a criminalização do abortamento contraria de modo flagrante os princípios jurídicos e democráticos da idoneidade, da subsidiariedade e da racionalidade, bem como as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico, nem para impor uma determinada concepção moral, nem para punir condutas freqüentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população.[77]

Portanto, o Brasil precisa, urgentemente, acompanhar aqueles países que, curvando-se diante dessa inexorável e dramática situação produtora de tantos riscos e danos, descriminalizaram o abortamento a pedido da mulher,[78] como já foi feito na Alemanha, na Lituânia, na Escócia, na Holanda, na Dinamarca, na Suécia, na Letônia, na Eslovênia, na Áustria, na República Checa, na Eslováquia, na Bulgária, na Romênia, na Grécia, na Hungria, na Itália, na Bélgica, na França, no

76. "Son las mujeres más desposeídas, de los países con legislación restrictiva, las que realmente arriesgan su vida en la práctica del aborto. Estas mujeres sufren una sumatoria de exclusiones: exclusión por vivir en países donde esta práctica es de riesgo; exclusión socioeconómica, por ser las mujeres más pobres; en fin, exclusión de género ya que en esos países es donde es mayor la desigualdad entre el género masculino y femenino" (Leonel Briozzo, op. cit., p. 191).

77. Segundo Maria Lucia Karan, dentre os princípios de criminalização, podem ser destacados: "(...); o princípio da idoneidade, que impõe a prévia demonstração de que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social; o princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia comprovação de que não existem outras alternativas que não a criminalização, para controlar determinado fato; e o princípio da racionalidade, que exige que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização. Também se devem mencionar alguns dos critérios sugeridos pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo de descriminalização: não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral; não criminalizar para fazer crer que com isso se solucionou um problema, ou como forma de provocar catarse social em situações de especial comoção (...); não criminalizar comportamentos demasiadamente freqüentes ou aceitos por parte significativa da população (...)". Sistema penal e direitos das mulheres, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9, p. 152 e 153.

78. Aborto em debate. *Jornal Courrier Internacional*, n. 97, Portugal, 15.02.2007, p. 8-15.

Reino Unido e até mesmo em Portugal, que, recentemente, em referendo popular, reconheceu que não se pune o abortamento impunemente.[79]

Mas, enquanto esse ideal não é atingido, é preciso pelo menos adotar medidas eficazes e seguras para evitar os riscos e os danos que a criminalização do abortamento está acarretando às mulheres e a toda a sociedade brasileira.

Urge seja implantado um programa preventivo de redução de riscos e danos do abortamento inseguro, de forma segura e lícita, para assegurar às mulheres o direito à assistência plena a sua saúde.

Não podemos mais aceitar que entre nós persista essa situação dramática, que está acarretando tanto sofrimento e tantas mortes, como se a história repetisse, a cada ano, o episódio das "Torres Gêmeas", que enlutou a humanidade certamente, mas que não produziu tantas mortes e tanto sofrimento como o abortamento inseguro tem produzido em todo o mundo, inclusive no Brasil, todos os anos.

9. Bibliografia

Aborto em debate. *Jornal Courrier Internacional*, n. 97, Portugal, 15.02.2007.

79. No aborto provocado em condições sanitárias seguras, como ocorre nos países que não criminalizaram o abortamento, muito raramente acontece a morte materna por essa causa. Nesses países, o índice de morte materna em razão do abortamento é menor que o índice de morte materna no transcorrer da gestação e no parto. A morte materna causada pelo abortamento é um problema de saúde pública e morte materna apenas nos países que criminalizam tal prática. As complicações causadas pelo abortamento são praticamente desconhecidas nos países que descriminalizaram a prática do aborto. Quanto mais restritivas são as leis relativas ao aborto, maiores são as complicações decorrentes de sua prática e maiores são as possibilidades de morte materna. (*World health organization*. Maternal health and safe motherhood programme. Abortion: a tabulation of available data on the frequency and mortality of unsafe abortion. 2nd ed. Geneva: WHO, 1997; *Coverage of maternal care*: a listing of available information. Geneva: WHO, 1997; e *Maternal health around the world*. (Poster). *Coverage of maternal care*: a listing of available information. 4th ed. Geneve: WHO, 1997. *O drama do aborto*, p. 95). Ademais, ao contrário do que se tem afirmado, está comprovado que a introdução de legislações liberais, acompanhada da implantação de serviços específicos de atenção à saúde da mulher, tem produzido o efeito de diminuir os casos de abortamento, como ocorre na França e na Itália, por exemplo (Benagiano G., Pêra A. *Decreasing the need for abortion*: challenges and constraints. Int. J. Gynaecol Obstet 2000; 70(01): 35-48). v. Leonel Briozzo, op. cit., p. 190 e 192. *O drama do aborto*, p. 23.

ADVOCACI. *Mortalidade materna e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Edições Advocaci, 2005.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BARCELATTO, José. FAUNDES, Aníbal. *O drama do aborto, em busca de um consenso.* Campinas: Komedi, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* Parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRIOZZO, Leonel. *Aborto provocado*: un problema humano. Perspectivas para su analísis – Estratégias para su reducción. *Revista Médica del Uruguay*, v. 19, n. 3, p. 188 usque 200, Montevideo: Sindicato Médico del Uruguay, 2003.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito penal.* v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal comentado.* São Paulo: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão.* Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal.* v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

GALEOTTI, Giulia. *História do aborto.* Lisboa: Edições 70, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* Parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. *Papel social, jurídico e político da magistratura.* Rio de Janeiro: LUAM Ed., 1994.

_____. Sistema penal de direitos das mulheres. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 9, São Paulo: Revista do Tribunais, 1995.

_____. Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto. *Revista Discursos Sediciosos* – Crime, direito e sociedade, n. 14, ano 9, 1º e 2º semestres. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 167 *usque* 179.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.

PENICHE, Andréa. *Elas somos nós.* O direito ao aborto como reivindicação democrática cristã. Porto: Edições Afrontamento, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, José Henrique Rodrigues, O aborto como direito. Toques de saúde – Aborto, *Publicação Cunhã* – Coletivo de Mulheres, n. 4, p. 6.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro.* Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Dominio por organización. Estado de la discusión

Kai Ambos

Institut für Kriminalwissenschaften/Institute for Criminal Law & Justice. Abteilung ausländisches und internationales Strafrecht/Dept. for Foreign and International Criminal Law. Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und internationales Strafrecht/Chair for Criminal Law, Criminal Procedure, Comparative Law and International Criminal Law Georg August Universität Göttingen Platz der Göttinger Sieben 6.

Sumário: 1. Introducción – 2. Dominio por organización *versus* libertad del hombre de adelante – 3. Sobre la delimitación entre autoría mediata y coautoría según niveles de jerarquía – 4. Una vez mas: el criterio de la desvinculación del derecho – 5. Conclusión – 6. Bibliografia.

Resumen: El articulo analiza las últimas contribuciones a la teoría del dominio de hecho en virtud de aparatos organizados de poder. A la luz de ciertas criticas contra esta teoría el articulo trato de darla una mejor fundamentación (II.). Además, trata de mejor delimitar la autoría mediata y la coautoría según niveles de jerarquía en los casos relevantes de macrocriminalidad (III.). Finalmente, el autor de nuevo tratar de fundamentar su rechazo del criterio de desvinculación del derecho (IV.).

Palabras-claves: Autoría mediata – Dominio de hecho – Aparatos organizados de poder – Macrocriminalidad – Desvinculación del derecho.

Abstract: The paper analises the last contributions on the theory of control of the act on the basis of a hierarchical organization. In the light of certain criticism the author tries to give a more convincing foundation of this theory (II.). In addition, he tries to better delimitated indirect and co-perpetration in cases of macrocriminality along the lines of hierarchical structures (III.). Finally, the author tries again to explain his rejection of the criterion of "Rechtsgelöstheit" (IV.).

Keywords: Perpertration by means – Indirect perpetration – Control of the act – Organized apparatus of power – Macrocriminality.

Área do Direito: Penal

1. Introducción[1]

El estado de la discusión sobre de la teoría del dominio por organización y su importancia para la fundamentación de la autoría mediata en el caso de acciones criminales estatales ya fue analizado en otro lugar.[2] Desde ese momento han aparecido numerosas posturas que seguidamente deberán ser analizadas.

En una extensa contribución, *Roxin*[3] ha retomado nuevamente los usuales argumentos en contra de su teoría y ha intentado refutarlos. En ese lugar él ha rechazado también mi crítica al criterio de la desvinculación del derecho. *Figueiredo Dias*[4] se ha adherido a su opinión. *Küpper*,[5] *Muñoz Conde*[6] y en el resultado también *Heine*,[7] *Rogall*,[8] *Vest*[9] y *Schlösser*[10] reconocen igualmente el dominio por organización para el

1. Publicado originalmente en *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin (Duncker und Humblot), 2. ed. 2004, § 18 II. 3. c), pp. 590 y ss. Traducción de Ezequiel Malarino. El título original fue modificado.

2. Cfr. *Ambos*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1998, 226 ss. (1998). Ver también *Ambos/Grammer*, RP 12 (2003), 27 (29 ss.).

3. *Roxin*, Festschrift (FS) Grünwald (1999), p. 549 ss.; ver también *el mismo*, Allgemeiner Teil ("AT") II (2003), § 25 nm. 105 ss. (113 ss.).

4. *Figueiredo Dias*, en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), p. 99 ss. (103 s.)

5. *Küpper*, GA 1998, 523 ss.

6. *Muñoz Conde*, en: Ferré/Anarte (editores) Delincuencia (1999), p. 151 ss. (153 s.); *el mismo*, RP 6 (2000), 104 ss. FS Roxin (2001), p. 609 ss. (sobre este autor también infra, punto cc)).

7. *Heine*, Juristenzeitung (JZ) 2000, 924 s., quien propone, desde luego diferenciando, una "responsabilidad por autoría para el *injusto originario de sistema o de organización*" (925, resaltado en el original); cfr. también Schönke/Schröder (S/S)-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 25a.

8. *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 424 ss., quien sin embargo comparte en algunos puntos la crítica de Herzberg (al respecto infra).

9. *Vest*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 2001, 492 ss.; *el mismo*, Genozid (2002), p. 30, 236 ss., 359 ss.

10. *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004); *el mismo*, Tatherrschaft (2004). Sobre su modelo del dominio social del hecho *(soziale Tatherrschaft)* cfr. ya *Ambos*, Parte general (2005), p. 164 con nota 154 (en este libro en el texto sobre "Imputación (objetiva) y dpi" en nota 153).

ámbito que aquí interesa de la criminalidad del Estado.[11] Por el contrario, son críticas las posiciones de *Freund*,[12] *Rotsch*,[13] *Renzikowski*,[14] *Hoyer*[15] y sobre todo *Herzberg*,[16] quien abandona por completo el dominio por organización.[17] En la doctrina española –junto a *Muñoz Conde*– se han de indicar especialmente *Gimbernat*,[18] *Hernández Plasencia*[19] y más recientemente *Faraldo Cabana*.[20]

Freund reconoce en principio la responsabilidad en calidad de autor del hombre de atrás en las organizaciones formales, pero la fundamenta con base en una responsabilidad general por la esfera de organización y en la "responsabilidad especial" de allí resultante. Una argumentación de este tipo es poco satisfactoria hasta tanto no se proporcione una definición más precisa de esta responsabilidad por la esfera de organización y una delimitación de las esferas de responsabilidad.[21]

En su más reciente toma de posición *Herzberg* emprende una crítica esencial al "dualismo fundamental en el entendimiento del dominio del hecho"[22]

11. También *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I (2004), § 12, nm. 65 ss.

12. *Freund*, AT (1998) §10, nm. 90 ss., 102 s.

13. *Rotsch*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1998, 492 s.; *el mismo*, Zeitschrift für Wirtschafts – und Steuerstrafrecht (wistra) 1999, 327: "sumamente dudoso"; *el mismo*, ZStW 2000, 518 ss.

14. *Renzikowski*, Täterschaft (1997), p. 87 ss., quien con base en su "principio de autonomía" rechaza la posibilidad de un dominio por organización, afirmando una inducción; en contra *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 665 s.

15. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)-*Hoyer* (2000), § 25, nm. 90 s.; cfr. infra en el texto por la nota 147.

16. *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 33 ss.

17. *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 132 ss., 154, 235 s., 241, quien, por un lado, rechaza la teoría del dominio por organización en el ámbito que aquí interesa y con ello también en el caso por él investigado de la responsabilidad del empresario, pero, por el otro, propone un *tipo* de "autoría por organización" con el cual, en el resultado, se debe alcanzar una responsabilidad por autoría cuando el autor "para la comisión de un delito utiliza una organización que funciona regularmente". Con razón, rechazando una autoría mediata por omisión *sobre la base del dominio por organización*, *Brammsen*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 140 ss. (143).

18. *Gimbernat*, Autor (1966), p. 174 ss. (187 ss.).

19. *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 257 ss. (273 ss.).

20. *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004).

21. Crít. respecto de *Freund* también *Schünemann*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), Dogmatik (1995), p. 51 ss.; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 96 ss., 126 s.

22. *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 40.

y propone remplazar el punto de vista "fáctico naturalista" de un "dominio por control" por un "dominio por responsabilidad" normativo. En este sentido afirma inequívocamente: "El intento de determinar la autoría por medio de un poder real de control debe abandonarse totalmente"[23] Con ello debería también abandonarse la idea del dominio por organización, cuyos criterios de la desvinculación del derecho y de la fungibilidad no serían convincentes.[24] A causa del punto de vista puramente fáctico, la "implementación práctica (...) del dominio por organización" acabaría "en la arbitrariedad"; según *Herzberg* sería dudoso que la teoría a causa de su "contradictoriedad interna y de la discrecionalidad de muchas decisiones" pueda ser en realidad "científicamente utilizable".[25] Por estos motivos, quien dan las órdenes en organizaciones formales sólo podrían ser penados como inductores.

"Hitler, Himmler y Honecker no han cometido los delitos de homicidio que ellos ordenaron como autores, sino que los han provocado como inductores. Pues, entre la orden y el resultado se intercalaba la comisión dolosa y autoresponsable de otro, es decir, del asesino u homicida que como autores individuales o coautores actuaban al fin y al cabo (...) con propia responsabilidad (...)".[26]

La delimitación entre autoría mediata e inducción debería determinarse, por tanto, únicamente desde el punto de vista normativo según "que entre la orden y el resultado delictivo se intercale un delito responsable y doloso de otro".[27] Esto habría de aceptarse en cuanto decisión legislativa –a pesar de la "convicción intuitiva" contraria que en general existe–;[28] la dogmatica tendría que ser al respecto "neutral".[29]

23. Idem, p. 48.
24. Idem, p. 36 s., 37 ss. Sobre estos argumentos cfr. infra II y IV.
25. Idem, p. 59 s.
26. Idem, p. 48.
27. Idem, p. 51.
28. Idem, p. 48.
29. Idem, p. 53.

De modo similar a *Herzberg*, también *Rotsch*[30] ha rechazado recientemente los criterios de la fungibilidad –por falta de concreta intercambiabilidad del ejecutor– y de la desvinculación del derecho.[31] Una extensión de la teoría a las personas jurídicas fracasaría ya por la falta de estructura jerárquica de éstas.[32] En favor de esta teoría existirían únicamente argumentos de política criminal, los cuales sin embargo conducirían a inconvenientes dogmáticos intolerables. Por ello, en definitiva, sólo entraría en consideración una inducción.[33]

Gimbernat analiza el caso Eichmann y niega su dominio del hecho.[34] Como autores (directos) sólo entrarían en consideración los ejecutores del hecho, pues ellos poseerían una mayor energía criminal que los hombres de atrás.[35] Éstos podrían ser sólo inductores[36] y los intermediarios que transmiten sus órdenes criminales sólo cómplices.[37] Un intermediario *à la Eichmann*, situado en el nivel de jerarquía alto o medio, podría ser autor (por inducción) sólo si cambiase la orden recibida, provocando en los ejecutores del hecho un exceso desde el punto de vista del vértice de la organización. Si bien *Gimbernat* no considera satisfactoria su solución, sólo ve una mejor *de lege ferenda* con un tipo independiente de genocidio.[38]

Hernández Plasencia rechaza la solución de la inducción de *Gimbernat*, porque faltaría la relación (directa) –necesaria para la inducción– entre el hombre

30. *Rotsch*, ZStW 2000, 518 ss.

31. Cfr. sobre la fungibilidad, *Rotsch*, ZStW 2000, 526 ss. (528), 536, 552, 561; sobre la desvinculación del derecho idem, 533 ss., 561.

32. *Rotsch*, ZStW 2000, 532 s., 556, 561; asimismo *Heine*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 104.

33. *Rotsch*, ZStW 2000, 561 s.

34. *Gimbernat*, Autor (1966), p. 187.

35. Idem, p. 188 s.

36. Idem, p. 189, 192.

37. Idem, p. 191 s., 193.

38. Idem, p. 193.

de atrás y el ejecutor del hecho.[39] Por lo demás, el hombre de atrás sólo podría tener un dominio del hecho negativo, así que también fracasaría una autoría mediata o una coautoría. En su lugar, él recurre a la figura de la cooperación necesaria –por lo demás muy criticada en la doctrina española– para fundamentar la responsabilidad de los hombres de atrás.[40] Sobre su crítica a la teoría del dominio por organización se volverá en lo siguiente.

Recientemente, *Faraldo Cabana* en su profunda investigación sobre la "responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" expone ampliamente el estado de la discusión en jurisprudencia y doctrina,[41] y discute detalladamente las posiciones contrarias a la doctrina del dominio por organización.[42] Especial atención merecen sus consideraciones sobre los aparatos organizados de poder;[43] al respecto *Faraldo Cabana* realiza una diferenciación entre organizaciones estatales y para-estatales (mafiosas y terroristas) e investiga respecto de las primeras especialmente su implicación en la guerra sucia.[44] En definitiva, también *Faraldo Cabana* sigue en lo esencial la doctrina del dominio por organización de *Roxin*; por tal razón, se volverá sobre sus reflexiones en lo siguiente.

A pesar de la acertada crítica de *Herzberg* y *Rotsch* a los criterios de la fungibilidad y de la desvinculación del derecho, de los cuales se ocupará enseguida, el completo abandono de una autoría mediata en virtud del dominio por organización va demasiado lejos en los casos que aquí interesan de criminalidad provocada y organizada por el Estado. La "convicción intuitiva" de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no

39. *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 272 s.

40. En favor de una cooperación necesaria o una inducción en estos casos, *López Peregrín*, Complicidad (1997), p. 403 ss. (405).

41. *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 25 ss., 88 ss.

42. Idem., p. 128 ss.

43. Idem, p. 195 ss.

44. Idem, p. 230 ss.

puede ser dejada de lado, sin más, con los argumentos "normativos" alegados por Herzberg. Pues ella se funda en la incomparabilidad, arraigada en los hechos, de la conducta del organizador y de quien ordena la comisión de crímenes de masa respecto de aquella de un mero inductor a cometer determinados hechos. La acertada crítica de que no es satisfactoria una mera fundamentación fáctica-instrumental del dominio por organización no debe llevar –en este sentido se le ha de dar la razón a *Roxin*– a que las "grandes diferencias" en la conducta criminal que existen fácticamente sean "allanadas simplificándolas normativamente".[45] Con otras palabras: la deficiente fundamentación de una figura jurídica, entretanto generalmente reconocida –también fuera de Alemania[46]–, que según el sentimiento jurídico general comprende adecuadamente una conducta delictiva –o, en todo caso, de modo más adecuado que la alternativa de la inducción– no debe conducir al abandono de la figura reconocida en favor de la alternativa ya "intuitivamente" menos convincente. Por el contrario, la figura jurídica generalmente reconocida debe ser asegurada y fundamentada mejor normativamente, aceptando también la limitación de su ámbito de aplicación. Además, precisamente desde el punto de vista normativo tampoco la autoría mediata y la inducción pueden ser plenamente equiparadas. Esto se muestra especialmente –pero no sólo– en la punibilidad de la tentativa de autoría mediata y en la impunidad –en principio– de la tentativa de inducción. *Herzberg*[47] reconoce esto, pero argumenta que con ello sólo se ex-

45. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 555. En el resultado, también *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 427.

46. Cfr., por un lado, la jurisprudencia argentina y chilena (p. 234 ss., 241 vers. al.; *Ambos*, Dominio [1998], p. 39 ss.; *Faraldo Cabana*, Responsabilidad [2004], p. 32 ss.; a favor de una aplicación de la teoría en el caso de la desaparecida alemana Elisabeth Käsemann *Ambos/Grammer*, RP 12 (2003), 27 ss.) y, por el otro, los nuevos Códigos Penales, especialmente el art. 33 apartado 3 del *CP ruso* (1996) –punibilidad separada del "organizador"–, pero también el art. 18, § 1 del *CP polaco* (1997) –autoría por la conducción o estimulación del hecho. Por el contrario, el *CP croata* (1998) ha abolido la figura del organizador; sin embargo, ha incorporado una norma idéntica al § 25 (1), StGB, de modo que la teoría del dominio por organización puede obtener por medio de ella importancia práctica.

47. *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 49 s.

presaría la accesoriedad de la inducción. Sin embargo, este argumento no elimina la diferencia normativa. Por el contrario, la muestra aún con mayor nitidez, pues el vínculo de la inducción con el hecho principal manifiesta la *dependencia* de la participación frente a la *independencia* de la autoría.[48]

Con la siguiente exposición no se trata por tanto de "abandonar" –tanto debemos anticipar ya en este lugar– la teoría del dominio por organización, sino de una crítica constructiva, con la cual se debe colaborar a su perfeccionamiento y mejor fundamentación teórica.[49] Al respecto, las posturas mencionadas dan motivo para someter tres aspectos a un examen más profundo. Por un lado, todavía no ha sido explicado satisfactoriamente cómo la plena responsabilidad y libertad del hombre de adelante puede ser superada a través del dominio de una organización (*sub* aa)). Además, relacionado con esto, se plantea el interrogante de si todo aquel que interviene en un aparato de organización impartiendo órdenes de realizar conductas delictivas puede realmente ejercitar tal dominio de la organización (*sub* bb)).[50] Por último, se debe tomar posición nuevamente respecto del criterio de la desvinculación del derecho, especialmente de las réplicas de *Roxin* y *Figueiredo Dias* (*sub* cc)) a las críticas a este criterio.

2. Dominio por organización *versus* libertad del hombre de adelante

La teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la *fungibilidad*. Puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes. Así,

48. En idem, p. 52 El mismo *Herzberg* expresa algo sorprendente: "La relevancia práctica de la decisión en favor o en contra de la autoría mediata es mayor de lo que a primera vista parece".

49. Al respecto, persisto con mi posición originaria (GA 1998, 234. Dominio [1998], p. 32): "Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción [la de Roxin] como punto de partida".

50. Así, *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 248.

decía hace poco el antiguo dictador chileno *Pinochet* en relación con sus órdenes al antiguo jefe del servicio secreto chileno Manuel *Contreras*:

"(...) there are many things I ordered him to do, but which things? I had to exercise power. But I could never say that I was actually running DINA. [They] were under the orders, under the supervision of all of the junta, the four members of the junta ... And I would like you to understand the following. The chief of the army always asks 'What are you going to do?' The question of *'How'*, 'How am I going to do it?' is a question for the chief of intelligence rather than the Chief of the Army. This is what civilians (...) don't understand."[51]

No interesa por consiguiente tanto el "cómo" de la ejecución de la orden cuando el "si" está asegurado. En todo caso, el hombre de atrás podrá confiar en que *alguna* persona cumplirá sus órdenes criminales. La automaticidad del aparato fudamenta el dominio sobre la ejecución directa del hecho y, así parece, también sobre los ejecutores directos. La "autoría secundaria" de éstos es indiferente desde el punto de vista moral.[52] La elocuente fundamentación por *Roxin* del criterio de la fungibilidad posee una contundencia tal, que hace resultar inconsecuentes incluso a los defensores de una teoría del dominio del hecho centrada esencialmente en la autonomía de la persona que actúa. Así, *M.-K. Meyer*[53] intenta llegar a una *falta* de libertad de acción relativa del ejecutor, argumentando "que los motivos de inhibición no surgen, porque la eventual negación de una persona determinada a ejecutar el hecho no perjudica el homicidio por cualquier otro". La realización de la resolución a cometer el hecho funcionaría como un causalismo natural no sólo por la previa autovinculación del ejecutor directo, sino a causa de la exclusión de motivos de inhibición en la situación de actuar. Aunque *Meyer* se quiera

51. Interview, *Daily Telegraph*, London, 19.07.1999, caso Pinochet.

52. Cfr. *Soeffner*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 28: Quien actúa en organizaciones formales percibiría su propia conducta ni como algo bueno, ni como algo malo. "Puede someterse a criterios de valoración funcionales, dirigidos a un fin, pero no morales" (refiriéndose a *Zygmunt Bauman*).

53. *Meyer*, Autonomie (1984), p. 102.

aferrar a un principio de responsabilidad estricto[54] y recurra a puntos de vista relacionados con la coacción,[55] siendo, por tanto, su concepción de la autonomía contradictoria,[56] queda la impresión, sin embargo, de la fuerza persuasiva de la concepción de *Roxin*.

Esta argumentación también pone de manifiesto, desde luego, que la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización se encuentra en la *validez del criterio de la fungibilidad*. Pues, si se parte de que el hombre de atrás que domina la organización no puede confiar más en que sus órdenes serán cumplidas por quienquiera que fuese, fracasaría su dominio del hecho por esa inseguridad concretizada en la libertad del hombre de adelante. Entonces, un dominio del hecho tan sólo se podría fundamentar con la ayuda del dominio por coacción o por error, lo que presupone sin embargo algo más que el mero dominio del aparato, esto es, el dominio *concreto* del hombre de adelante. Por otra parte, de la dependencia del dominio por organización del criterio de la fungibilidad se sigue que tal dominio no existe sólo si se puede contradecir en el caso concreto la intercambiabilidad del ejecutor. Aquí se trata, ante todo, de un puro problema empírico, esto es, de si realmente en todos los casos de comisión de un hecho por medio de un aparato organizado de poder se puede partir de la fungibilidad del ejecutor directo. Como es sabido, esto ya ha sido negado por *Schroeder*[57] advirtiendo sobre la posible especialización del ejecutor. También los casos recientes de macrocriminalidad estatal, especialmente el caso Pinochet, muestran que un aparato de represión moderno

54. Idem, p. 108: seguiría vigente el contenido material del principio "quien actúa libre y con dolo no podría ser instrumento de otro".

55. Idem, p. 105 s.

56. Cfr. la acertada crítica de *Renzikowski*, Täterschaft (1997), p. 89, nm. 154.

57. *Schroeder*, Täter (1965), p. 168; *el mismo*, Juristische Rundschau (JR) 1995, 178; asimismo *Freund*, AT (1998), § 10, nm. 92. Resumiendo las posturas críticas a la fungibilidad *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 88 ss.

no puede funcionar sin "especialistas".[58] A *Schroeder* se le puede objetar solamente que por lo general las reservas de especialistas son lo suficientemente grandes como para permitir intercambiar sin demora al ejecutor que se niega a realizar el hecho. Desde luego, abstractamente esto no se puede rebatir, como tampoco se puede probar lo contrario. De todos modos, ello tampoco tiene importancia, pues la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de *un* caso contrario, anulando con ello la idoneidad del criterio para fundamentar el dominio por organización en *todos los casos posibles*.

A esto se añade que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto. Por ejemplo, si un guardia de frontera o una entera patrulla se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría impedir la fuga de *ese* fugitivo. Si esta fuga tuviera éxito, entonces se negaría el dominio del hecho del vértice de la organización. También *Herzberg*[59] comparte esta crítica a la fungibilidad al constatar respecto de los guardias de frontera con relación a un caso concreto:

"La orden no habría sido cumplida por nadie y G se habría evadido si los dos soldados de frontera se hubieran comportado decentemente y hubieran obedecido al llamamiento del derecho en lugar de a la orden homicida. El hecho de si con el homicidio de G, quien ya había escalado el muro, se alcanzaba la meta

58. Piénsese, por ejemplo, solamente a la utilización de las técnicas de tortura chilenas, a las cuales se ha hecho referencia en repetidas ocasiones en los documentos de la investigación española en el proceso contra Pinochet (cfr. *Ahlbrecht/Ambos* [editores], Pinochet [1999], p. 54 ss. y passim).

59. *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37 ss.; crít. también *Murmann*, GA 1996, 273, a quien se remite expresamente *Herzberg*; *Renzikowski*, Täterbegriff (1997), p. 89; *Rotsch*, NStZ 1998, 493; *el mismo*, wistra 1999, 327; *el mismo*, ZStW 2000, 526 ss. (528), 536, 552, 561; SK-*Hoyer* (2000), § 25, nm. 90; *Brammsen*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 142; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 132 s.; *Heine*, JZ 2000, 925; *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 425 s.; Para un análisis concreto también *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 275.

delictiva de los acusados, dependia de la decisión de ambos individuos para quienes se actualizaba la orden de disparar en vista de la huida de G. Su fungibilidad, su intercambiabilidad claramente no existía."[60]

Del mismo modo, tampoco el muchas veces citado agente secreto *Stachynski* era en cuanto a la comisión *concreta* del hecho, sin más, una ruedecilla intercambiable en el engranaje del aparato de poder soviético.[61] Ello, pues si él se hubiese negado a ejecutar el encargo homicida, los agentes de remplazo habrían llegado al lugar en todo caso más tarde y quizás demasiado tarde, de modo que la víctima habría escapado a la muerte. Similarmente se puede pensar en un ejecutor directo que se niega a utilizar la tortura para forzar una declaración, aunque ésta haya sido ordenada por la autoridad superior. El dominio del hecho por parte del vértice de la organización en virtud de su aparato de poder sólo estaría dado en la situación concreta del hecho si la tortura hubiera podido ser comenzada o continuada por otros ejecutores. Por más que en este caso se pueda partir con mayor facilidad que en el caso de los guardias de frontera de una fungibilidad concreta –y justamente por ello este caso es especial y no típico–, él pone también de manifiesto que el dominio del curso *concreto* del suceso sólo puede ser afirmado en presencia de una fungibilidad *inmediata*. Estos ejemplos se podrían continuar a voluntad. Ellos dejan en claro que la fungibilidad en la situación *concreta* del hecho sólo rara vez estará presente y que existen buenos argumentos para negarla ya desde un punto de vista empírico.

En los casos de la responsabilidad de los intervinientes en el delito que no pertencen al vértice directo de la organización, por ejemplo los "autores de escritorio" *à la Eichmann*, la problemática del criterio de la fungibilidad se muestra aún más claramente. Si tales personas son realmente imprescindibles para la realización del plan total de exterminio, no se podría partir de *su* fungibilidad en relación con sus superiores. Por tanto, aquí se está de frente a un doble problema: Por un lado,

60. *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37 s.

61. Asimismo, ya *Jakobs*, AT (1993), 21/103, nm. 190; también *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38.

se necesita también de la fungibilidad de estas personas para poder fundamentar el dominio por organización del verdadero vértice de la organización; pero, por el otro, la afirmación de su fungibilidad se opondría a la posibilidad de su dominio por organización y, con ello, de su autoría mediata. Una argumentación similar se puede sostener respecto de *Höß*, comandante del campo de concentración de Auschwitz.[62] También él podía decidir sobre la vida o la muerte de miles de personas, sirviéndose para ello del personal del campo a sus órdenes. Sin embargo, también aquí mucho habla en favor de una precisa división de las tareas dentro del campo y, por ello, en contra de una fácil intercambiabilidad de los ejecutores directos en la situación concreta del hecho. Aquí se hace notar de manera recriminatoria que la teoría del dominio por organización hasta el momento no ha delimitado claramente según esferas de responsabilidad y niveles de jerarquía, es decir, no ha explicado satisfactoriamente hasta qué nivel de mando se puede realmente suponer un dominio de la organización. Sobre este aspecto se volverá más adelante.[63]

De todo esto se sigue que el vértice de la organización sólo podrá estar seguro de que el aparato *como tal* continuará trabajando (de alguna forma) y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un ejecutor entretanto intercambiado. Por tanto, una fungibilidad no es posible por lo general simultáneamente, sino sólo *sucesivamente*.[64] En palabras de *Hernández Plasencia*: "la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás".[65] Con ello, la fungibilidad–notablemente relativizada– se transforma en una "exigencia de movilidad personal": "El dominio por organización está sujeto a que la orden de cometer un delito se dé en una jerarquía, la cual en caso de una negativa *declarada a tiempo* tenga *normalmente* a disposición enseguida un

62. Cfr. también *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38 s.

63. Infra, III.

64. Acertadamente *Jakobs*, AT (1993), 21/103, nm. 190; también *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38.

65. *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 275.

hombre de remplazo".[66] En todo caso se puede decir que el hombre de adelante aumenta el riesgo de la producción del resultado en el sentido de una "fungibilidad incompleta" o abstracta[67] y que el dominio por organización se convierte, así, en un "dominio de las causas de remplazo".[68] Pero una fungibilidad tan debilitada no puede servir más –o por lo menos por sí sóla– para fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás que emite la orden. Por consiguiente, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo ya desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización.

La otra objeción, realizada por *Murmann*, basada en la expectativa normativa frente al hombre de adelante, no es más necesaria para demostrar la fragilidad de la fundamentación del dominio por organización por medio de la fungibilidad.[69] Sin embargo, su concepción teórica, que he rechazado anteriormente en razón de haber partido de un punto de vista fáctico-instrumental,[70] puede proporcionar una fundamentación del dominio del hecho que va más allá del mero dominio instrumental del hecho, ayudando a superar, por consecuencia, el déficit empírico de fundamentación que se ha constatado. Este autor transporta, en definitiva, la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho, sirviéndose de un concepto material de libertad.[71] Así, el Estado aparece –en cuanto garante

66. *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 58 s.

67. Heine, JZ 2000, 925.

68. SK-*Hoyer* (2000), § 25, nm. 90. Para un concepto más amplio de la fungibilidad también *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 206, 236.

69. Cfr. al respecto *Murmann*, GA 1996, 273 s.

70. *Ambos*, GA 1998, 230 s.; aprob. mi posición en este sentido *Rotsch*, wistra 1999, 327, quien sin embargo critica, con razón, que mi posición "sigue sin explicar la posibilidad de la libre responsabilidad en el *hombre de adelante*" (resaltado en el original). Similar ya *Rotsch*, NStZ 1998, 493.

71. Cfr. *Murmann*, Nebentäterschaft (1993), p. 160 ss. (181 s.); *el mismo*, GA, 1996, 275 ss. (278 remitiéndose a *Jakobs* en la nota 42). La concepción de *Murmann* se funda en la teoría de la libertad de *Zaczyk* (Unrecht [1989], p. 128 ss. [1939], 194 ss.), la que, por su parte, se basa en *Kant* y *Fichte*. Según esto, el fundamento del derecho residiría en un reconocimiento mutuo de los individuos como personas autónomas con uso de razón. La *relación de reconocimiento*, que al mismo tiempo sería una relación jurídica, estaría constituida por conductas mutuas práctica-

de los derechos fundamentales y debido a su deber de protección de allí resultante– como especial *obligado* frente a los ciudadanos y posee frente a ellos un *poder de lesión* especial. El estado lesiona su deber de protección con la orden antijurídica al ejecutor de lesionar a una determinada persona.

La relación de dependencia entre ciudadano y Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. También aquí el garante sería responsable porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante.

En el caso de una orden estatal antijurídica, la dependencia –también normativa– del ciudadano respecto del Estado fundamenta también el *dominio del hecho* de éste. Este dominio es ejercitado por el Estado al impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por tanto, se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre Estado y ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí. El dominio del hecho del Estado, más precisamente, el dominio del hecho del vértice de la organización estatal se presenta como un *"dominio sobre la cualidad de la relación"*,[72] esto es, de la *relación de reconocimiento* entre el Estado y sus ciudadanos.[73] Lo importante en *esta* relación es el deber especial del Estado frente al ciudadano derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación de los ciudadanos entre sí

mente correctas y, de este modo, se realizaría la libertad de todos (p. 165, 193, 326). Frente a este trasfondo, el injusto consumado sería "la opresión realizada de la libertad concreta reconocida por la comunidad jurídica, en tanto se encuentren afectados bienes jurídicos del individuo o de la sociedad". A través de ello se personalizaría que el individuo lesiona la libertad del otro o de los otros como titulares de los bienes jurídicos respectivos y así abandonaría la relación mutua de igualdad para determinar por sí solo (subjetivamente) lo general (p. 326 s.). Esta posición se diferencia, sin embargo, de la originaria teoría del reconocimiento individual, por cuanto con ésta se trataría del reconocimiento de la norma por el individuo, mientras que *Zaczyk* se funda en el reconocimiento mutuo de los individuos entre sí (cfr. con más detalles *Krüger*, Versuchsbeginn [1994], p. 153 ss., con otras referencias; sobre la teoría del reconocimiento kantiana también *Bielefeldt*, Philosophie [1998], p. 158 ss.).

72. *Murmann*, Nebentäterschaft (1993), p. 181; *el mismo*, GA 1996, 276.

73. *Murmann*, Nebentäterschaft (1993), p. 168 ss.

–aquí: entre el autor que ejecuta la orden y la víctima– lo que interesa es su lesión por medio de la injerencia directa en la libertad ajena. Por consecuencia, ambas relaciones jurídicas son lesionadas. Pues, si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, entonces no se puede atener solamente a la relación entre el vértice de la organización y el ejecutor, sino que también la víctima debe ser tenida en consideración –por medio de la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí–. La obligación especial del Estado frente al ciudadano –que lo obliga a protegerlo y le prohibe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación– proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad ya por motivos empíricos. De este modo, no se abandona la teoría del dominio del hecho, sino que ella es asegurada normativamente. No es relevante en este contexto –y, por ello, pueden ser obviadas en este lugar mayores consideraciones– la cuestión de si la posición de deber especial del Estado y su dominio sobre la relación de reconocimiento excluyen un dominio por organización en el marco de organizaciones (criminales) no estatales.[74]

La fundamentación normativa expuesta no remplaza sin embargo al punto de vista fáctico, sino que lo complementa. Pues, del mismo modo que un punto de vista meramente fáctico no puede explicar convincentemente un dominio por organización, tampoco el punto de vista normativizante basado en una fundamentación normativa es idóneo por sí sólo para comprobar una situación de dominio por organización. Esto se pone de manifiesto en un método práctico orientado a casos, tal como el que se sigue en este trabajo. Así se expresa, por ejemplo, en el auto de procesamiento del juez instructor Baltasar *Garzón* del 10 de diciembre de 1998 en la investigación preliminar 19/97 contra *Pinochet*:

"Al frente de todo este organigrama del terror se encuentra presuntamente Augusto Pinochet Ugarte, que si bien no participa en la ejecución material [de

74. Así, *Murmann*, GA, 1996, 278 ss.

propia mano] de los hechos sí idea el plan y lo financia con cargo a los fondos públicos del propio Estado [...]

La presunta participación de Augusto Pinochet como inductor está clara [...];

a) es directa y se ejerce sobre personas determinadas.

Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con *dominio absoluto del hecho*, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA;

(...)

g) es *seguida de la* ejecución del delito convenido [...].

Augusto Pinochet, en su papel de Director del plan delictivo provisionalmente establecido desarrolla [...] toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeñan los respectivos "roles o papeles" que han asumido y en los que resultan difícilmente sustituibles de acuerdo con la "teoría de los bienes escasos". En efecto, los miembros de la Junta de Gobierno, los mandos militares implicados, en especial los de los Servicios de Inteligencia o aquellos que cumplieran las ordenes en inmediata relación de jerarquía, difícilmente pueden escapar a la conceptuación de coautores. Pero, desde luego, tal calificación es ineludible para Augusto Pinochet Ugarte (...)".[75]

Con prescindencia de la dudosa apreciación jurídica, basada evidentemente en la "teoría de los bienes escasos" de *Gimbernat*,[76] que en definitiva –si se quiere

75. En: *Ahlbrecht/Ambos* (editores), Pinochet (1999), p. 136 s. (las notas al pie han sido omitidas y el resaltado agregado).

76. *Gimbernat*, Autor (1966), pp. 151 y ss., 194 y ss. Ver también, *Ambos*, Parte general (2005), p. 180 con nota 58.

solucionar la contradicción de una inducción y una coautoría que operan al mismo tiempo– acaba en una inducción en coautoría, el pasaje citado pone de manifiesto que a una apreciación jurídica correcta debe preceder un análisis fáctico de las relaciones de intervención al hecho. Las constataciones fácticas constituyen la base de la apreciación jurídica y esta obviedad –que vale en general– habla decisivamente en favor de un punto de vista preferentemente fáctico, que luego, dado el caso, se deberá completar y asegurar con una fundamentación normativa. En cuanto a la misma responsabilidad jurídicopenal de *Pinochet*, que aquí sin embargo no es de mayor importancia y a falta de constataciones fácticas más precisas sólo puede ser juzgada provisionalmente, de los pasajes citados se pueden deducir absolutamente argumentos para la fundamentación de una autoría mediata con base en el dominio de la organización: *Pinochet* no sólo habría impartido órdenes criminales, sino a veces incluso habría controlado "con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa" del crimen. Los crímenes acordados habrían sido, sin más, ejecutados y *Pinochet* habría sido el "conductor" del plan delictivo.

Todo esto muestra también que, precisamente, el dominio del hecho no es sólo un fenómeno jurídico o normativo, como opina *Jakobs*,[77] sino ante todo también un fenómeno fáctico. Esto se muestra con el hecho de que la fungibilidad es un criterio problemático justamente desde el punto de vista empírico. Por tal razón se necesita de la fundamentación normativa *complementaria* del dominio por organización como aquí se ha expuesto. En este sentido, la teoría del dominio por organización puede entenderse como un "*entrelazamiento*" ("Verflechtung")[78] de componentes normativos y fácticos. Desde un punto de vista *fáctico*, junto con el criterio del dominio por control, brinda un elemento para determinar la figura central del suceso. El empleo de consideraciones *normativas* permite –excepcionalmente– atribuir ese rol también a un autor de atrás del autor. De este modo, se clarifica la combinación de componentes fácticos y normativos en

77. *Jakobs*, NStZ 1995, 27.

78. *Roxin*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 55.

el sentido del mencionado entrelazamiento. En los casos problemáticos, el poder de control se reparte entre el hombre de atrás y el ejecutor material. En cuanto al ejecutor material, este poder se funda en su cercanía al hecho. En relación con el hombre de atrás que emite la orden, resulta de su influencia sobre la organización en la cual está integrado el ejecutor. Quien ordena, tiene en sus manos la organización por medio de la cual, en definitiva, es controlado mediatamente el ejecutor material. En esta influencia *in*directa sobre el ejecutor reside también una diferencia decisiva con la inducción. El poder sobre la organización de quien da las órdenes, hace al ejecutor por ello y *en tal medida* intercambiable y sin importancia.

Vale la pena enfatizar que la falta de fungibilidad *concreta*, constatada con acierto por *Herzberg*,[79] y la existencia de una fungibilidad abstracta o posterior no es un argumento idóneo –ni mucho menos decisivo– contra la teoría del dominio por organización. Sólo hace evidente que un punto de vista puramente naturalista–descriptivo en el sentido de la determinación de la figura central no puede proporcionar una solución convincente. Más bien, consideraciones normativas hacen autor a quien ordena. Su poder fáctico de control es sólo el punto de partida. Este poder tiene carácter abstracto, no es en todos los casos demostrable y por eso es considerablemente relativizado.

Así, la autoría del hombre de atrás resulta de las siguientes consideraciones normativas basadas en un modelo de imputación normativizante en el sentido explicado en otro lugar:[80] la responsabilidad por el hecho individual crece en la organización en la medida que aumenta la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del nivel de mando (punto de vista denominado *Top-down*). Esta valoración fundamental,[81] orientada a la responsabilidad, determina la solución de los casos problemáticos. Con base en esta valoración es posible considerar

79. Cfr. supra nota 138 ss. y texto.

80. Ver *Ambos*, Parte general (2005), 163 y s. (en este libro en el trabajo sobre "Imputación (objetiva) y dpi" al final); ver también *Vogel*, ZStW 114 (2002), 406 ss.

81. Cfr. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB)/*Kreß*, §220a nm. 100 con mayores referencias bibliográficas.

como autores a dirigentes como Hitler, Himmler, Honecker, Videla y Pinochet. El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas. De esta manera, el punto de vista fáctico es corregido normativamente.[82] El BGH también eligió esta argumentación al fundamentar la autoría en los casos de los disparos del muro.[83]

Con esto no se debe ver una recaída en la teoría subjetiva, sino un perfeccionamiento de la teoría de la intervención en el delito en vista de nuevas formas colectivas de criminalidad. Frente a este trasfondo, son necesarias reflexiones adicionales para determinar si la teoría del dominio por organización requiere una *independización* o por lo menos una *fundamentación autónoma*. De acuerdo al punto de vista tradicional, ella es una entre varias subformas de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad. Se la entiende como una excepción del "autor detrás del autor". Su relevancia práctica creciente ha generado, sin embargo, más y más opiniones doctrinarias que reclaman con argumentos dignos de atención una emancipación de la dogmática tradicional de la intervención en el delito, al menos en el ámbito del derecho penal internacional signado por formas de comisión colectivas. Sea como fuere, esta discusión confirma, en todo caso, que la teoría del dominio por organización es el punto de partida acertado para los casos que aquí se analizan.

Kreß[84] extrae del § 357 apartado 1 del StGB (inducción del subordinado por el superior) el punto de partida para un dominio por organización independiente. *Hilgers*[85] propone una codificación separada como tipo penal. *Heine*[86] aboga por

82. En este sentido, entendido como correctivo, *Heine* tiene razón al hablar de un abandono de la idea de la figura central del suceso (JZ 2000, p. 924).

83. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) 40, 218, 237: "En tales casos, no considerar como autor al autor de atrás, sería injusto en relación con el peso objetivo de su contribución al hecho, especialmente porque con frecuencia la responsabilidad crece y no disminuye con la mayor distancia respecto del lugar del hecho".

84. MüKo-StGB/*Kreß*, §220a, nm. 99 ss.

85. *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 241.

86. *Heine*, JZ 2000, p. 925 ss.

la consideración del injusto de la organización y del sistema originario creado con el establecimiento de un aparato de poder y compuesto de riesgos sistémicos concretos para determinados bienes jurídicos. *Vest*[87] va aún más allá y considera al aparato organizado de poder en sí mismo como la figura central del suceso típico, cuyo dominio del hecho contendría más que la suma de los dominios individuales de los intervinientes. Aquí sale a la luz un *principio de imputación del hecho total* ("Zurechungsprinzip Gesamttat"), según el cual, la organización criminal como un todo se convierte en punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho,[88] los cuales deben ser evaluados a la luz de sus repercusiones sobre el plan criminal total o en función del fin perseguido por la organización criminal. Se puede hablar de un *dominio de la organización escalonado*, en donde el dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización.[89] La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de intervención en el delito: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es, los que como *autores por conducción* ("Führungstäter") pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto pueden ser designados como *autores por organización* ("Organisationstäter"); finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros *autores ejecutivos* ("Ausführungstäter") que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal total.[90] En una dirección similar se encuentra *Schlösser* con su modelo de imputación funcional-social,[91] a

87. *Vest*, Genozid (2002), p. 236 ss.

88. Cfr. fundamentalmente *Dencker*, Kausalität (1996), p. 125 ss., 152 ss., 229, 253 ss. y *passim*; *el mismo.*, FS Lüderssen (2002), p. 525, p. 534 ss. *Vest*, Genozid (2002), p. 214 ss., 236 ss. 303, 304 ss., 359 ss. desarrolla su pensamiento especialmente en cuanto al crimen de genocidio.

89. Cfr. ya *Ambos*, GA 1998, p. 237 y sig.; aprob. *Vest*, Genozid (2002), p. 239.

90. Cfr. *Vest*, Genozid (2002), p. 29 s., 240 ss., 302.

91. *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004), p. 33 ss. (39); cfr. ya § 7 II. 7 con nota 154.

partir del cual desarrolla una doctrina del dominio social del hecho.[92] Según ésta, la falta de libertad del autor directo es derivada de su relación (subordinada) respecto del superior; éste se convierte en razón del rol institucionalizado a él asignado en "causa última de defecto". Desde un punto de vista sociológico de la organización, el motivo del sometimiento habría de verse en la inferioridad jerárquica.[93] La relación de supra y subordinación interpersonal actuaría como factor constitutivo del dominio.[94] Visto desde el punto de vista de la filosofía jurídica, la libertad en este sentido habría de entenderse siempre sólo como libertad en las relaciones interpersonales.[95]

3. Sobre la delimitación entre autoría mediata y coautoría según niveles de jerarquía

La doctrina no se ha ocupado realmente de la cuestión de hasta qué nivel de jerarquía es posible partir de un dominio por organización del provocador el hecho.[96] La jurisprudencia alemana acepta una autoría mediata en virtud del dominio de la organización, apoyándose en la teoría de *Roxin*, también respecto de acusados situados por debajo del vértice de la organización o del Estado.[97] Independientemente del poder fáctico de mando o de organización del hombre de atrás, aquí se repite como una letanía la conocida fórmula según la cual existe dominio del hecho cuando el hombre de atrás "mediante estructuras de organización aprovecha determinadas condiciones marco dentro de las cuales su contribución

92. *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004), p. 59 ss. (61).

93. Idem, 67.

94. Idem, p. 72

95. Idem, p. 73 ss. (75).

96. Crít. de todos modos *Jakobs*, AT (1993), 21/103, en la nota 190; en contra *Roxin*, Täterschaft (1994), p. 654, en donde, sin embargo, sólo repite su conocida opinión según la cual autor es todo aquel "que en el marco de una relación de jerarquía transmite la orden criminal con autónomo poder de mando". Últimamente, *Vest*, ZStW 2001, 493 s.; *el mismo*, Genozid (2002), p. 230 ss. y passim.

97. BGHSt. 42, 65. Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 2042 (p. 247 vers. al.).

al hecho desencadena procesos reglados"."[98] Según esta jurisprudencia, incluso un ciudadano alemán occidental que con su denuncia de los planes de fuga de un ciudadano de la antigua DDR causa la detención antijurídica de éste puede ser penado por privación de la libertad en autoría mediata "particularmente si el autor se aprovecha concientemente de un aparato estatal que actúa antijurídicamente para la persecución de fines personales".[99] De qué modo un simple ciudadano podría dominar un aparato estatal –además extranjero–, resta aquí, sin embargo, sin respuesta. El dominio de la organización no se supedita siquiera a la pertenencia del acusado a la organización en cuestión.[100] Sin embargo, difícilmente se podrá afirmar que el juez, el agente de seguridad o el oficial de policía que causan en concreto la detención antijurídica representan una ruedecilla en el engranaje del aparato estatal extranjero intercambiable a voluntad por el denunciante.

En este contexto también es problemático el caso Eichmann. Al respecto, *Roxin* ha partido de una autoría mediata con la fundamentación de que Eichmann no sólo habría sido ejecutor, sino simultánemente quien daba las órdenes en relación con las personas a él subordinadas, "así que, en este sentido, también valen para él los criterios que convierten en autores mediatos a sus hombres de atrás,".[101] Sin embargo, mientras la autoría de Eichmann está fuera de discusión,[102] no lo está en absoluto la clase de autoría. Como es conocido, el Tribunal de Distrito de Jerusalem ha afirmado incluso una coautoría.[103] Yo he manifestado dudas respecto del dominio del hecho de Eichmann en virtud del dominio de la organización, sin que ello me haya

98. BGHSt 40, 218 (236).

99. BGHSt 42, 275 (278).

100. Cfr., al respecto, la pertinente crítica de *Arnold*, Neue Justiz (NJ) 1999, 289 s. a la sentencia Havemann del BGH del 10 de diciembre de 1998 con la cual la teoría del dominio por organización fue implícitamente introducida en los casos de prevaricación.

101. *Roxin*, Täterschaft (2000) (249), p. 246 ss. (246); *el mismo*, GA 1963, 201 ss.

102. Cfr. *Ambos*, Parte general (2005), pp. 176, 180. De otra opinión, sin embargo, *Gimbernat*, supra, en la nota 114.

103. Cfr. Ambos, Parte general (2005), p. 184 s.

decidido finalmente a una posición opuesta.[104] Me sigue pareciendo correcta bajo todo punto de vista la tesis de que con Eichmann se ha reconocido la posibilidad de un *dominio por organización de varios niveles y que este dominio se condensa y acumula al ir aumentando el poder de decisión y la disponibilidad de los recursos personales.*[105] Frente a la expansión del dominio por organización en la jurisprudencia (federal alemana) parece necesario *diferenciar* claramente entre el vértice de la organización y los funcionarios que –aunque de alto rango– están situados por debajo de éste. Visto detenidamente no se puede negar que sólo el vértice de la organización, que regularmente está constitutido formalmente como consejo de defensa nacional, como *junta* o también como mero gobierno, puede ejercitar un dominio absoluto *por medio de* y *sobre* el aparato organizado de poder que de él depende.[106] Además, esta instancia representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales, a cuya abstención el ciudadano tiene derecho frente al Estado. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejecicio le es imputable a la conducción del Estado. Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Por el contrario, tal "perturbación" es del todo posible en un funcionario de nivel alto o medio como *Eichmann*: Sus órdenes de transportar a los judíos en los campos de concentración podrían haber sido retiradas o anuladas en todo momento por sus superiores. Del mismo modo, su poder de mando sobre los ejecutores directos podría haber sido impedido sin problemas por sus superiores, pues en última instancia los autores directos no eran responsables ante Eichmann, sino ante los vértices de la conducción del nacionalsocialismo. Lo

104. *Ambos*, GA 1998, 236 ss. = Dominio (1998), p. 34 ss.

105. Idem, 237, 238.

106. Así también *Vest*, ZStW 2001, 493 s.; en contra *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 204 s., que considera esta posición "extremadamente restrictiva" y sigue a Roxin "en el sentido de que debe ser considerado autor mediato quien, en el marco de la organización jerárquica, transmite la orden delictiva con poder de mando independiente." Sin embargo, esta posición, al igual que la jurisprudencia alemana, puede ser cuestionada, porque no explica cómo el mero hecho de poder transmitir una orden podría significar un dominio del aparato.

mismo se puede decir respecto del ya nombrado comandante de campo de las SS, *Höß*.[107] Tampoco él era "hacia abajo" el único dueño de los sucesos, ni tenía "hacia arriba" completa autonomía e independencia. La falta de dominio del hecho de los intervinientes que no pertenecen al vértice directo de la organización, pero que sin embargo poseen un alto nivel de mando resulta también de las declaraciones del ya mencionado Manuel *Contreras* que, como antiguo jefe del servicio secreto, estaba directamente subordinado a *Pinochet*:

"(...) el ejercer el Mando Pleno en una Institución Militar, no involucra ser independiente, por cuanto todos los Comandantes tienen un Mando Superior del cual dependen, al cual deben rendirle cuenta permanentemente del cumplimiento de sus misiones y de las órdenes recibidas. En mi caso particular ese era el Presidente de la República, y es por eso que digo, que yo no me mandaba solo y cualquier misión a cumplir tendría que haber venido, como siempre vino, del presidente de la República"[108]

Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan *"sin perturbación alguna"*. Según lo dicho, esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales ("los generales") que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno.

Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización *dentro* del aparato a lo sumo respecto de *sus* subordinados.[109] Ellos no

107. Cfr. ya supra nota 141 y en el texto.

108. Citado según el auto de procesamiento de la justicia española en el proceso contra Pinochet, mencionada ya supra (nota 154), en: *Ahlbrecht/Ambos* (editores), Pinochet (1999), p. 124.

109. Cfr. también *Vest*, ZStW 2001, 493 s.

dominan todo el aparato, sino a lo sumo una *parte* de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una *coautoría* fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la "solución final". Tampoco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo Höß. En este sentido, no pueden prosperar los usuales argumentos en contra de la coautoría en el marco de organizaciones formales, expuestos por último y una vez más por *Roxin*.[110]

Ante todo, tampoco en estos casos debe ser remplazado el criterio de la *resolución común a cometer el hecho*, como proponen *Jakobs* y sus discípulos, por una mera decisión de inserción (*Einpassungsentschluß*).[111] Por el contrario, se puede partir con la doctrina mayoritaria de un acuerdo de voluntades informal de los intervinientes.[112] A *Roxin* se le debe conceder, por cierto, que en caso de delitos en el marco de un aparato organizado de poder *por lo general* –¡pero esto no es siempre así!– quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente.[113] Sin embargo, ello tampoco tiene importancia, pues para un acuerdo de voluntades informal es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente.[114]

110. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 552 ss.; asimismo *Küpper*, GA 1998, 524.

111. Cfr. al respecto *Ambos*, Parte general (2005), p. 185 con nota 93.

112. Cfr. *Ambos*, Parte general (2005), p. 184 con nota 88.

113. Cfr. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 553.

114. Asimismo, *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 266: "El acuerdo común (...) puede producirse a través de actos *concluyentes*" (el resaltado es del autor).

Por otra parte, la *realización del tipo* en coautoría no se debe entender de manera estricta, como ya se ha expuesto en otro lugar,[115] en el sentido de excluir toda *acción preparatoria*. Para citar a *Roxín*: tampoco el jefe de la banda se "ensucia las manos, sino que él se sirve de los órganos ejecutivos".[116] Dominio funcional del hecho no significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo. En estos casos el actuar conjunto consiste en que el "autor de escritorio" planea, prepara y ordena la comisión del hecho y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida.[117] Se debe tener presente, además, que está en la lógica del dominio funcional del hecho que a medida que el número de intervinientes crece, las aportaciones individuales al hecho pueden resultar cada vez más pequeñas, sin que esto deba conducir a una preponderancia en los otros intervinientes.

Finalmente, en cuanto al argumento de la *diferencia estructural* entre la autoría mediata vertical y la coautoría horizontal, aunque en principio debe ser reconocida,[118] con esto sólo se indica precisamente una diferencia estructural que no permite una delimitación segura en los casos límite, tales como de los que aquí se trata. En nuestro contexto, ella es idónea como argumento en favor de una autoría mediata sólo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del hombre de atrás. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los niveles jerarquícos medios y bajos se centra en la decisión de si se está dispuesto a aceptar un *déficit de dominio* del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre

115. Cfr. *Ambos*, Parte general (2005), p. 192 y ss.

116. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 553.

117. En contra de la interpretación estricta de *Roxin*, recientemente también *Muñoz Conde*, en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), p. 155 ss., quien entre otras cosas por ello aboga en el resultado por una coautoría mediata en caso de organizaciones criminales no estatales (también *el mismo*, RP 6 [2000], 113. FS Roxin [2001], p. 622 ss.).

118. Cfr. *Ambos*, Parte general (2005), p. 193 con nota 147 y p. 196 con nota 164.

los intervinientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de la equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto. Precisamente el caso del jefe de la banda muestra que también en la coautoría puede existir una relación jerárquica entre los intervinientes.[119]

Last but not least, también la Sala de Apelaciones del ICTY en *Tadic* ha defendido la opinión de que en los casos de comisión sistemática de crímenes en un determinado contexto organizado –como los llamados casos de campos de concentración en el marco de su segunda categoría (jce II)– son responsables como coautores los organizadores o líderes responsables.[120] Aunque la Sala se haya limitado allí a delimitar la coautoría de la complicidad, dejando abierta la cuestión de la posibilidad de una autoría mediata, esta sentencia de apelación representa, sin embargo, –no sólo a causa de su efecto vinculante para la primera instancia– otro argumento importante en favor de la aceptación en estos casos de una coautoría en lugar de una autoría mediata.

4. Una vez mas: el criterio de la desvinculación del derecho

Yo he sostenido el punto de vista de que el criterio de la desvinculación del derecho, tal como fue entendido originariamente por *Roxin*, esto es, en el sentido de un aparato organizado de poder que está fuera del ordenamiento jurídico, es superfluo para la fundamentación del dominio por organización.[121]

119. Asimismo, *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 267.

120. Cfr. *Ambos*, Parte general (2005), p. 194 con nota 154.

121. Cfr. *Ambos*, GA 1998, 241 ss. (242, 245); aprob. *Rotsch*, wistra 1999, 327; probablemente también *Muñoz Conde*, RP 6 (2000), 106 s., 109 = FS Roxin (2001), p. 613 s., 617; cfr. también *Schild*, Täterschaft (1994), p. 22 s.; *Gropp*, Juristische Schulung (JuS) 1996, 16. Por el contrario, en favor de la desvinculación del derecho *Brammsen*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 142, quien ve en este criterio la única posibilidad de "concebir la forma más particular de intervención" (134) del dominio por organización "y [de] crear materialmente, con libre apoyo

También *Herzberg*[122] rechaza ahora el criterio de la desvinculación del derecho. Para él, la autoría mediata se tendría que fundamentar siempre en relación con la especificidad del delito. Lo determinante sería el dominio de la organización por medio de la fungibilidad y sería "secundario interrogar[se] aún también acerca de si los miembros de la organización no respetan el ordenamiento jurídico en su conjunto y están dispuestos a ordenar y a ejecutar todo tipo posible de delito". Una postura similar defiende también *Rotsch*.[123] Este autor señala con acierto especialmente que la fungibilidad es independiente de la desvinculación del derecho, pues el aparato tendría siempre a disposición ejecutores que no tienen ningún escrúpulo en ejecutar la orden criminal a pesar de normas jurídicas que se opongan a ello.[124]

Roxin[125] ha objetado a esto que "una desvinculación del derecho de la actividad del aparato respectivo" necesitaría "referir[se] *sólo a los hechos* incriminados cometidos en autoría mediata y no a todo el ámbito de acción de la organización". Según su opinión, yo habría negado la necesidad de la desvinculación del derecho "también en este sentido *limitado*". Esta crítica parece basarse en un malentendido, pues yo he partido de una comprensión *amplia* de la desvinculación del derecho, tomada de su libro *"Täterschaft und Tatherrschaft"* (Autoría y dominio del hecho), cuestionándome *a este respecto* sobre su sentido. Para *Roxin*, el sentido de la desvinculación del derecho

en el principio del '*versari*' y en el 'principio de la vergüenza', un fundamento en cierto modo lo suficientemente sólido" (las notas al pie han sido omitidas). Si se entiende a la desvinculación del derecho como un "desprendimiento de las normas (fundamentales) del derecho" (idem), entonces debe objetarse la crítica que se le ha hecho como "interpretación del derecho formalista-positivista". (así *Brammsen*, loc. cit., en la nota 222 en contra de mi opinión). También, según *Heine*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 103 la exigencia de la desvinculación del derecho tiene "completo sentido en vista del principio de la autoresponsabilidad" (en favor de esto probablemente también S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 25a). También *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 96 ss. (100), proponiendo distinguir entre la organización delictiva *per se* y la organización lícita en cuyo ámbito se cometen delitos sólo ocasionalmente.

122. *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 36 s.; 57, 59.

123. *Rotsch*, ZStW 2000, 533 ss., 561; ya también *el mismo*, wistra 1999, 327.

124. *Rotsch*, ZStW 2000, 535.

125. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 556 (el resaltado es del autor); aprob. *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 425.

residiría en que con ella se anularía el derecho que se opone al actuar del ejecutor y en consecuencia éste no estaría impedido a ejecutar la orden:

"Pues, mientras la dirección y los órganos de ejecución permanezcan ligados en principio a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, la orden de cometer delitos no puede operar fundamentando el dominio, porque las leyes tienen un valor normativo más alto y normalmente *excluyen* el cumplimiento de órdenes antijurídicas y *con ello el poder de voluntad del hombre de atrás*."[126]

En mi opinión, una desvinculación del derecho *entendida de este modo* no puede ser un presupuesto obligatorio del dominio por organización, porque también existen –en el ámbito de la criminalidad de Estado– aparatos organizados de poder que actúan criminalmente sin desvincularse del derecho –al menos sin desvincularse del derecho positivo, sino a lo sumo del derecho suprapositivo (derecho natural)–. Si se acepta esto –y también *Roxin* parece hacerlo– se debe diferenciar entre dos formas de desvinculación del derecho: Por un lado, una desvinculación del derecho escrito, *positivo*, que representaría el caso normal, pudiéndosela designar como desvinculación del derecho *"positivo"*. Por el otro, una desvinculación del derecho no escrito, *suprapositivo*, que sólo podría existir de modo excepcional en determinados aparatos de poder estatales y que se la puede nombrar como desvinculación del derecho *"suprapositivo"*. La desvinculación del derecho positivo conduce a dejar sin efecto normas de prohibición de derecho positivo, no pudiendo éstas, en consecuencia, impedir (más) –en el sentido de una barrera normativa– la ejecución concreta del hecho. En el caso de la desvinculación del derecho suprapositivo, el derecho positivo rige sin restricciones, y puede incluso ordenar o permitir la conducta criminal; pero el aparato organizado de poder se ha desvinculado del derecho suprapositivo, el cual es infringido por el derecho positivo y, con ello, también por la conducta criminal basada en éste. La barrera normativa para el ejecutor directo que ha de ser eliminada por la desvinculación del derecho

126. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 249 (el resaltado es del autor).

no es puesta por el derecho positivo, sino, a lo sumo, por el derecho suprapositivo. Sin embargo, esto debe ser reconocible para el ejecutor del hecho.

Pero no sólo se debe diferenciar entre desvinculación del derecho positivo y del derecho suprapositivo, sino ahora también –según la reciente toma de posición de *Roxin*– entre desvinculación del derecho *en sentido amplio* y *en sentido restringido*. Cuando *Roxin* me objeta en cuanto a la criminalidad no estatal que una autoría mediata en virtud del dominio por organización sólo entra en consideración naturalmente "si la conducta en cuestión es punible según el ordenamiento jurídico existente"[127] y si la desvinculación del derecho de un aparato de poder no estatal que actúa delictivamente no se encuentra "influenciada por la intervención de autoridades estatales en esa clase de criminalidad", entonces él parece partir de una desvinculación del derecho en sentido restringido, a saber, una desvinculación del derecho positivo específica del delito, de una desvinculación del derecho como mero actuar injusto punible.[128] En un principio *Roxin* partía, sin embargo, como ya fue expuesto,[129] de una desvinculación del derecho en sentido amplio, según la cual "el aparato en su conjunto actúa fuera del ordenamiento jurídico".[130]

Ahora bien, en cuanto concierne a la criminalidad estatal, *Roxin* considera inaceptable mi punto de vista por lo siguiente:

"Pues, cuando el Estado actúa de modo "criminal" –y este es el presupuesto para la punibilidad como autor mediato del detentador del poder– la conducta incriminada no puede estar cubierta por el "derecho positivo". Una disposición que la autorice sería necesariamente nula, si esto se deriva de una infracción contra el derecho nacional estatal de rango superior, contra acuerdos internacionales

127. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 557.

128. Similar en su réplica a *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 55: "... desvinculado de la prohibición de cometer homicidios...".

129. *Ambos*, GA 1998, 241 s.

130. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 249.

del Estado en cuestión, contra la costumbre internacional o contra los derechos humanos basados en el derecho natural". [131]

A mi objeción anterior,[132] que aquí se reitera, de que no tendría ningún sentido una comprensión de la desvinculación del derecho abstraida del derecho positivo, ya que las prohibiciones suprapositivas serían demasiado imprecisas como para poder constituir una barrera normativa a la ejecución concreta del hecho, Roxín opone ahora que no se trataría de si la desvinculación del derecho es concreta o abstracta "sino únicamente de si una acción ordenada desde el Estado es o no un injusto punible. Si es un injusto punible, entonces existe una desvinculación del derecho sin que en ello nada se 'desdibuje'".[133] Con prescindencia de que con ello *Roxin* renuncia definitivamente a la desvinculación del derecho en sentido amplio en favor de la desvinculación del derecho en sentido restringido,[134] no se trata, sin embargo, de *si* existe o no la desvinculación del derecho, sino de cómo repercute su existencia en la ejecución concreta del hecho. Es decir, si la circunstancia de que un aparato organizado de poder actúe desvinculado del derecho, repercute de tal modo en la ejecución concreta del hecho como para que las órdenes criminales sean ejecutadas sin titubear ni vacilar por el autor directo –por falta de una barrera normativa–. La diferencia entre la llamada desvinculación del derecho en sentido restringido y aquella en sentido amplio reside manifiestamente en que en aquella infracción es más clara y palpable que en ésta y, por ello, se puede hablar realmente de una barrera normativa a la ejecución de la orden que se debe eliminar. Mientras que la lesión del derecho positivo es reconocible por un ejecutor promedio o, en todo caso,

131. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 557.

132. *Ambos*, GA 1998, 244 s. Dominio (1998), p. 49 ss.

133. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 558.

134. También *Muñoz Conde*, RP 6 (2000), 106, nota 18*bis* = FS Roxin (2001), p. 612, nota 19 reconoce esta desviación de *Roxin* de su interpretación originaria. *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 425, sin embargo, la pasa por alto.

debe ser considerada reconocible –en el sentido de una ficción necesaria para el Estado–, no se puede afirmar lo mismo de ninguna manera respecto de una lesión del derecho suprapositivo. Quien quiera partir por tanto –de frente a la problemática de los francotiradores del muro de manera del todo comprensible– de una desvinculación del derecho en sentido amplio, no sólo deberá soportar la crítica general relativa a la precisión de su concepción, sino que se deberá interrogar acerca de si el derecho suprapositivo puede en verdad servir como limite normativo, para poder así ser eliminado por la desvinculación del derecho suprapositivo en sentido restringido. Desde luego, quien parte con *Roxin*[135] de "que las violaciones más graves a los derechos humanos (...) son evidentes a todo sentimiento jurídico más o menos intacto" y quiera limitar la desvinculación del derecho suprapositivo a tales violaciones a los derechos humanos, será naturalmente de esa opinión, es decir, partirá de que también el derecho suprapositivo ("¡no lesiones los derechos humanos fundamentales!") representa para el receptor de la orden que ejecuta directamente el hecho una barrera normativa y que, por consecuencia, puede ser eliminado por medio de la desvinculación del derecho.

Sin embargo, esto me parece dudoso. Tomemos el caso de los francotiradores del muro de la DDR.[136] Si hoy se le reprochase a la DDR –en cierto modo *ex post facto*– haber actuado desvinculada del derecho en sentido amplio, ese reproche no se podrá sostener más allá de la lesión de la prohibición de cometer homicidios y no se podrá decir que el aparato de poder de la DDR *como un todo* se ha desvinculado de las normas del derecho (suprapositivas). En todo caso, la DDR ha actuado según su propio entendimiento conforme a derecho y, en consecuencia, los guardias de frontera como autores directos no se han –al menos no concientemente– desvinculado del derecho.[137] La desvinculación del derecho en sentido amplio que hoy

135. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 558.

136. Cfr., al respecto, similar *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37.

137. Con acierto idem.

le reprochamos a la DDR no ha tenido ningún rol, al menos en el momento de la comisión del hecho, ni desde el punto de vista de los hombres de atrás, ni desde el del ejecutor. ¿Cómo pudo ella, entonces, haber repercutido en la ejecución concreta del hecho y de este modo en el dominio de la organización del hombre de atrás? ¿Cómo pudo haber sido de importancia para el guardia de frontera que el aparato que se sirve de él haya actuado presuntamente desvinculado del derecho en sentido *suprapositivo*, si él mismo ha actuado conforme a los presupuestos del § 27 de la Ley de fronteras de la DDR –por tanto, sin actuar justamente desvinculado del derecho en sentido *positivo*–? Al menos llama la atención que *Roxin* jamás haya designado a la DDR, en cuanto evidente, como un aparato de poder desvinculado del derecho en el sentido de su teoría.

Naturalmente, si se prescinde del caso especial de la DDR, se puede coincidir con *Roxin* cuando considera que existe desvinculación del derecho siempre que "una conducta ordenada desde el Estado represente un injusto punible". Sin embargo, con ello sólo se dice algo que resulta por sí sólo del ocuparse con el derecho penal, es decir, que una conducta determinada es o no un injusto punible. Resta igualmente el siguiente interrogante: ¿Qué aporta una desvinculación del derecho en sentido restringido así entendida para la fundamentación del dominio por organización? *Roxin* afirma al respecto:

"La importancia práctica del criterio de la desvinculación del derecho reside en que, junto a aquel de la fungibilidad, posibilita la delimitación de la autoría mediata de la inducción en el caso de órdenes en el ámbito de estructruras jerárquicas".[138]

Con ello *Roxin* quiere decir, como se sigue de las explicaciones siguientes, que se está en presencia de una autoría mediata siempre que exista la desvinculación del derecho del aparato organizado de poder en cuestión. Sólo si el aparato no actuase desvinculado del derecho, podría esperarse que no se cumpla

138. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 558.

una orden antijurídica. Es, por tanto, tal como se corroboró al comienzo: La desvinculación del derecho elimina el obstáculo puesto por el derecho positivo para cumplir con la orden antijurídica y convierte, por ello, a aquel que dominia el aparato desvinculado del derecho en autor mediato. Sin embargo, este mecanismo convence únicamente en los ejemplos elegidos por *Roxin*, esto es, en caso de organizaciones que se mueven en principio dentro del ordenamiento jurídico estatal y que en un caso determinado no respetan mediante la emisión de una orden antijurídica el derecho positivo impuesto por este ordenamiento. Tratándose de criminalidad estatal *y* de un aparato que actúa conforme a derecho –de acuerdo al derecho positivo– (DDR) se presentan los problemas arriba descritos. La divergencia de opiniones parece extenderse únicamente en este ámbito. Se trata, sin embargo, sólo de la pura cuestión de valoración –no verificable empíricamente– de si el derecho suprapositivo se considera reconocible para el ejecutor, de modo que la desvinculación del derecho le quite a éste toda inhibición normativa –por medio de la barrera puesta por el derecho suprapositivo– en la situación concreta del hecho.

También *Figueiredo Dias* me reprocha que parto de un falso entendimiento de la desvinculación del derecho[139] y opina, en lo esencial siguiendo a *Roxin*, que a pesar del entremezclamiento por mi aceptado "el Estado y la organización criminal se mantienen, en esencia, como entidades separadas y opuestas", de modo que la desvinculación del derecho de las organizaciones criminales quedaría en pie. También *Figueiredo Dias* parte en los casos en que el Estado ha positivizado por ley actos ilícitos de una fundamentación suprapositiva de la desvinculación del derecho y parece, como *Roxin*, considerarla, sin más, reconocible. No se trataría aquí de la cuestión del dominio del hecho, sino solamente de la aceptación de un reproche suprapositivo de culpabilidad. Sin embargo, al fundamentar de este modo *Figueiredo Dias* pasa por alto lo que

139. *Figueiredo Dias*, en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), p. 104 s.

aquí he intentado mostrar, a saber, que la desvinculación del derecho también, y justamente, en su variante suprapositiva sólo tiene sentido si ella todavía puede representar razonablemente un presupuesto de la teoría del dominio por organización, es decir, si ella le puede quitar al ejecutor del hecho las eventuales inhibiciones normativas.

En resumidas cuentas, el criterio de la desvinculación del derecho –al menos como desvinculación del derecho suprapositivo– me parece que crea más confusión que utilidad práctica. La "importancia práctica" que *Roxin*[140] atribuye a este criterio para la delimitación entre autoría mediata e inducción la puede conseguir únicamente la desvinculación del derecho *positivo* en sentido restringido. La desvinculación del derecho *suprapositivo* en sentido restringido, relevante en nuestro contexto, padece de las incertezas propias del derecho suprapositivo y, por ello, no es idónea como criterio seguro de delimitación para la fundamentación del dominio por organización. Probablemente, también éste sea el motivo del porqué la jurisprudencia jamás ha mencionado a este criterio en los casos pertinentes. En definitiva, considero que en nuestro contexto el criterio de la desvinculación del derecho sigue siendo prescindible.

5. Conclusión

El *dominio por organización* requiere de una fundamentación normativa adicional, puesto que ya por razones fácticas no se puede partir en todos los casos de la *fungibilidad* del ejecutor en la situación concreta del hecho. Tal fundamentación normativa se centra en el dominio del Estado –obligado de modo especial a la protección de los ciudadadanos– sobre la relación de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos. Al impartir a un ciudadano (el autor) la orden antijurídica de dañar a otro (la víctima) esta relación de reconocimiento es lesionada de manera doble: Por un lado, el Estado lesiona su deber especial de protección de sus

140. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 558.

ciudadanos y por el otro la relación entre éstos es lesionada por la injerencia de un ciudadano en la libertad de otro. Esta injerencia en la libertad ajena 'materializa' el dominio del hecho por el Estado.

El dominio de la organización y, con ello, la autoría mediata sólo puede tener lugar respecto de los intervinientes que pertenecen al *vértice de la organización* del aparato de poder. Los autores que se encuentren por debajo de éste en la jerárquía no pueden ejercitar un dominio de la organización *sin perturbaciones sobre* el suceso total, sino que, a lo sumo, pueden dominar parte de los sucesos *dentro* del aparato. Por ello, ellos podrán ser penados por lo general sólo como *coautores*. Desde luego, la difícil delimitación en estos casos entre autoría mediata y coautoría muestra las limitaciones de la imputación penal individual clásica en los contextos de acción colectivo del derecho penal internacional. Aquí, puede ayudar un principio de imputación del *hecho total*, el cual consiste, esencialmente, en la imputación de las aportaciones individuales al suceso injusto total. Con esto se puede hablar de una doble imputación en el marco de un modelo de imputación normativizante en el sentido ya explicado.[141]

La *desvinculación del derecho* puede eliminar la barrera normativa a la ejecución del hecho, y así servir como criterio razonable del dominio por organización, sólo si se la concibe como *desvinculación del derecho* positivo. Como desvinculación del derecho suprapositivo, tal como se manifiesta regularmente en los casos de criminalidad de Estado, este criterio carece de precisión, por lo cual resulta dudoso que pueda repercutir sobre la ejecución concreta del hecho. En consecuencia, la utilidad práctica de este criterio no es evidente, pudiéndose prescindir de él.

Además, se plantea la cuestión de si no puede eliminarse la crítica –en parte absolutamente acertada– a la figura del dominio por organización por medio de su *independización* y *emancipación* de la autoría mediata. Justamente porque el dominio por organización es indispensable como figura de imputación

141. Cfr. supra nota 159 y texto.

en el contexto del derecho penal internacional, quizás deba ser desarrollado y asegurado como una concepción *nueva* e *independiente*. En esa dirección se dirige también la propuesta de codificar el dominio por organización como tipo separado[142] o –de modo aún más radical– de convertir al mismo aparato organizado de poder en la figura central del hecho típico y efectuar una imputación del hecho total en el sentido *supra* señalado. En todo caso, estas propuestas necesitan mayor discusión y deben ser vistas en relación con el sistema de imputación de derecho penal internacional.

6. Bibliografía

AHLBRECHT, Heiko; AMBOS, Kai (eds.). Der Fall Pinochet(s). Baden-Baden, 1999.

AMBOS, Kai. *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. GA 1998, p. 226-245; versión ampliada en castellano: *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá (Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho) 1998; versión mas corta, inter alia, en *RDPC*, 2nda Epoca, t. 3 (enero 1999), p. 133-165.

AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. *Dominio del hecho por organización*. La responsabildad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. CDJP (Argentina) 16 (2003), p. 163-196. RP (España) 12 (julio 2003), p. 27. Iter Criminis. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (Instituto Nacional de Ciencias Penales), n. 8, México, 2003, p. 11-41.

AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional*. Montevideo/Bogotá. Fundación Konrad Adenauer/Temis, 2005.

142. Cfr. supra, nota 96.

ARNOLD, Jörg. Rechtsbeugung von Richtern und Staatsanwälten der DDR. *Fall Robert Havemann?* NJ, 1999, p. 286-292.

BIELEFELDT, Heiner. *Philosophie der Menschenrechte*. Darmstadt, 1998.

BRAMMSEN, Joerg. Unterlassungshaftung in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.). *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Sinzheim, 2000, p. 105-144.

DENCKER, Friedrich. *Kausalität und Gesamttat*. Berlin, 1996.

_____. Beteiligung ohne Täter En: Contre Prittwitz et al. (eds.). FS für Klaus Lüderssen zum 70. *Geburtstag am 2*. Mai 2002. Baden-Baden, 2002, p. 525-537.

FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia, 2004.

FIGUEIREDO DIAS. Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El "dominio de la organización". En: Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borrallo (eds.). *Delincuencia organizada*. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, 1999, p. 99-107.

FREUND, Georg. *Strafrecht*. AT Personale Straftatlehre. Berlín, entre otras, 1998.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Madrid, 1966.

GROPP, Walter. Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als. *Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern?* – BGHSt 40, 218. JuS 1996, p. 13-18.

HEINE, Günter. *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*. JZ, 2000, p. 920-926.

_____. Einführung. En: Albin Eser/Keiichi Yamanaka (eds.). *Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen*. Baden-Baden, 2001, p. 101-107.

_____. En. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst. *StGB. Kommentar.* 26. ed. Realizado por Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree/Günter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben. Múnich, 2001 (cit.: S/S-autor, año).

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal.* Granada, 1996.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.). *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft.* Sinzheim, 2000, p. 33-61.

HILGERS, Benno Maria. *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter.* Friburgo en Brisgovia, 2000.

HOYER, Andreas. *En. SK Band 1.* AT 7. ed. y ss. Neuwied 1993 ss. (estado: entrega 35º, marcha 2000). (cit. SK-autor, año).

JAKOBS, Günther. *Strafrecht.* AT Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe. 2. ed. Berlín, entre otras, 1993 (reimpresión inalterada de la 2. ed. de 1991).

_____. *Anmerkung zu BGH.* Urteil vom 26.07.1994 – 5 StR 98/94. NStZ 1995, p. 26-27.

KREß, Claus. § 220a StGB/§ 6 VStGB. En: MüKo. *Band 3.* Múnich, 2003, p. 638-671 (cit. por § y nm).

KRÜGER, Sven. *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft.* Francfort del Meno, 1994.

KÜPPER, Georg. *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen.* GA 1998, p. 519-529.

LÓPEZ PEREGRÍN, Ma. Carmen. *La complicidad en el delito.* Valencia, 1997.

MEYER, Maria-Katharina, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum.* Colonia, entre otras, 1984.

MUÑOZ CONDE. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borrallo (eds.). *Delincuencia organizada.* Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, 1999, p. 151-159.

_____. Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones 'no desvinculadas del Derecho'? *RP 6 (2000)*, p. 104-114. Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen 'nichtrechtsgelöster' Organisationen? En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.). *FS für Claus Roxin.* Múnich, 2001, p. 609-624.

MURMANN, Uwe. *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre. Berlín, 1993.

_____. *Tatherrschaft und Weisungsmacht.* GA 1996, p. 269-281.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung.* Tubinga, 1997.

ROGALL, Klaus. Bewältigung von Systemkriminalität. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.). *50 Jahre BGH.* FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 383-438.

ROTSCH, Thomas. *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen.* NStZ 1998, p. 491-495.

_____. *Unternehmen, Umwelt und Strafrecht* – Ätiologie einer Misere. Teil 1. wistra 1999, 321-327; Teil 2 wistra 1999, p. 368-375.

_____. *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?* ZStW 112 (2000), p. 518-562.

ROXIN, Claus. *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA 1963, p. 193-207.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft.* 6. ed. Berlín, 1994.

_____. Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität. En: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß (eds.). *FS für Gerald Grünwald zum 70.* Geburtstag. Baden-Baden, 1999, p. 549-561.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft.* 7. ed. Berlín, 2000.

_____. Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg. En: Knut Amelung (ed.). I*ndividuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft.* Sinzheim, 2000, p. 55-56.

_____. *Strafrecht AT Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat.* Múnich, 2003.

SCHILD, Wolfgang. *Täterschaft als Tatherrschaft.* Berlín, entre otras, 1994.

SCHLÖSSER, Jan. *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht.* Berlín, 2004.

_____. *Soziale Tatherrschaft*: ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten. Berlín, 2004

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter.* Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Berlín, 1965.

_____. *Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis.* JR, 1995, p. 177-180.

SCHÜNEMANN, Bernd. Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland. En: Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (eds.). *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte.* Heidelberg, 1995, p. 49-82.

SOEFFNER, Hans-Georg. Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.). *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft.* Sinzheim, 2000, p. 13-29.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar. Strafrecht. *AT I.* 5. ed. Colonia, entre otras, 2004.

VEST, Hans. *Humanitätsverbrechen* – Herausforderung für das Individualstrafrecht? ZStW 113 (2001), 457-498.

_____. *Genozid durch organisatorische Machtapparate.* An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit. Baden-Baden, 2002.

VOGEL, Joachim. *Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht.* ZStW 114 (2002), p. 403-436.

ZACZYK, Rainer. *Das Unrecht der versuchten Tat.* Berlín, 1989.

El derecho penal "moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales

Raúl Pariona Arana
Doctorando, LL.M. Universidad de Munich.

Resumen: El presente trabajo versa sobre la problemática de la expansión del derecho penal. Se abordan las preguntas de la necesidad y legitimidad de las intervenciones penales en la lucha contra riesgos, así como de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. En el artículo se defiende la necesidad de la intervención del derecho penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos; presupuesto de dicha intervención debe ser su legitimidad. Asimismo, se postula que la valoración de la necesaria legitimidad de las intervenciones penales no debe realizarse en bloque, sino que debe ser resultado de un análisis individual que tome en consideración cada tipo penal; y, en esta tarea, el criterio de legitimación debe ser la teoría del bien jurídico.

Palabras-claves: Derecho penal moderno – Sociedad de riesgo – Expansión del derecho penal – Delitos de peligro – Bien jurídico.

Abstract: The paper discusses the so called expansion of criminal law, focusing on the need and legitimacy of penal intervention in the control of risks, as well as on the problem of the crimes of abstract danger (abstrakte Gefährdungsdelikte). The need for penal intervention is defended, in order to protect society against new risks. Such intervention presupposes, nonetheless, its legitimacy. It is argued that the evaluation about the legitimacy of penal intervention may not be made en bloc, but as a result of a specific investigation

concerning each individual prohibitive norm. The criterion of legitimacy is the theory of legal good (Rechtsgutstheorie).

Keywords: Modern criminal law – Risk society – Expansion of criminal law – Crimes of endangerment – Legal good.

Área do direito: Penal; Internacional

I

La[1] configuración del derecho penal contemporáneo en las sociedades occidentales se caracteriza por una ampliación del ámbito de intervención penal. Esta política criminal lejos de encontrar aceptación en la comunidad jurídica ha sido objeto de críticas. Se objeta que esta intervención vendría socavando los principios del derecho penal al flexibilizar los criterios de imputación penal, al debilitar las garantías penales del individuo, al dar prioridad a los intereses colectivos antes que a los intereses individuales o al preferir las estructuras típicas de los delitos de peligro abstracto antes que a la de los delitos de resultado.

Estos serios cuestionamientos plantean la necesidad de una discusión del conjunto de interrogantes que se desprenden de la instauración de esta política criminal; y la relevancia práctica de ellas nos alerta de su importancia: ¿debe el derecho penal intervenir en la lucha contra riesgos a fin de prevenir su posible concreción en resultados? o ¿debe éste limitarse únicamente a sancionar las conductas que hayan lesionado bienes jurídicos?, ¿es ilegítimo el uso de los delitos de peligro abstracto?, ¿cómo se puede *controlar* la intervención del derecho penal a fin de que preserve la legitimidad imprescindible en un Estado de derecho?

1. Trabajo realizado gracias a la beca concedida por el Servicio Alemán de Intercambio Académico – DAAD. El presente artículo tiene como base la ponencia presentada bajo el título *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts* en el Seminario de derecho penal del medio ambiente y económico dirigido por el Prof. Bernd Schünemann el mismo que se llevó a cabo en Fraueninsel am Chiemsee (Alemania) el 10.07.2005.

Objeto del presente trabajo es dilucidar estas y otras cuestiones que plantea el derecho penal contemporáneo, así como determinar la validez de algunos criterios que permitan evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

II

La sociedad actual es compleja. Los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado a la sociedad tradicional convirtiéndola en una amenazada por riesgos. Desde una perspectiva sociológica se afirma que nos encontramos en una *sociedad de riesgo*.[2] En ésta se observan grandes riesgos surgidos como consecuencia concomitante de los procesos de modernización social como p. ej. el uso de energía nuclear o de tecnología genética como un sistema de alto riesgo cuya complejidad puede llevar a accidentes –ya solamente en razón al factor no descartado del error humano.[3] Dado el potencial catastrófico de estos accidentes –no delimitables ni espacial ni temporalmente– con vistas a las repercusiones para las futuras generaciones, estos riesgos constituyen cualitativa y cuantitativamente nuevos grandes riesgos.[4] Ahora bien, el concepto sociológico de *sociedad de riesgo* en la discusión penal necesita algunas precisiones a fin de determinar su verdadero alcance explicativo, puesto que si bien dicho concepto es válido, no es completo. Lamentablemente en el ámbito penal se observa que en muchos casos se ha procedido a absolutizarlo. Lo caracerístico de nuestra sociedad no es únicamente el riesgo reinante, sino sobre todo la complejidad creciente. La característica princi-

2. Concepto desarrollado por el profesor de Munich Ulrich *Beck* en sus estudios sobre la sociedad actual, cfr. sus obras: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986; Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988.

3. PRITTWITZ, Risiken des Risikostrafrechts, en: FREHSEE, Detlev; LÖSCHPER, Gabi; SMAUS, Gerlinda (Hrsg.). *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*. Baden-Baden, 1997, p. 47 y ss.; HASSEMER, ZRP 1992, p. 378 y ss.; WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik moderner. Gefährdungsdelikte. Berlin, 1999, p. 40.

4. PRITTWITZ (nota 3), p. 47 y ss.; HASSEMER, ZRP 1992, p. 378 y ss.; WOHLERS (nota 3), p. 40.

pal de nuestra sociedad es la complejidad de las relaciones sociales y de los procesos productivos. Como señala *Schünemann,* la característica de la sociedad actual radica en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada.[5]

Debido a esta complejidad de las relaciones sociales y de los peligros que de ella se derivan –tanto cualitativa como cuantitativamente–, así como también debido a una simultánea menguada capacidad del miembro individual de la sociedad para estimar correctamente los riesgos que están necesariamente unidos a comportamientos humanos, domina en la sociedad una amplia inseguridad y una creciente necesidad –resultante de esto– de un (re)aseguramiento normativo.[6]

Con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al derecho penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo la ampliación de los comportamientos penalmente relevantes.[7] Se puede observar un cambio de orientación en sus objetivos: la descriminalización como objetivo ha sido dejado de lado.[8] Esto se observa en la agravación del derecho penal político como reacción frente a actividades terroristas fundamentalistas, frente a actividades terroristas de izquierda y frente a actividades terroristas neofascistas; en el surgimiento y expansión del derecho penal de drogas, del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico; así como en los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del derecho penal.[9]

5. SCHÜNEMANN, GA 1995, p. 211-212.

6. HASSEMER, ZRP 1992, p. 378 y ss.; WOHLERS (nota 3), p. 40; PRITTWITZ (nota 3), p. 47 y ss.

7. Cfr. HASSEMER, ZRP 1992, p. 378-379 y ss.; WOHLERS (nota 3), p. 29.

8. ALBRECHT, StV 1994, p. 265-267; HASSEMER, ZRP 1992, p. 378-379 y ss.

9. HASSEMER, ZRP 1992, p. 378-380 y ss.

La consecuencia es que el ámbito de intervención de este derecho penal tiene que ver con el individuo sólo mediatamente. Inmediatamente serían instituciones de la sociedad o también del Estado. Los bienes jurídicos no serían bienes jurídicos individuales, sino bienes jurídicos universales que el legislador, en muchos casos, formula vaga y ampliamente y, además, recurriendo al tipo de delito de los *delitos de peligro abstracto*. Esto sería una forma de aseguramiento penal que flexibiliza las estructuras tradicionales de imputación de responsabilidad penal y que amplía el ámbito de los comportamientos penalmente relevantes.[10] El legislador actual se orientaría a la consecución de objetivos preventivos y entendería a las normas penales como instrumento de control social estatal a través de cuya utilización deben ser influenciados o conducidos desarrollos sociales y corregidos desarrollos desviados.[11] El legislador alemán querría tanto una protección penal eficaz, como también un mejoramiento de las medidas preventivas.[12]

III

La continua expansión de los comportamientos penalmente relevantes con las características indicadas, es pues un hecho innegable.[13] Controvertido es si esta expansión es *necesaria*, es decir, si existe la necesidad de la intervención penal para hacer frente a los riesgos de la sociedad actual.[14]

10. ALBRECHT, StV 1994, pp. 265-266 y ss.; HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378, 381 y ss.

11. WOHLERS (nota 3), p. 36.

12. ALBRECHT, StV 1994, pp. 265-266 y ss.

13. WOHLERS (nota 3), p. 30.

14. En los últimos años la ciencia del derecho penal se ha abocado a la discusión sobre el derecho penal del riesgo: La cuestión: ¿corresponde a la *sociedad de riesgo* un *derecho penal del riesgo*? Cfr. los estudios de PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main, 1993; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*. Berlín, 1993; ALBRECHT, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, en: *KritV* 1988, p. 182 y ss.; HASSEMER, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, en: *NStZ* 1989, p. 553 y ss.; SEELMANN, Risikostrafrecht, en: *KritV* 1992,

Según la concepción de los profesores de Frankfurt: Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht, ante el cuadro de *lege lata* que presenta el ordenamiento jurídico-penal vigente de la República Federal de Alemania, se podría hablar en la ciencia del derecho penal de un derecho penal *clásico* y de un derecho penal *moderno*.[15] Según la concepción de estos profesores, el concepto de derecho penal *clásico* se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado en el curso de los siglos XVIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la ilustración y del idealismo alemán.[16] Por el contrario, el derecho penal *moderno* habría roto con las tradiciones del derecho penal *clásico*, orientado a la garantía de la libertad del ciudadano. El nuevo derecho penal se desarrollaría como un medio de manejo social y como un instrumento de pedagogía social. Se habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención.[17] La orientación a los resultados sería en la fase del derecho penal *clásico*, en el mejor de los casos, sólo un criterio que complementaba la dación correcta de leyes. Hoy, el objetivo del derecho penal *moderno* sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, en suma, que el derecho penal no sería más para el legislador *ultima ratio,* sino, en medida creciente, *prima ratio*.[18]

Como consecuencia de las conclusiones a las que arriba este sector doctrinario, se niega la necesidad de la intervención del derecho penal en la lucha contra

p. 452 y ss. Sobre la discusión reciente cfr. HERZOG, Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung – Über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven, en: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main, 2005, p. 117 y ss. En Perú, cfr. CARO CORIA, Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo, en: *Revista peruana de ciencias penales*, año 5, n. 9. Lima, p. 180 y ss. En España, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid, 2001, p. 17 y ss.

15. Cfr. al respecto HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378-379 y ss.; NAUCKE, *KritV* 1993, pp. 135, 154 y ss.; el mismo, *GA* 1984, p. 199 y ss.; ALBRECHT, *StV* 1994, pp. 265-269.

16. Cfr. HASSEMER, *ZRP* 1992, p. 378 y ss.; NAUCKE, *KritV* 1993, pp. 135, 137 y ss.

17. ALBRECHT, *StV* 1994, pp. 265-266 y ss.; HASSEMER, *ZRP* 1992, pp. 378-379 y ss.

18. HASSEMER, *ZRP* 1992, p. 378 y ss.

riesgos; puesto que dicha intervención supone el abandono de los principios del derecho penal clásico y desvirtúa el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. El derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos fundamentales, reprimiendo los comportamientos que los lesionen. El derecho penal no debería intervenir contra riesgos puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del derecho penal al ámbito previo a la lesión del bien jurídico mediante el uso de los delitos de peligro abstracto; y, esto constituiría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del ciudadano.

Luego –afirma este sector doctrinario– el derecho penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos individuales, admitiendo la protección de bienes jurídicos colectivos únicamente si éstos mediatamente sirven a la protección del individuo (reducción a un *Derecho penal nuclear*).[19] Es en este marco que Hassemer propone tratar los problemas del derecho penal *moderno* a través de un *derecho de intervención* que se ubicaría entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, entre el derecho civil y el derecho público. Y, a fin de hacer efectiva la actuación de este derecho, éste tendría menos garantías que el derecho penal, pero en compensación, las sanciones ha prever serían menos intensas.[20] Este sector doctrinario concluye: el derecho penal debería dejar fuera de su ámbito de acción

19. Cfr. HASSEMER, *ZRP* 1992, pp. 378, 381, NAUCKE, *KritV* 1993, pp. 135, 154.

20. HASSEMER, *ZRP* 1992, pp. 378-379 y ss. Esta propuesta de Hassemer ha merecido no pocas críticas en la dogmática penal. Fundamental es la crítica formulada por Lüderssen (*Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main, 1995, p. 11 y ss.) quien indica que la propuesta de Hassemer en los hechos conduciría a un *derecho penal de clases* puesto que al simple ladrón se le aplicaría una pena, mientras que al empresario que delinque se le aplicaría sanciones reducidas del derecho de intervención. En España Silva Sánchez realiza un planteamiento similar al que denomina *derecho penal de dos velocidades*. Según este plantemianto, de un lado estaría el derecho penal que prevé penas privativas de libertad y que resguarda las plenas garantías penales. De otro lado estaría el derecho penal de sanciones distintas a la pena privativa de libertad en el que las garantías penales podrían ser flexibilizadas. Cfr. SILVA SÁNCHEZ (nota 14), p. 159 y ss. Una concepción similar es sostenida en Perú por GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. Lima, 2003, pp. 127-129, quien subraya que el criterio diferenciador debe ser no la pena privativa de liberdad, sino más bien un criterio "dependiente de las características del hecho sancionado".

la intervención contra *riesgos* contra los que no podría actuar eficazmente, sino con meros efectos simbólicos y que, por lo demás, su intervención contra éstos constituiría una intervención ilegítima.

Pese a lo fundado del temor que pueda generar tal política criminal es un error plantear la problemática de la intervención del derecho penal ante los nuevos riesgos en forma de un dilema entre la defensa de viejos principios europeos o la necesaria intervención del derecho penal con fines preventivos aún a costa del sacrificio de principios.[21] Este modo de abordar la problemática conduce a un callejón sin salida.

La solución a esta problemática pasa por un correcto entendimiento de la tarea del derecho penal en la sociedad. El derecho penal ¿tiene únicamente la función de reaccionar ante las lesiones de los bienes fundamentales de la sociedad? o ¿debe intervenir también ante riesgos que podrían concretarse en graves daños? Según la concepción mantenida en este trabajo, la finalidad preventiva del derecho penal no puede reducirse pues al efecto colateral de evitar futuras lesiones a través –únicamente– del mensaje a la generalidad que se deriva de la imposición de una sanción penal a quien ha lesionado un bien. La finalidad preventiva del derecho penal precisa que el derecho penal intervenga ya antes de la lesión de bienes fundamentales de la sociedad, cuando su intervención

21. En España el rechazo al discurso crítico del derecho penal moderno es presentado por Gracia Martín quien argumenta que dicho discurso es "insostenible e inaceptable desde la perspectiva histórico-material de las exigencias éticas y políticas de nuestro tiempo". Cfr. GRACIA MARTÍN, ¿Qué es modernización del derecho penal?, en: *Estudios de derecho penal.* Lima, 2005, p. 714-715; el mismo, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Valencia, 2003, p. 37 y ss. En esta línea Gómez Navajas considera que el derecho penal no debe reducirse al denominado *derecho penal nuclear*, sino que éste debe intervenir en ámbitos del denominado derecho penal moderno como "en el ámbito de los delitos contra la intimidad", cfr. *GÓMEZ NAVAJAS, La protección de los datos personales.* Navarra, 2005, p. 79, 87. En Argentina Pastor postula una mayor intervención del sistema penal en el ámbito de los delitos *no tradicionales*, subrayando que esta intervención no debe limitarse al derecho penal material, sino ésta debe alcanzar sobre todo al derecho procesal penal. Cfr. PASTOR, ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal *convencional* a los delitos no *convencionales*?, en: *Delitos no convencionales* (compilación de Julio B. J. Maier). Buenos Aires, 1994, p. 274-275.

posterior haría que los efectos del daño tenga consecuencias irreparables para la sociedad. A fin de cumplir con su función de protección, el derecho penal debe intervenir ya ante riesgos que se plasmen en peligros concretos o abstractos para los bienes jurídicos.[22] Un ejemplo claro al respecto se puede observar en el derecho penal del medio ambiente. Aquí la protección de la vida y la salud de las personas precisa ya una intervención cuando se producen afectaciones al medio ambiente como condición de existencia de la vida humana.

Tarea del derecho penal es, también, influir en la conducta del individuo de tal modo que deben ser excluidos situaciones de peligro potenciales.[23] Las normas penales tienen que cumplir necesariamente funciones sociales porque si no, caen bajo la sospecha de inconstitucionalidad[24] al ser consideradas ataques desproporcionados a la esfera de libertad del individuo –uso del medio más violento del que dispone el Estado–. Un derecho penal que solamente sirve a la retribución de lesiones se enfrentaría a importantes reparos. Una sociedad que no entiende la existencia de la violencia estatal como finalidad *en sí misma* sólo puede legitimar el ejercicio de violencia estatal a través de *consecuencias positivas*. Por tanto, la renuncia a una justificación de la pena estatal en resultados positivos para la sociedad debería ser visto como un retroceso en la cultura jurídica.[25]

En la solución de la problemática del derecho penal moderno no se trata de llevar las posturas al extremo y plantear dilemas que en realidad no existen. No se trata que el viejo derecho penal europeo sea el buen derecho penal y el derecho penal moderno sea ilegítimo *per se*. Como ya lo han señalado Roxin, Kuhlen, Schünemann y Wohlers, se debe proceder, más bien, analizando en *cada*

22. Cfr. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München, 2005, § 2, n. marg. 68.

23. WOHLERS (nota 3), p. 47; JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pp. 751, 767.

24. Cfr. ROXIN, Schlussbericht der Tagung zum Thema Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, en: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main, 2005, p. 178.

25. WOHLERS (nota 3), p. 23.

caso[26] cuándo nos encontramos ante intervenciones ilegítimas y cuándo estas intervenciones están justificadas bajo el manto de legitimidad en el cumplimento de los fines propios del derecho penal.

IV

Una de las explicaciones del surgimiento de esta política criminal plasmada en el derecho penal *moderno*, indica que el derecho penal *clásico* sería un instrumento inadecuado para satisfacer las exigencias de eficacia preventiva. Como consecuencia de ello se presentaría en las sociedades una falta de credibilidad en la intervención penal. La razón de dicha *crisis* sería el modelo de imputación de responsabilidad penal, basado rígidamente en los principios tradicionales de imputación de resultado *individual-culpable*. Se *sobreexigiría* al modelo de imputación tradicional en la consecución de objetivos preventivos cuando éste tiene que enfrentarse y superar problemas en contextos sociales con relaciones causales altamente complejas.[27] Ataques al orden social basados en procesos sistemáticos complejos mediante contribuciones causales personales no determinables claramente, apenas pueden ser tratados con la atribución de responsabilidad penal individualizada.[28]

En la búsqueda de la solución, aparentemente se tendría: o bien que modificar las reglas tradicionales de imputación de responsabilidad penal que impiden una lucha efectiva contra los problemas sociales de modo tal que el modelo tradicional de imputación de responsabilidad personal sea remplazado por estructuras de imputación que posibiliten reaccionar previsoria, rápida y flexiblemente ante potenciales riesgos cambiantes, o bien, se tendría que reconocer que el derecho penal, dado su naturaleza, es un instrumento en gran

26. Cfr. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 70; KUHLEN, *GA* 1994, pp. 362 y ss.; SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 213 y ss.; WOHLERS (nota 3), pp. 311, 338, 343; el mismo, *GA* 2002, pp. 15, 20.

27. ALBRECHT, *KritV* 1993, pp. 163-164 y ss.

28. WOHLERS (nota 3), p. 46.

parte inadecuado para influir decididamente en los desarrollos sociales y en estos ámbitos de problemas.[29] Sin embargo, es equivocado hacer tal contraposición. El derecho penal debe cumplir necesariamente su función social. Ello supone que el derecho penal debe ser eficaz en la lucha contra estos riesgos dentro del marco que le corresponde y, por supuesto, su intervención debe ser legítima. La consecución de estos objetivos dependerá de en qué medida los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal pueden ser modificados sin abandonar el irrenunciable aseguramiento de libertad del individuo en un Estado de Derecho, de tal modo que la efectividad preventiva del derecho penal sea maximizada,[30] esto es, sin menoscabar los irrenunciables principios del derecho penal.[31] Lo importante es pues si la penalización de comportamientos potencialmente peligrosos para los bienes jurídicos –que aparece como *eficaz* bajo puntos de vista funcionales– puede ser fundada como legítima con vista a las "justificadas exigencias de libertad del individuo".[32]

V

Ahora, como se puede observar de un análisis del derecho penal contemporáneo, si el legislador decide intervenir mediante normas penales para prevenir determinados comportamientos, o si desea garantizar penalmente el cumplimiento de determinados comportamientos que son necesarios para el funcionamiento de contextos de acción anónimos tiene que necesariamente recurrir a tipos que no se fundan en el daño o peligro concreto de un determinado objeto de la acción, sino

29. WOHLERS (nota 3), p. 46.

30. PRITTWITZ (nota 3), p. 47 y ss., cfr. STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), p. 679 y ss.

31. Cfr. al respecto STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), pp. 679, 691 y ss.; PRITTWITZ (nota 3), pp. 50-51 y ss.; WOHLERS (nota 3), p. 50.

32. SCHÜNEMANN, *GA* 1995, p. 213 y ss.; en el mismo sentido WOHLERS (nota 3), p. 24.

que se agotan en la simple descripción de comportamientos que en razón a su *no dominabilidad* general no deben suceder.[33]

En el ordenamiento jurídico penal se observan diversos tipos de delitos que permiten abarcar –comprender en sí– diversos grados de daño y de peligro para el objeto de protección. Así, los *delitos de lesión*, en los cuales el tipo comprende comportamientos que tienen como consecuencia una afectación directa de los intereses protegidos. *Delitos de peligro*, los que comprenden comportamientos que no llevan hacia una afectación inmediata de un objeto del bien jurídico protegido, sino que crean una situación de la cual se puede desarrollar una afectación, pero que no necesariamente tiene que desarrollarse.[34]

Luego, se puede diferenciar dentro de los delitos de peligro, entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los *delitos de peligro concreto* exigen que en el caso concreto concurra un verdadero peligro para el objeto protegido a través del tipo en cuestión.[35] El caso práctico más importante es la "puesta en peligro del tráfico rodado" –previsto en el § 315c del CP alemán– en el que fuera del peligroso modo de conducción allí descrito, es exigido adicionalmente, que sean puestos en peligro "el cuerpo y la vida de otra persona, o cosas ajenas de valor importante". En realidad, en estos casos estamos ante delitos de resultado.[36] Otra cosa distinta ocurre con los *delitos de peligro abstracto*. En estos delitos se sanciona penalmente un comportamiento típicamente peligroso como tal, sin que en el caso concreto tenga que concurrir un resultado peligroso.[37] Para los delitos de peligro concreto la realización del tipo está sujeta a la entrada de la situación

33. WOHLERS (nota 3), p. 48.

34. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; WOHLERS (nota 3), p. 281.

35. Cfr. HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*. Parte general I. 3. ed. Lima, 2005, pp. 444-445; Mir Puig, *Derecho penal*. Parte general. 6. ed. Barcelona, 2002, p. 227 y ss.; BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Madrid, 1997, p. 154 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal*. Parte general. Barcelona, 1996, 283 y ss.

36. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 11 II, n. marg. 121 y ss.

37. Cfr. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 787 y ss.

de peligro en el caso particular. La producción del resultado peligroso es pues un elemento del tipo. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad del comportamiento penalizado no constituye ningún elemento del tipo, sino sólo la razón o el motivo para la existencia de la norma penal.[38]

Ahora bien, con vistas a la legitimidad de los tipos penales, el delito de lesión es visto generalmente como el tipo normativo fundamental de las normas penales. Su empleo no precisa de ninguna legitimación adicional –sí y en tanto proteja un bien jurídico penal.[39] Entre los delitos de peligro, los de peligro concreto tampoco son muy problemáticos. Este tipo de delito ni es controvertido por su estructura, ni es puesta en duda su legitimidad en lo fundamental.[40] Los tipos del derecho penal *moderno* orientados a la prevención de riesgos graves son pues los delitos de peligro abstracto.[41] Con vistas a la protección de bienes jurídicos suprapersonales que en el marco del derecho penal *moderno* están en primer plano, se tiene que recurrir a los *delitos de peligro abstracto*.[42]

El empleo de los delitos de peligro abstracto no ha estado libre de cuestionamientos. Algunos sectores de la doctrina han criticado esta técnica legislativa, indicando que atentaría contra las garantías del derecho penal al sancionar conductas muy alejadas de aquello que pueda significar un *daño* para el objeto de protección. Sin embargo, dicha crítica no toma en cuenta la complejidad de la sociedad actual. Si se pretende una intervención preventiva del derecho penal en nuestra sociedad, se precisa una intervención mediante los delitos de peligro abstracto. Los delitos de resultado serían inútiles[43] en la consecución de estos objetivos.

38. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 787 y ss.; WOHLERS (nota 3), p. 282.

39. WOHLERS (nota 3), p. 282.

40. WOHLERS (nota 3), p. 284.

41. WOHLERS (nota 3), p. 48; también SCHÜNEMANN, *GA* 1995, pp. 201, 212 y ss.

42. WOHLERS (nota 3), p. 285.

43. SCHÜNEMANN, *GA* 1995, p. 213.

No se debe descalificar de plano el empleo de los delitos de peligro abstracto.[44] Esta actitud errada y extremista evita el debate y con ello el desarrollo científico que en este ámbito debe producirse. Elimina, asimismo, la posibilidad que tendría la dogmática penal de ejercer un control crítico de la legitimidad de la intervención penal mediante esta técnica legislativa. El camino a seguir debe ser, más bien, someter a una estricta evaluación de legitimidad *cada delito de peligro abstracto*, contribuyendo de este modo a que el legislador haga un uso de esta clase de tipos bajo los criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

De otro lado, se debe subrayar que el análisis de las normas penales –bajo las formas de delitos de peligro abstracto y con bienes jurídicos colectivos– no puede realizarse *en bloque*. Es dogmáticamente errado analizar la legitimidad del derecho penal *moderno*, o de los delitos de peligro abstracto, o de los bienes jurídicos colectivos, de manera general. Se debe proceder a analizar cada norma en particular y predicar de ella su legitimidad o ilegitimidad. Como lo señala Roxin, en esta tarea debe seguirse el camino –inespectacular– del análisis individual de cada norma en base a su específica estructuración y los problemas propios que de ella se deriven.[45]

VI

Ahora bien, incluso si un ordenamiento jurídico penal dirigido a la prevención de daños ante riesgos graves resulta *eficaz* en la consecución del objetivo planteado –premunido de instrumentos jurídicos como los delitos de peligro abstracto, bienes

44. En este sentido también ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 70; GRECO, Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, en: *RBCc*, n. 49 São Paulo, 2004, p. 126 y ss., 135; KUHLEN, *GA* 1994, pp. 362 y ss.; SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 213 y ss.; WOHLERS (nota 3), pp. 311, 338, 343; el mismo, *GA* 2002, pp. 15, 20. En españa, Cfr. GRACIA MARTÍN, ¿Qué es modernización del Derecho penal? (nota 21), pp. 765-767. De modo crítico con los delitos de peligro abstracto, en Perú, cfr. URQUIZO OLAECHEA, Principio de legalidad: nuevos desafios, en: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid, 2001, p. 71.

45. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 70. En este mismo sentido WOHLERS (nota 3), pp. 311, 338, 343; KUHLEN, *GA* 1994, p. 367, SCHÜNEMANN, *GA* 1995, p. 213 y s.

jurídicos colectivos, entre otros– permanece la tarea de fundamentar su *legitimidad*. La legitimidad es el presupuesto necesario e ineludible de las intervenciones del derecho penal en todo Estado de derecho, puesto que dichas intervenciones constituyen siempre una afectación de los derechos fundamentales del ciudadano. La simple funcionalidad de una norma penal no fundamenta su legitimidad. Esto significa que las diferentes normas penales no pueden ser legitimadas solamente bajo la consideración de que un ordenamiento jurídico penal orientado a la efectiva protección de bienes jurídicos no puede renunciar a dichos tipos penales.[46]

El análisis de legitimidad de las normas penales tiene su punto de partida en la correcta comprensión de la tarea asignada al derecho penal en el ordenamiento social. La tarea del derecho penal fija pues el ámbito en el que éste puede intervenir, pero a la vez, fija también el ámbito hasta dónde puede intervenir, es decir, traza sus límites. Según la concepción sostenida aquí, la tarea del derecho penal es y seguirá siendo en el futuro la protección subsidiaria de bienes jurídicos.[47] Luego, una

46. WOHLERS (nota 3), p. 49.

47. En este sentido la doctrina dominante, cfr. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 1 y ss.; el mismo, *ZStW* 116 (2004), p. 944; BAUMANN; WEBER; ITSCH, Strafrecht. *Allg. Teil*. 11. ed. Bielefeld, 2003, § 3, n. marg. 10 y ss.; MünchKommStGB; FREUND, vor §§ 13, n. marg. 37; NK-HASSEMER; NEUMANN, vor § 1, n. marg. 108 y ss.; MAURACH; ZIPF, Strafrecht. *Allgemeiner Teil* I, 8. ed. 1992, § 19, n. marg. 4 y ss.; JESCHECK; WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. *Allgemeiner Teil*, 5. ed. Berlin, 1996, p. 257; SK-RUDOLPHI, vor, § 1, n. marg. 2; LACKNER/KÜHL, vor § 13, n. marg. 4; MünchKommStGB; JOECKS, Einl., n. marg. 30. En Perú cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*. Consideraciones jurídicas y económicas. Lima, 1997, p. 41 y ss.; HURTADO POZO, *PG*, p. 24 y ss. En Argentina cfr. LASCANO, *Lecciones de derecho penal*. Parte general. Córdoba, 2000, p. 18 y ss. En España cfr. *Mir Puig*, PG, p. 124 y ss.; *García-Pablos de Molina*, Derecho penal. Introducción, Madrid 2000, p. 88 y ss.; MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*. Parte general. 2. ed, Valencia, 1996, p. 58 y ss.; SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid, 2000, p. 41 y ss. En Italia cfr. MOCCIA, De la tutela de bienes a la tutela de funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales, en: Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona, 1997, p. 114 y ss. De otra opinión, entre otros, JAKOBS, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. Berlin; New York, 1991, 2/12 y ss. En Perú Caro John se muestra crítico ante la teoría del bien jurídico indicando que "la conocida teoría de la lesión de bienes jurídicos pierde peso porque el significado de un hecho penalmente relevante se expresa sólo mediante la defraudación de una expectativa normativa y no así mediante la lesión de un bien jurídico", cfr. CARO JOHN, Sobre la recepción del sistema

intervención penal será legítima sólo si está dirigida a su protección y si, además, se adecúa a los mandatos de *necesidad, eficacia, proporcionalidad* y *racionalidad*. La teoría del bien jurídico tiene pues el rol central entre los criterios[48] que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

Según la teoría del bien jurídico sostenida en el presente trabajo, el Estado está legitimado para intervenir a través del derecho penal sólo si tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos.[49] En materia penal el legislador no es totalmente libre, sino que tiene límites. Este límite al *ius puniendi* del Estado se desprende de la teoría del bien jurídico. Luego, ya en el plano metodológico, la premisa mayor radica en la tarea del derecho penal como objeto y límite de la intervención penal. Esta premisa constituye el marco en el cual debe ser buscado el criterio de legitimidad del derecho penal. Luego, en un segundo nivel de concretización, viene el principio de protección de bienes jurídicos que debe desplegar su carácter crítico al ser puesto en relación con las normas penales, esto es, al ponerse en relación los *tipos* de bienes jurídicos con las *estructuras* de las normas penales.

En la doctrina no se ha aceptado pacíficamente el rol central de la teoría del bien jurídico[50] como criterio legitimador. Es más, se puede observar que en

funcional normativista de Günther Jakobs en la Jurisprudencia penal peruana, en: *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. El funcionalismo en derecho penal. Bogotá, 2003, pp. 149-151.

48. En el presente trabajo nos centramos en la teoría del bien jurídico. Sobre los demás presupuestos de legitimidad de las intervenciones penales cfr. APPEL, *Verfassung und Strafe* – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, 30 y ss.; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte* – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatikdargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität, 1996, p. 21 y s., 231 y ss.; WEIGEND, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, en: *Libro homenaje a Hans Joachim Hirsch*. Berlin; New York, 1999, p. 917 y ss.

49. Cfr. también JÄGER, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Stuttgart, p. 121-123; RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, en: *Libro Homenaje a Richard M. Hönig*. Göttingen, 1970, pp. 151, 167, MARX, Zur Definition des Begriffs *Rechtsgut*. Köln; Berlin u.a., 1972, p. 70 y ss., OTTO, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: MÜLLER-DIETZ, Heinz (Hrsg.). *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Köln; Berlin u.a., 1971, p. 14 y ss.

50. Cfr. STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat. 5. ed. Köln; Berlín; München, 2004, § 2, n.marg. 5 y ss.; STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsgutes, en: *Libro homenaje a Theodor Lenckner*. Munich, 1998, p. 388 y ss.

los últimos tiempos se la ha cuestionado radicalmente negándole rol alguno en la dogmática penal, y en el mejor de los casos negando su carácter crítico. A esto se suma el ya *clásico cuestionamiento* al concepto material del bien jurídico.[51] Cabe pues preguntarse: ¿agoniza ciertamente la teoría del bien jurídico? ¿asistimos acaso a sus últimos días en la dogmática penal?

VII

A lo largo de la historia de la dogmática penal, se ha intentado construir un concepto de bien jurídico que comprenda el objeto de protección de todos los tipos penales y, a la vez, resguarde un carácter crítico. Así, en tiempos de la ilustración y bajo su filosofía se definió al delito como lesión de derechos subjetivos. En este sentido Feuerbach[52] vio como objeto de protección de cada norma penal un derecho subjetivo del individuo o de la sociedad. No obstante, el primer intento de construcción del concepto de bien jurídico vino de Birnbaum[53] quien en 1834 introdujo el concepto *bien* en la ciencia del derecho penal. Su objetivo fue lograr una definición natural del delito, independiente del derecho positivo. Sin embargo, Binding,[54] quien utilizó en la dogmática por vez primera el concepto de *bien jurídico*, consideró trascendental la decisión del legislador para proteger jurídicamente un bien. El bien jurídico sería un estado

51. Cfr. STRATEHWERTH; KUHLEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 5. ed. Köln; Berlín; München, 2004, § 2, n.marg. 5 y ss.; STRATEHWERTH, Zum Begriff des Rechtsgutes, en: *Libro homenaje a Theodor Lenckner*. Munich, 1998, p. 388 y ss.; MÜSSIG, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Frankfurt am Main, 1994, p. 58 y ss.; FRISCH, An der Grenzen des Strafrechts, en: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg, 1993, p. 71 y ss.

52. FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847, § 21.

53. BIRNBAUM, NArch.CrimR, tomo 15, 1934, p. 149 y ss.

54. Handbuch des Strafrechts, t. 1, 1885, p. 169 y ss.

valorado por el legislador, todo lo que a los ojos del legislador es valioso para la vida saludable de la comunidad jurídica. Posteriormente, desde una concepción ya clásica, *v.* Liszt[55] definió los bienes jurídicos como *intereses humanos* que se derivan de la vida misma.

Más recientemente se ha definido al bien jurídico como: "intereses vitales de la comunidad que el derecho penal protege",[56] "circunstancias dadas o finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, para la realización de sus derechos fundamentales y para el funcionamiento de un sistema estatal basado en esos fines",[57] "oportunidades de participación en la sociedad",[58] "intereses dignos de protección",[59] "estado especialmente valorado de la realidad vital externa",[60] "valor ideal",[61] "unidades sociales de función sin el cual nuestra sociedad estatal no podría sobrevivir",[62] entre otros.[63]

Ante este variado panorama, ha sentenciado Stratenwerth[64] que a pesar de los múltiples esfuerzos no se ha logrado hasta hoy siquiera mediana claridad sobre el concepto de bien jurídico. Todos los intentos por encontrar una definición que comprenda a todos los tipos penales cuya legitimidad este fuera de duda han fracasado. Ciertamente este panorama ofrece espacio para

55. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. ed. 1900, p. 53 y ss.

56. JESCHECK; WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 256.

57. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 7.

58. CALLIESS, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974, p. 13.

59. MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Allg. Teil* I, § 19, n. marg. 4 y ss.

60. MAYER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1953, p. 53.

61. BAUMANN; WEBER; MITSCH, *Allg. Teil*, § 3, n. marg. 18.

62. RUDOLPHI (nota 49), p. 163.

63. Un panorama en detalle de las diferentes definiciones del bien jurídico lo ofrece KORIATH, *GA* 1999, p. 565.

64. STRATEHWERTH; KUHLEN, *Allg. Teil* I. § 2, n. marg. 7.

aquellos que ponen en duda la utilidad del concepto de bien jurídico: los conceptos dados hasta ahora, o bien son demasiados selectivos, lo cual elimina su capacidad de servir de concepto que abarque a todos los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal, o bien son demasiado abstractos, lo que hace de ellos un concepto vago que no enuncia sus atributos y que al final de cuentas lo comprende *todo*.[65]

Pese a todo la opinión de Stratenwerth es exagerada. Los conceptos de bien jurídico ofrecidos hasta hoy, si bien dejan ver limitaciones, no son del todo equivocados.[66] La búsqueda de un concepto *mágico* de bien jurídico que lo abarque todo con precisión milimétrica y que sea válido en todo espacio es un camino equivocado. Esta búsqueda está destinada al fracaso ya desde el inicio. Un concepto omnicomprensivo de bien jurídico –que diga con precisión qué es un bien jurídico y qué no lo es– es pues imposible. La ciencia del derecho penal ha puesto demasiadas (infundadas) espectativas en este concepto sobreexigiéndole en sus funciones. Por lo mismo, su cuestionamiento basado en dichas falsas espectativas es injustificado. No se trata pues de construir previamente un concepto mágico de bien jurídico, sino de derivar de ella principios que permitan en cada caso asegurar la legitimidad de la intervención penal.

VIII

Tarea central de la teoría del bien jurídico es la de servir de límite al poder sancionador del Estado. El carácter crítico es inherente al bien jurídico.[67] En la

65. Se llega a parar a la nada feliz elección entre vagedad y selectividad, cfr. NK-HASSEMER; NEUMANN, vor § 1, n. marg. 144; HEFENDEHL, *GA* 2002, p. 22.

66. Similar ABANTO VÁSQUEZ (nota 47), p. 44.

67. En sentido similar Greco sostiene el carácter crítico del bien jurídico. Cfr. GRECO (nota 44), p. 97 y ss.; también cfr. MOCCIA, (nota 47), p. 142; MIR PUIG, *PG*, p. 124 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ (nota 47), p. 42, 55, 57.

moderna discusión se indica, sin embargo, que el bien jurídico únicamente serviría como instrumento en la interpretación de los tipos penales, pero que carecería de carácter crítico. Las voces que lanzan estas críticas tienen como antecedente a aquellas que indican que el bien jurídico es únicamente un resumen conceptual del "sentido y finalidad de los tipos penales",[68] una "abreviatura del pensamiento final"[69] o la simple *ratio legis*[70] de los tipos penales.

Un concepto hermenéutico del bien jurídico es inadecuado para el derecho penal y para las funciones que éste tiene en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho. Dicho concepto abriría las puertas del arsenal penal al legislador, sin ningún límite, lo que podría llevar a casos extremos de criminalización como imponer a través del derecho penal convicciones políticas, morales o religiosas. El principio de protección de bienes jurídicos debe resguardar pues su función crítica.

En el debate actual sobre la teoría del bien jurídico es bueno observar que los esfuerzos de la ciencia del derecho penal están dirigidas no a rechazar de plano el bien jurídico, sino a realizar un examen crítico de éste.[71] Es pues un imperativo seguir en esta tarea, pues su negación sería un retroceso en la cultura jurídica. En la dogmática penal alemana puede observarse esfuerzos en este sentido.

Desde una perspectiva crítica, Wohlers[72] presenta una interesante y por lo demás constructiva concepción que significa un avance importante en la

68. HONIG, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, p. 30 y ss.

69. GRÜNHUT, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, en: Festgabe für Reinhard von Frank, t. 1, 1930, p. 8.

70. SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, p. 25.

71. El reciente trabajo de Greco es una muestra representativa de esta tendencia. Cfr. GRECO (nota 44), p. 89 y ss.

72. Cfr. WOHLERS (nota 3), p. 21 yss.; el mismo, *GA* 2002, p. 15 yss.; el mismo, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – Zu den Kriterien fairer Zurechnung, en: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, p. 196 y ss.

búsqueda de criterios que permitan evaluar la legitimidad del derecho penal *moderno*. Él parte de considerar que la tarea consiste en buscar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, pues estos son los tipos mediante el cual el derecho penal *moderno* se presenta. Wohlers no niega la utilidad del principio del bien jurídico como lo hacen algunos autores. Para él, el punto de partida del análisis de legitimidad de los tipos penales debe seguir siendo la teoría del bien jurídico: la determinación de los intereses protegidos por la norma, esto es, los *bienes jurídicos*. Sin embargo, según su concepción crítica, luego se debe recurrir a otros criterios. Así, si un bien jurídico se comprueba como digno de protección en lo fundamental, entonces la legitimidad de la norma dependerá decisivamente de la *estructura del delito* que resulta de la relación de los comportamientos correspondientes comprendidos por tipo penal con el *algo* protegido como bien jurídico. De entre los delitos de peligro abstracto él diferencia tres tipos de delitos: *delitos de peligrosidad concreta*, *delitos por acumulación*[73] y *delitos de preparación*. Luego la legitimidad de las normas penales debe ser evaluada en confrontación con los criterios específicos que esboza para cada tipo de delito.[74]

También Hefendehl[75] aborda la problemática de los cuestionamientos a la teoría del bien jurídico. Los esfuerzos de Hefendehl están dirigidos a reforzar la validez de la teoría del bien jurídico en la dogmática penal. Él no recorre el camino de concebir una nueva definición, sino se plantea "materializar el concepto de bien jurídico desde abajo"[76] elaborando ciertos criterios.

73. Concepto creado por KUHLEN, cfr. *GA* 1986, p. 389 y ss.

74. WOHLERS (nota 3), p. 343; el mismo, *GA* 2002, pp. 15, 20.

75. Cfr. HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. Köln; Berlin, 2001, §§ 3 II, 4, 7, 9; el mismo, *GA* 2002, p. 21 y ss.; el mismo, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, en: Hefendehl, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, p. 119 y ss.

76. Respecto a la propuesta de materializar el concepto de bien jurídico desde abajo, cfr. también NK-HASSEMER; NEUMANN, vor § 1, n. marg. 145.

Así plantea que el bien jurídico ha de ser siempre un objeto *real* lo cual implica que éste no debe ser sólo un valor ideal ni tampoco sólo un conjunto de objetos corporales. La alternativa a lo *ideal* no es lo *material* (corporal), sino lo *real*. Que la configuración personal de la constitución y de las actividades estatales deben llevar a la conclusión de que el hombre es el valor superior sobre el cual el Estado se funda. Luego, una comprensión correcta de este postulado no debe llevar a absolutizar los intereses individuales, sino debe llevar a equilibrar dichos intereses. Los intereses colectivos son pues las condiciones que posibilitan el desarrollo del individuo. Igualmente, sugiere que el principio de proporcionalidad debe ser puesto en conexión con la teoría del bien jurídico para así alcanzar su dimensión constitucional. Bajo estos postulados, Hefendehl procede, luego, a realizar un análisis de la estructura de los bienes jurídicos colectivos y luego una clasificación de éstos en sub grupos para así facilitar el análisis de legitimidad de las normas penales. El bien jurídico es para Hefendehl la piedra angular[77] de dicho análisis.

Tampoco para Schünemann el bien jurídico constituye únicamente una guía en la interpretación de las normas penales, sino que ésta guarda un carácter crítico. Así, afirma que cuando el concepto de bien jurídico "no es utilizado para el *ambicioso* fin de limitar constitucionalmente la legislación penal, no constituye meramente el resumen conceptual de un resultado perseguido mediante otras operaciones (como sugiere la conocida formulación de la "abreviatura del pensamiento teleológico"), sino que cumple un importante papel productivo ya en este plano primario de la determinación de la estructura delictiva y, a continuación, (en el plano secundario) de la determinación del marco de las acciones que son descritas por el tipo penal como ejecutadas *en desmedro del bien jurídico*"[78] Luego

77. HEFENDEHL, Das Rechtsgut (nota 75), p. 132.

78. SCHÜNEMANN, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der Verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, en: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH,

argumenta criticando a Stratenwerth, que el "requerimiento de una definición clasificatoria del concepto de bien jurídico, en la que sólo debería efectuarse la subsunción al analizar los tipos penales en particular, parte de bases metodológicas desacertadas y, por eso, no es apropiado para demostrar la falta de valor del principio de protección del bien jurídico para la formación del derecho".[79]

IX

Los resultados finales del debate sobre el bien jurídico están aún por verse. Pero una cosa se puede avizorar con claridad: que la categoría *bien jurídico* con su carácter dogmático, sistemático y sobre todo crítico, le restan todavía muchos años de vida. En el derecho penal actual la importancia de la teoría del bien jurídico está hoy más presente que nunca.[80] Es inimaginable una dogmática del derecho penal que no incluya la teoría del bien jurídico. Una dogmática que la rechace se enfrentará pues con mayores problemas que aquélla que la incluya. Por lo demás, y subrayando lo dicho anteriormente, no se trata de dejar de lado la discusión sobre la teoría del bien jurídico simplemente rechazándola. Más bien, se trata de desplegar esfuerzos por un análisis crítico de esta teoría y así posibilitar su desarrollo; el bien jurídico es pues la base material de la dogmática penal a pesar de todos los pronósticos apocalípticos.

Sin embargo, no se trata de construir un nuevo concepto de bien jurídico, sino de considerar a toda la teoría del bien jurídico como una pauta político crimi-

Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, pp. 133-134.

79. SCHÜNEMANN (nota 78), p. 135.

80. SK-RUDOLPHI, vor § 1, n. marg. 3; MünchKommStGB/FREUND, vor §§ 13 ff., n. marg. 42; HASSEMER, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, en: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, p. 57 y ss.; BAUMANN; WEBER; MITSCH, *Allg. Teil*, § 3, n. marg. 17; MünchKommStGB/JOECKS, Einl., n. marg. 37.

nal y normativa[81] que permita en cada caso en concreto –léase "ante cada norma en particular"– evaluar la legitimidad de la intervención penal. La teoría del bien jurídico debe ser entendida como una pauta político criminal y normativa que materializa en sí los principios que se derivan de la filosofía política de la ilustración. Según ella, el Estado no es un *ente* en sí mismo, sino que está al servicio del ciudadano. El acuerdo político permite al Estado restringir la libertad del individuo únicamente en la medida que ésta sea necesaria para asegurar la libertad de todos. El Estado tiene pues límites en su actuación.

En el análisis de legitimidad de las intervenciones penales, la teoría del bien jurídico permite determinar claramente cuándo estamos ante verdaderos bienes jurídicos, ante qué tipo de bienes jurídicos y como consecuencia de ello, qué tipo de estructura de delito corresponde emplear, lo cual determinará un cierto *nivel de exigencia* –necesario– para la legitimidad de las intervenciones penales.

Estas *virtudes* pueden ser observadas, sólo por mencionar unos ejemplos, en el *derecho penal de drogas*. Aquí, la teoría del bien jurídico permite dilucidar cuándo se está realmente ante un verdadero bien jurídico y, como consecuencia de ello, si estamos ante tipos legítimos. Normalmente se justifica la existencia de los tipos penales que sancionan el consumo y la posesión de drogas argumentando que mediante dichos tipos penales se busca proteger la *salud pública*. Sin embargo, este concepto, que supuestamente constituiría un bien jurídico de carácter colectivo para cuya protección se haría necesario los tipos de peligro abstracto, no es sino un concepto vacío. En realidad al hablar de salud pública se está haciendo referencia a la salud de cada individuo que forma parte de la sociedad. No estamos pues ante un bien jurídico colectivo,

81. Cfr. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 12; SCHÜNEMANN (nota 78), p. 137; HASSEMER (nota 80), p. 58; NK-HASSEMER; NEUMANN, vor § 1, n. marg. 146, consideran a la teoría del bien jurídico como "un importante topos de argumentación para una adecuada política criminal y para la aplicación del derecho penal".

sino ante una suma de bienes jurídicos individuales.[82] Esta constatación tiene consecuencias importantes para la dogmática del derecho penal de drogas, pues como señala Hefendehl[83] sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y decidir. Luego, la decisión de una persona de llevar una vida *insana* no justifica la intervención del derecho penal, pues esa decisión pertenece a la esfera de libertad del individuo.[84] Desde otra perspectiva podría indicarse que en el consumo de drogas se trata de una mera autopuesta en peligro.[85] Estas normas no son legitimables desde una concepción del derecho penal basado en la protección de bienes jurídicos,[86] puesto que las conductas ahí descritas no podrían jamás poner en peligro la salud pública –ni siquiera abtractactamente– pues ésta no existe.

Otro ejemplo se presenta en el *derecho penal del tráfico rodado*. Aquí la teoría del bien jurídico permite determinar ante qué tipo de bien jurídico realmente nos encontramos y como consecuencia de ello determinar un cierto nivel de exigencia para la legitimación de dichas normas. Por lo general, en supuestos como los de "conducción en estado de ebriedad" se justifica la intervención del derecho penal afirmando que se protege la "seguridad en el tráfico". Sin embargo, aquí no nos encontramos realmente frente a un bien jurídico colectivo, sino que las normas penales que sancionan conductas peligrosas en el marco del tráfico rodado protegen en realidad, anticipadamente, bienes

82. Cfr. HEFENDEHL, Das Rechtsgut (nota 75), p. 121; GRECO (nota 44), pp. 114-117.

83. HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (nota 75), § 4, pp. 142-143.

84. Similar NESTLER, Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrecht, en: KREUZER, Arthur (Hrsg.). *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*. München, 1998, § 11, n. marg. 102 y ss. También Haffke rechaza la legitimidad de la intervención del Estado en este ámbito, pero con argumentos que consideran a la *adicción* como una enfermedad, cfr. HAFFKE, *ZStW* 107 (1995), 761, 780, 791 y s.

85. Cfr. SCHÜNEMANN (nota 78), p. 146 y s.; también ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 32 y ss.

86. ROXIN, *Allg. Teil* I, § 2, n. marg. 69.

jurídicos individuales, como la vida, la salud o los bienes de los participantes en el tráfico automovilístico.[87] Se trata pues de un adelantamiento –en este caso justificado– de las barreras del derecho penal a fin de garantizar una mejor protección de dichos bienes jurídicos *individuales*. Ahora bien, dado que en realidad se trata de bienes jurídicos individuales y no de bienes jurídicos colectivos se precisa de ciertos criterios que fundamenten la imputación y que vayan más allá del simple *conducir*.[88]

Finalmente, el caso del *derecho penal del medio ambiente*. Aquí la teoría del bien jurídico permite fundamentar el deber de protección que tiene el Estado de los intereses fundamentales para la existencia de la sociedad, esto es, desarrolla una tarea legitimadora.[89] Como se ha observado, parte de la doctrina ha cuestionado la legitimidad de los tipos penales que protegen el medio ambiente. Dado que en este ámbito se trataría de prevenir riesgos *futuros,* se cuestiona que el derecho penal deba intervenir. Desde una concepción basada en la teoría del bien jurídico se legitima sin mayor problema la intervención del derecho penal para la protección del medio ambiente, puesto que éste constituye una condición fundamental para la existencia actual de la persona humana y de las generaciones futuras y, como tal, es un interés fundamental digno de protección penal.

Además, en este caso, la teoría del bien jurídico nos permite afirmar que estamos ante un verdadero bien jurídico colectivo. Esta constatación es de

87. Cfr. SCHÜNEMANN (nota 78), p. 152; HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter (nota 75), § 4, p. 140 y ss. En sentido similar, criticando los *crimes de transito*, cfr. GRECO (nota 44), p. 112 y ss. En relación al § 316 del C.P. alemán (conducción en estado de ebriedad) SK/*Rudolphi*, vor § 1, n. marg. 9a; MünchKommStGB/FREUND, vor §§ 13, n. marg. 46.

88. SCHÜNEMANN (nota 78), p. 152.

89. Hassemer hace referencia al *bien jurídico* como criterio que permite fundamentar el deber de protección que tiene el Estado (*Rechtsgut als Untermaßverbot*), cfr. (nota 80), pp. 63-64; en sentido similar SCHÜNEMANN (nota 78), p. 153; MOCCIA (nota 47), p. 114 y ss.; ABANTO VÁZQUEZ (nota 47), p. 55 y ss.

importancia, puesto que sólo el ataque a los objetos de acción de verdaderos bienes jurídicos colectivos produce una afectación de los mismos. Luego, al ser el medio ambiente un verdadero bien jurídico supraindividual, cada derrame de desechos industriales en un río produce ya una afectación del bien jurídico por lo que se justifica la sanción de dicha conducta, sin la necesidad de esperar un efecto acumulado.

X

Resumiendo y a manera de conclusión, debe ser subrayado que es necesaria la intervención del derecho penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos. Esta intervención es incluso un deber ético del Estado. Presupuesto constituye únicamente el respeto a los postulados de necesidad, eficacia y legitimidad. No se puede sacrificar bajo ninguna consideración la necesaria legitimidad de las intervenciones penales, pues ésta salvaguarda los espacios de libertad del individuo.

Ahora bien, la valoración de legitimidad de las intervenciones penales no puede realizarse *en bloque*. No se puede predicar sobre la legitimidad del derecho penal *moderno* en general, o ya solo de determinado tipo de delito –como los delitos de peligro abstracto–, o de un determinado tipo de bien jurídico –como los bienes jurídicos colectivos–. Más bien, se tiene que valorar la legitimidad de cada una de las normas penales, individualizadamente. Es frente a cada norma que se debe valorar su legitimidad constitucional.

Criterio para esta valoración ha sido, es y seguirá siendo durante mucho tiempo aún, la teoría del bien jurídico. Estas conclusiones llevan a reafirmar la concepción según la cual la teoría del bien jurídico tiene carácter crítico y, por lo mismo, constituye el límite que se debe oponer al legislador. La teoría del bien jurídico es pues la piedra fundamental de la dogmática penal. Sin embargo, la concepción sostenida aquí no es unidimensional, puesto que no

considera a la teoría del bien jurídico como único criterio que garantiza la legitimidad. Se pueden desarrollar otros criterios para garantizar la legitimidad de las intervenciones penales; no obstante, considero que la teoría del bien jurídico tiene el papel central en esta tarea. En ella deben ser enlazadas los criterios que se desarrollen en el futuro. Mi postura científica apuesta pues por el desarrollo de la teoría del bien jurídico, en este sentido puede afirmarse que es una concepción abierta.

¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas

Carlos Gómez-Jara Díez
Profesor Asociado de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid).
Doctor Europeo en Derecho. Abogado.

Sumário: Introducción – 1. Orígenes y evolución de la construcción de Roxin – 2. El núcleo de la discusión: el dominio de la organización: 2.1 Dominio de la configuración relevantemente superior: 2.1.1 Dominio social; 2.1.2 Responsabilidad por el injusto de la organización (*Organisationsunrecht*); 2.1.3 Utilización de quien ya se ha decidido por el hecho – 3. Requisitos básicos del dominio de la organización: 3.1 La intercambialidad o fungibilidad; 3.2 La jerarquía organizativa; 3.3 La desvinculación del Derecho (*Rechtsgelösheit*) – 4. Dificultades en la transposición al ámbito empresarial. La empresa: ¿un aparato organizado de poder?: 4.1 ¿La organización empresarial está desvinculada del Derecho?; 4.2 Fungibilidad y jerarquía: problemática de la estructuración empresarial moderna: 4.2.1 ¿Fungibilidad real de los empleados de la empresa?; 4.2.2 ¿La jerarquía como criterio decisivo de la estructuración empresarial? – 5. Facit: Crítica al dominio de la organización como fundamento de la responsabilidad individual – 6. Apuntando una posible solución: ¿Dominio de la organización como fundamento de la responsabilidad penal empresarial?

Resumen: La construcción de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización fue creada por Claus Roxin hace más de treinta años, pero

ha sido en tiempos recientes que ha recabado una especial atención tanto en la jurisprudencia como en la dogmática, no sólo europea, sino también sudamericana. El presente artículo analiza la fundamentación de dicha figura así como, especialmente, las posibilidades de aplicación al ámbito empresarial. Ello viene motivado por la utilización de dicho instituto por parte de la jurisprudencia alemana para fundamentar la punición de los directivos de las empresas, sancionando igualmente, en concepto de autores, a los empleados. Tras un análisis crítico, el autor llega a la conclusión de que el dominio de la organización no es válido para fundamentar responsabilidad penales en el Derecho penal individual, pero puede ser una herramienta útil para fundamentar la responsabilidad de la propia empresa manteniendo asimismo el castigo de los autores individuales (personas físicas).

Palabras-clave: Dominio de la organización – Autoría mediata – Directivos – Responsabilidad penal empresarial.

Abstract: The so-called "offender's liability by virtue of his organizational control" was created by Claus Roxin some thirty years ago. Yet it has been in recent times that courts and legal scholarship have paid special attention to this construction, not only in Europe, but also in South America. This essay examines the basis of such institution and, specially, its functioning in white-collar cases. The reason for this analysis is that current case law in Germany is applying this theory to sanction D&Os of mayor companies whilst punishing at the same time operative level employees. After a critical evaluation, the author reaches the conclusion that though it does not work for individual liability, it may be of great help in the realm of corporate criminal liability.

Keywords: Organizational control – Directors and officers – Corporate criminal liability.

Área do direito: Penal; Internacional

Introducción[1]

(1). Las dificultades de imputación en el seno de empresas con una estructuración sumamente compleja han provocado que a lo largo de las últimas décadas se hayan buscado nuevas vías para realizar imputaciones jurídico-penales en el ámbito interno de la empresa.[2] De entre las diferentes alternativas, la discusión dogmática ha prestado especial interés a dos de ellas: la comisión por omisión y la autoría mediata.[3] En concreto esta última está siendo objeto de una viva discusión referida, sobre todo, a la posibilidad de trasladar a la empresa los criterios desarrollados, en principio, para una construcción un tanto diferente: los aparatos organizados de poder.[4] Así, ya de entrada, debe señalarse que la construcción de

1. El presente artículo constituye una versión modificada de la ponencia presentada en Diciembre de 2002 en la Universidad Autónoma de Madrid en el seno del Proyecto Estudio de Derecho Comparado sobre la imputación jurídico-penal en estructuras organizativas complejas, en especial en el ámbito empresarial. La realización de esta investigación ha sido posible gracias a una beca del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD).

2. Sobre dicha problemática de imputación vid. Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, pp. 142 ss., 226 ss., 264 ss.; Heine, *Die Strafrechtliche Vernatwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlrverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, 1995, pp. 27 ss., 31 ss., 47 ss., 96 ss., 108 ss., 135 ss.; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternative*, 1996, passim; Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzüg des Umweltstrafrechts*, 1998, pp. 89 ss., 131 ss., 187 ss., 205 ss.; Schünemann, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación (traducción de Beatriz Spínola Tártalo y Mariana Sacher), en: *ADPCP* 2002, pp. 9 ss.

3. Vid. Silva Sánchez, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en: Schünemann/Figueiredo (eds.)/Silva Sánchez (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1995, pp. 369 ss.; Íd., Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, en: Bacigalupo (Dir.); *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, 1997, pp. 12 ss.; vid. además resumidamente sobre la problemática de la autoría en el seno de la empresa Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte General*, 1998, pp. 192 ss. En la literatura alemana vid. últimamente Ransiek, Strafrecht im Unternehmen und Konzern, en: *ZGR* 1999, pp. 613 ss., 633 ss.

4. En la literatura alemana, vid. ahora sólo Rotsch, Die Rechtsfigur des Täters hiner dem Täter bei der Begehung von Straftaten eim Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Überträgbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, en: *NStZ* 1998, pp. 491 ss.; Otto, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, en: Jura 2001, pp. 753 ss. En la

la autoría mediata en los aparatos organizados de poder es, con carácter previo a su aplicación al ámbito empresarial, un tanto problemática.[5] Su posterior transposición a la esfera de la empresa presenta, además, problemas añadidos, ya que se ve confrontada con la cuestión de hasta qué punto puede considerarse que la empresa reviste las características definitorias de dichos aparatos. Evidentemente, ya la concepción básica de la autoría mediata, en la cual es necesaria la utilización de un instrumento carente de autonomía[6] – a saber, el ejecutor inmediato –, presenta una resistencia conceptual inicial a ser empleada cuando el "hombre de adelante" es considerado[7] *autor* del delito: implica, principalmente, un "choque" contra el principio de responsabilidad propia (*Eigenverantwortung*).[8] Se trata, a saber, de la

literatura española vid. Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 376 ss.; Meini, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, 2003, pp. 181 ss.; Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad de empresa*: La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas, 2002, pp. 57 ss.; Muñoz Conde, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?, en: *RP* 6 (2000), pp. 104 ss.; Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, 2000, pp. 165 ss.

5. Este aspecto lo subraya especialmente Rotsch, NStZ 1998, p. 493.

6. Precisamente por la falta de autonomía del hombre de adelante puede imputársele el hecho al hombre de atrás. Ello es reconocido mayoritariamente vid. por ejemplo Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, 1992, pp. 64 s.; Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 30; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed. 1991, [reimpresión 1993] n.m. 21/26 [hay una traducción de Cuello Contreras/González de Murillo: Jakobs, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997]; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. 1996, § 64 p. 668.

7. En este sentido resulta interesante la argumentación de Meini, *Responsabilidad penal del empresario*, p. 120, [siguiendo el razonamiento de Bolea Bardón, Autoría mediata, p. 158] cuando introduce una distinción entre perspectivas señalando que "el ejecutor no ha de ser considerado un instrumento en sí mismo, sino que se le atribuye tal condición sólo desde la perspectiva del autor mediato para fundamentar su responsabilidad, pero para argumentar la propia responsabilidad penal del ejecutor, éste habrá de ser considerado como autor y, conforme a ello, valorarse las circunstancias que, de concurrir, disminuirán o neutralizarían su responsabilidad".

8. Vid. ahora sólo Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Begehung*, 1997, pp. 146 ss., 151 s. Vid. en la literatura española respecto de la aplicación de la figura al ámbito empresarial Bolea Bardón, *Autoría mediata*, pp. 350 s.; Meini, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 117 ss.; Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad de empresa*, pp. 94 s.; Ferré Olivé, Blanqueo

La problemática principal se debía a que los soldados situados en la frontera ya habían sido condenados en grado de autores,[13] por lo que se planteaba la difícil cuestión de la imputación de responsabilidad a un superior cuando el subordinado ha sido ya considerado una *persona plenamente responsable.*[14] La solución, a primera vista, podría fundamentarse en la inducción, lo cual, no en vano, ha sido defendido por varios autores.[15] Sin embargo, gracias a una nueva distinción entre autoría y participación,[16] Roxin había fundamentado – alejándose de la fuerte concepción subjetivista dominante por aquél entonces – un tipo de autoría mediata que sirvió de base a la posterior sentencia del Tribunal Supremo alemán, si bien la transcendencia práctica en términos de pena no tenía excesiva importancia dada la proximidad de los marcos punitivos de ambas figuras.

(3). Hasta aquí podría parecer que la incidencia de esta cuestión en el ámbito empresarial sería nula o, si acaso, leve. Muy al contrario, empero, la relevancia de la misma está asegurada en tanto que el propio Tribunal Supremo alemán afirmó en la referida sentencia, confirmándolo posteriormente,[17] que dicha construcción teórica era susceptible de transposición al ámbito de las empresas y organizaciones económicas. Precisamente con motivo de esta afirmación se ha generado una

13. Vid. ahora BGH 30, 31; 40, 232.

14. El propio creador de la figura dogmática reconoce las dificultades que se presentan al considerar que el ejecutor es, simultáneamente, autor responsable e instrumento de otro autor: vid. p.ej. Roxin, Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, en: Samson et al (eds.), *Festschrift für Grünwald*, 1999, p. 550.

15. Vid., entre otros, Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 90; Herzberg, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en: Amelung (ed.), *Individuelle Vernatwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 37 ss.; Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 9ss., 143 ss. 510 s.

16. Para un repaso actual del estado de la cuestión en el ámbito de la autoría y la participación vid. Roxin, Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión, en: Roxin/Jakobs et al, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 155 ss., sobre la autoría mediata pp. 159 ss., 171 s. Vid. también recientemente Küpper, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen en: GA 1998, pp. 519 ss.

17. BGH 40, 218 (236, 237); cfr. BGH, NStZ 1996, pp. 296, 297; BGH, NJW 1998, 767, 769.

interesante discusión en la literatura científica.[18] Resumiendo la finalidad de esta figura: a través de la aplicación en el ámbito empresarial de la autoría mediata en aparatos organizados de poder se intenta fundamentar la punibilidad de los directivos o dueños del negocio, afirmando igualmente la responsabilidad de los operarios de niveles inferiores. Se trata, en definitiva, de un mecanismo para poder alcanzar a la "cúspide" empresarial, lo cual coincide con la concepción generalizada de que la permanencia de la responsabilidad penal en los niveles inferiores de la organización empresarial trae consigo un indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas jurídico penales.[19]

(4). Por lo tanto, resulta justificado revisar los elementos básicos de esta figura – Infra I, II y III – para observar, con posterioridad, las posibilidades que la misma ofrece para ser trasladada al ámbito empresarial – Infra IV. Como se observará, las dificultades de dicha traslación son realmente notables, y ello hasta tal punto, que no parece adecuada su utilización como fundamento de la responsabilidad penal individual – Infra V. Ello no obsta para que, tal vez, pueda

18. Vid., sin ánimo de exhaustividad, Große, *Management und Wirtschaftsstrafrecht*: Strategien zur Risikovermeidung und Schadenbegrenzung, 2001, pp. 9 ss.; Rotsch, NStZ 1998, pp. 491 ss.; Heine, Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften, en: *ZStrR* 119 (2001), pp. 22 ss.; Otto, Jura 2001, p. 759; Ransiek, ZGR 1999, pp. 633 ss., 635; Bottke, Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftkriminalrecht – de *lege lata* und de *lege ferenda* en: *JuS* 2002, pp. 322 s.; Del Río Fernández, La autoría en organizaciones complejas, en: Román Puerta (Dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, 1999, pp. 197 ss.; Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad del empresa*, pp. 57 ss.; Meini, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 183 ss.; Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, 2000, pp. 177 ss.; Silva Sánchez, Criterios de asignación, pp. 11 ss.

19. Fundamental al respecto Schünemann, Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa, en: *ADPCP* 1988, p. 533. Igualmente vid. Silva Sánchez, Responsabilidad penal de las empresas, p. 368 cuando señala que las estructuras de imputación que se generen deberán ser aptas para atribuir el hecho a los responsables en el nivel jerárquico superior, de tal manera que puedan satisfacerse las necesidades preventivas. Cfr., sin embargo, las recientes reflexiones de Schünemann, *ADPCP* 2002, pp. 10 ss. respecto de la tendencia ya generalizada de trasladar la responsabilidad penal lo máximo "hacia arriba", concluyendo que "en vista de las estructuras sociológicas y psicológicas del sistema no es adecuado imputar sin más a las personas físcias que están en la cúspide del sistema las obras de éste como una acción propia" (p. 16).

considerarse una herramienta de imputación adecuada en otro ámbito; a saber, el de la responsabilidad penal de la propia empresa – Infra VI.

1. Orígenes y evolución de la construcción de Roxin

(1). En su conocida monografía *Autoría y dominio del hecho*, Roxin adopta el dominio del hecho como criterio configurador de la autoría.[20] Dicho criterio tiene fundamentalmente tres formas de aparición: como dominio de la acción, como dominio funcional del hecho y, lo más relevante a estos efectos, como dominio de la voluntad. Así, conviene señalar, ya en este punto, que la forma señalada en último lugar fundamenta la *autoría mediata*, mientras que el anterior sirve de base a la *coautoría*.[21] Resumiendo y centrando la atención en el primer supuesto, el dominio de la voluntad puede ocurrir de tres maneras diferenciadas:

20. Vid. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. ed., 1999, passim. [Existe una traducción al español a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo bajo el título Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000]; Íd., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 25.

21. Esta referencia se justifica en función de que son varios los autores que intentan solventar los supuestos de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización de la mano de la coautoría. Vid. entre otros Dierlamm, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Geschäftsführer, en: *NStZ* 1998, pp. 569 s.; Jakobs, *AT*, § 21/40 ss.; Íd., NStZ 1995, pp. 26 s.; Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, p. 670; Murmann, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, en: *GA* 1996, pp. 269 ss., 279; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 6. ed. 2000, § 21/92; Íd., Jura 2001, pp. 757 ss.; Samson, *SK*, 6. ed., 2001, § 25 n.m. 110; Weber, en: Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT*, 10. ed., 1995, § 29 n.m. 147; puede deducirse de su posición Derksen, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, en: *GA* 1993, pp. 163 ss.; Lesch, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, en: *ZStW* 105 (1993), pp. 271 ss. (como lo hace Jakobs, NStZ 1995, p. 27); Kindhäuser, Handlungs – und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, en: Bohnert et al (eds.), *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Hollerbach*, 2002, pp. 627ss. (como lo hace Otto, Jura 2001, p. 759). Partidarios de la solución de la coautoría para el ámbito empresarial Schünemann, Unternehmenskriminalität, p. 632; Íd., ADPCP 2002, pp. 9 ss., 18 ss. [cfr. la réplica de Roxin, *AT, II*, n.m. 137]; recientemente Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2004, p. 121; Muñoz Conde, RP 6 (2000), p. 113; Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad de empresa*, pp. 137 ss.

por dominio del error,[22] por dominio de la coacción[23] o, entrando de lleno en la autoría mediata en aparatos de poder organizados, por dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*).[24]

(2). En el caso señalado en el párrafo anterior *in fine*, el autor de detrás se vale de la estructura de este tipo de aparatos ya que, se afirma, en los mismos la ejecución de su orden está asegurada independientemente de quién sea el individuo concreto que la realice; es decir, *la ejecución del mandato no depende en absoluto de la individualidad del ejecutor inmediato*. Expresado de manera plástica, los ejecutores son "sólo piezas intercambiables del engranaje del aparato de poder y, a diferencia del autor en relación con el inductor, no pueden cerrar el paso al hombre de atrás".[25] Es precisamente la característica de ser piezas intercambiables, en otras palabras, la absoluta intercambiabilidad (fungibilidad) de los ejecutores, un criterio fundamental del dominio de la organización.

(3). En la concepción original de Roxin existen tres elementos que caracterizan el dominio de la organización: (1) la intercambiabilidad de los ejecutores individuales, que fungen como piezas intercambiables en el aparato de poder (fungibilidad); (2) una organización vertical estructurada jerárquicamente (un aparato de poder); (3) la actuación del aparato fuera del ordenamiento jurídico (desvinculación del Derecho). Se acaba de hacer referencia a la posición "original" de Roxin ya que en tiempos recientes, el ya jubilado catedrático muniqués ha modificado en parte dichos presupuestos, en especial el referido a la necesidad de desvinculación del Derecho, el cual parecía ser el obstáculo insalvable para la transposición de esta construcción al ámbito empresarial. La cuestión no es

22. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 170 ss.; Íd., *AT II*, §§ 25/61 ss.

23. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 142 ss.; Íd., *AT II*, §§ 25/47 ss.

24. Cfr. ahora sólo Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 242 ss.; Íd., *AT II*, §§ 25/105 ss.; Íd., Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, en: *GA* 1963, pp. 200 ss.

25. Roxin, Probleme von Täterschaft und Teilnahme, p. 550.

irrelevante ya que para dicha transposición deberían cumplirse todos los requisitos que se exijan para dicho tipo de autoría mediata.

(4). En cualquier caso, estas reflexiones llevan al terreno de la fundamentación del dominio de la organización, circunstancia por la cual conviene hacer referencia a otras posiciones doctrinales que han tratado de fundamentar el concepto que late tras el dominio de la organización de diversas maneras, ya que de las mismas pueden derivarse interesantes consecuencias para el desarrollo de estas páginas. Por supuesto, en este punto no se pretende agotar la extensa discusión que ha generado el dominio de la organización, sino únicamente realizar algunas precisiones que vayan apuntando el carácter problemático de esta construcción.

2. El núcleo de la discusión: el dominio de la organización

En la discusión que ha sucedido a la construcción científica de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder puede observarse cómo la piedra angular radica en el *criterio* que fundamenta el dominio de la organización. Numerosos autores coinciden con Roxin en la afirmación de que el dominio de la organización se conforma como la guía básica para determinar la autoría mediata en estos casos.[26] Las discrepancias comienzan a aparecer cuando se hace referencia

26. Vid. por ejemplo Cramer en: Schönke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 25. ed., 1997, § 25 n.m. 25; Lackner, *StGB*, 22. ed., 1997, § 25 n.m. 2; Samson, *SK-StGB*, §§ 25, 26; Maurach/Gössel, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, 7. ed. 1989, § 48 n.m. 88 (haciendo sin embargo referencia a la contradicción que supone con el principio de responsabilidad referido anteriormente); Vid. también la antigua posición de Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 42 s.; Íd., Jura 1990, pp. 16 ss., 23 s., quien reconocía ya entonces que constituía una excepción al principio de responsabilidad, lo que seguramente ha sido el principal motivo de que hoy en día sostenga que se trata de un supuesto de inducción. En aquel entonces Herzberg sostenía que el instrumento necesario para configurar la autoría mediata no lo constituye el ejecutor inmediato, sino precisamente el aparato de poder que funciona de manera mecánica. Una reflexión semejante se encuentra en Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, p. 22, cuando señala que existe un "instrumento (humano), que ya se presupone verbalmente – qua 'aparato'." Vid. por último también Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. ed., 1984, 10/95. En la literatura española vid. entre otros Bacigalupo Zapater, *Principios de Derecho penal*. Parte General 5ª, 1998, p. 372; Bolea Bardón, *Autoría mediata*, pp.

al fundamento de dicho dominio, por lo que en lo que sigue se hará referencia a ciertas reflexiones que se han efectuado en torno al mismo.

2.1 Dominio de la configuración relevantemente superior

Este concepto es acuñado por Bottke en el marco de una investigación más amplia sobre el fundamento de la autoría – al menos, en el sistema común europeo.[27] En principio, la responsabilidad del superior jerárquico viene dada por su "dominio de la configuración relevantemente superior". Sin embargo, debido a que las empresas o establecimientos no pueden considerarse aparatos de poder aciviles,[28] "es inadmisible hacer responder siempre como autor mediato por omisión a aquél que no impide los hechos punibles, relativos al establecimiento, de sus subordinados".[29] Ahora bien, eso no significa que *nunca* pueda hacérsele responsable. Para Bottke esta posibilidad entra en consideración cuando el superior jerárquico sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que

335 ss.; Díez y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 648; Gómez Benítez, El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), en: *ADPCP* 1984, pp. 103 ss., 141 ss.; Meini, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 118 ss., 197.

27. Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 71 s.; Íd., Estructura de la autoría ne la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad Europea (trad. Mirentxu Corcoy Bidasolo), en: Schünemann/Figueiredo (eds.)/Silva Sánchez (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1995, pp. 309 ss. Para una recensión crítica vid. Lesch, GA 1994, pp. 112 ss.

28. Vid. Bottke, Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en: Mir Puig/Luzón Peña (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996 p. 172, ahondando en esta consideración, pp. 182 ss. e Íd., Criminalidad económica y Derecho criminal económica en la República federal de Alemania, en: *RP* 4 (1999), pp. 26 s., considerando que el fundamento de la pena en los casos de autoría mediata en virtud del dominio de la organización únicamente puede residir en la debilitación del principio de tipicidad que acontece en las violaciones de los derechos humanos organizadas por Estados que no son Estados de Derecho. Dado que ese no es el caso de las empresas, no puede acudirse a ese criterio en el ámbito empresarial.

29. Bottke, Responsabilidad por la no evitación, p. 172.

su propio subordinado. En este supuesto "el eventual comportamiento doloso del subordinado que sufre un relevante desconocimiento y su posible punibilidad como autor de un delito doloso, no se opone a la responsabilidad del superior que posee un conocimiento relevante".[30] Así, el propio Bottke pone un ejemplo de la constelación de autor detrás del autor: "Si el aprendiz A se imagina, por ejemplo, que introduce en un río de modo no autorizado, cuando abre la compuerta del canal de aguas residuales, 10 litros de aguas residuales, el oficial B, superior a él, cree que la apertura pondría en peligro el abastecimiento público de agua y el patrón C, superior de los dos, sabe que la apertura pondría en peligro la concreta integridad física y vida de otros, serán B y C, con independencia el uno del otro, autores mediatos por omisión".[31]

2.1.1 Dominio social

Otros autores han hecho referencia a la existencia de un dominio social del hecho. En primer lugar debe hacerse referencia a la breve e interesante monografía de Schild "Autoría como dominio del hecho", puesto que en ella mantiene una posición un tanto diferente a la de Roxin, pese a partir del mismo planteamiento. En efecto, tras mostrarse plenamente de acuerdo con el punto de partida normativista que orientaba la crítica de Roxin a la teoría finalista de la acción, procede a criticar precisamente la concepción desarrollada en relación con el dominio de la organización en tanto que se produce un retroceso a relaciones fenotípicas, pre-normativas de la acción; en pocas palabras, se acude a la ejecución del hecho

30. Bottke, Responsabilidad por la no evitación, p. 172.

31. Vid. Bottke, Responsabilidad por la no evitación, pp. 176 s. Parecería que, en este contexto, también puede abrirse la posibilidad de la responsabilidad de ambos – superior jerárquico y subordinado – cuando el superior conoce de la existencia una actitud criminal establecida por el colectivo, de tal manera que cuando envía la orden de cometer un delito es consciente del alto grado de probabilidad de que la orden se cumplirá y del mayor riesgo que supone para el bien jurídico. Sin embargo, cfr. las propias reflexiones de Bottke, Responsabilidad por la no evitación, pp. 182 ss.

"de propia mano", "de manera inmediata".[32] De esta manera, tras una crítica de superficialidad del parágrafo 25.I del Código penal alemán,[33] sostiene que el hombre de atrás tiene el dominio de la acción típica (*Tatbestandshandlungsherrschaft*) en tanto que tiene el dominio del aparato. Por lo tanto, en lugar de considerar la existencia de una autoría mediata, se decanta por la fundamentación de una autoría única. En su opinión, el dominio sobre el aparato – precisamente el instrumento (¡!) – *le confiere al hombre de atrás el dominio de la acción* y, por lo tanto, es irrelevante cómo haya de ser cualificado el ejecutor. Se trata, en definitiva, de la realización de la voluntad del autor a través de un aparato.[34]

Además de la fundamentación de Schild, también Gropp encamina sus reflexiones hacia una suerte de dominio social. Así, en su comentario a referida la sentencia del Tribunal supremo alemán de 1994, Gropp hace referencia al dominio social para caracterizar el *actuar en el seno de "cursos reglados"*, circunstancia que, a su parecer, fundamenta el dominio de la organización necesario para la autoría mediata. Por lo tanto, la cuestión decisiva no es que el aparato de poder sea un "aparato injusto", sino que el aparato organizado de poder pueda fundamentar el *dominio social*.[35]

32. Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, p. 17.

33. En realidad, cuando en estos casos se está cometiendo la acción a través de un "instrumento", no se está cometiendo a través de otro: si tiene la cualidad de "otro" – es decir, de ser persona – no puede ser considerado instrumento. Vid. Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, p. 24.

34. Vid. Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, p. 22. En relación con las agudas consideraciones de Schild deben realizarse las siguientes precisiones sobre el término dominio de la organización. El autor de detrás tiene el dominio inmediato sobre la organización y no sobre los miembros en particular; de ahí que Schild derive la responsabilidad del hombre de atrás como autor. Sin embargo, debe tenerse igualmente en cuenta que gracias a ese dominio inmediato de la organización, el hombre de atrás alcanza un dominio mediato del ejecutor. Ciertamente el termino "dominio de la organización" pone el acento sobre la organización y no sobre el ejecutor, hecho sobre el cual volveremos más adelante. De cualquier manera, conviene notar que Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 46 ss., se apoya con bastante fuerza en la argumentación de Schild.

35. Gropp, Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern, en: *JuS* 1996, pp. 13 ss., 16.

2.1.2 *Responsabilidad por el injusto de la organización* (Organisationsunrecht)

Ya en las primeras reflexiones de Roxin sobre la "naturaleza" de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, se señala que dichos hechos podían intentar comprenderse bajo dos ópticas: como delitos colectivos o como hechos individuales, señalando a continuación que ninguna de estas perspectivas por sí solas llegaría a comprender adecuadamente la materia.[36] Dicha dualidad se encuentra reflejada en las fundamentaciones de dos autores: René Bloy y Kai Ambos.

En lo que al primer autor se refiere, conviene tener en cuenta que Bloy se ha dedicado extensamente a las formas de participación,[37] realizando en este punto también interesantes contribuciones. Su razonamiento, escuetamente sintetizado, discurre de la siguiente manera: el ejecutor inmediato es responsable penalmente por su propio hacer; pero, además, hay que tener en cuenta que a través de él actúa, simultáneamente, la propia organización. Se fundamentan así *dos tipos de injusto*: (1) un injusto organizativo que domina aquel que domina la organización – esto es, *el hombre de atrás* – y (2) un injusto individual que domina claramente el ejecutor – esto es, *el hombre de adelante*.[38] En definitiva, dada esta dualidad de injustos parece encontrarse una salida del atolladero consistente en afirmar la responsabilidad plena de una persona que, sin embargo, se considera un instrumento. En esta construcción *no se superponen* los fundamentos de punición de ambas personas.

En esta línea también se encamina Ambos,[39] quien distingue entre injusto individual e injusto colectivo precisamente para superar la objeción, referida inicialmente, sobre la contradicción que supone la aplicación de la autoría mediata

36. Roxin, GA 1963, p. 193.

37. Bloy, *Die Beteiligunsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.

38. Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, en: *GA* 1996, pp. 424 ss., 441.

39. Ambos, Tatherrschaft durch Willenherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, en: *GA* 1998, pp. 226 ss.

al pretender el dominio sobre un autor en sí mismo plenamente responsable. Ahora bien, Ambos señala que, en el caso del injusto colectivo, debe rechazarse un principio de autorresponsabilidad estricto y deben replantearse las reglas tradicionales de la imputación cuando exista una ejecución del hecho ajena en casos de formas de comportamiento macrocriminales. Ambos fundamenta una responsabilidad por el injusto de la organización (*Verantwortung kraft Organisationsunrecht*) en una competencia funcional, la cual se deriva de la circunstancia de que el hombre de atrás únicamente domina al ejecutor de manera mediata a través del aparato.[40]

Pese a no constar, por lo general, en el marco de estas reflexiones, no puede finalizarse este tipo de fundamentación sin hacer referencia a quien, ya antes que ambos autores, hizo acopio de una forma de injusto de organización – a saber el denominado "injusto de sistema" – para, entre otras cuestiones, fundamentar la coautoría. En efecto, las consideraciones que acaban de exponerse hacen recordar extraordinariamente a lo ya dicho por Lampe en relación con los, por él denominados, sistemas de injusto simples.[41] Para Lampe, la *coautoría* consiste en algo más que una adición de conductas individuales: es un injusto de sistema funcionalmente organizado. El injusto de dichos sistemas de injusto (*Unrechtssysteme*) no debe considerarse un injusto de relación (*Beziehungsunrecht*) – fundamentador del injusto personal – sino un injusto de sistema (*Systemsunrecht*).[42] Resumidamente puede decirse que la coautoría exige el comportamiento solidario consciente en un sistema funcional del cual resultan lesiones o peligros para los bienes jurídicos de terceros, derivándose de ello una responsabilidad que incluye, más allá de la responsabilidad por el propio hacer, el comportamiento del otro autor sistémicamente vinculado.[43] No resulta difícil apreciar cierta correlación entre el injusto de organización (*Organisationsunrecht*) anteriormente expuesto

40. Ambos, *GA* 1998, p. 234.

41. Lampe, Systemunrecht und Unrechtssysteme, en: *ZStW* 106 (1994), pp. 688 ss.

42. Lampe, ZstW 106 (1994), pp. 703 ss. para la coautoría.

43. Lampe, ZstW 106 (1994), p. 690.

y el injusto de sistema (*Systemsunrecht*). Sin embargo, como acaba de señalarse, esta construcción teórica es empleada por Lampe para fundamentar la coautoría y no la autoría mediata.

2.1.3 Utilización de quien ya se ha decidido por el hecho

En una conocida monografía, aparecida poco tiempo tras el escrito de habilitación de Roxin, Schroeder cuestiona el criterio de la fungibilidad planteado por aquél, ya que aunque los ejecutores no fueran intercambiables, ello no cambiaría nada respecto de la responsabilidad jurídico-penal de los partícipes.[44] En su opinión, se trata de un caso de "utilización de quien ya se ha decidido por el hecho" y, en consecuencia, el ejecutor carece de una voluntad suficiente de oponerse a la orden.[45] No es de extrañar que Schroeder vea en la sentencia del BGH una comunión con sus pensamientos, en tanto que en la misma se hace referencia a la "explotación de la disposición incondicional a realizar el tipo por parte del actor inmediato".[46]

3. Requisitos básicos del dominio de la organización

Una vez examinadas algunas posibles modificaciones del fundamento del dominio de la organización, debe procederse al desglose y análisis de cada uno de los requisitos tradicionales del dominio de la organización, refiriendo brevemente la problemática que ha devenido en cada uno de ellos para, en un epígrafe posterior, examinar los problemas que se plantean con la transposición al ámbito empresarial. En principio, una exposición escueta en este apartado resulta suficiente para poner de manifiesto el objeto de este artículo: la problemática que impera en el dominio de la organización con anterioridad a su transposición al ámbito empresarial.

44. Schroeder, *Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 168; Íd., JR 1995, p. 178.
45. Vid. Schroeder, *Täter hinter dem Täter*, p. 222.
46. Vid. Schroeder, JR 1995, p. 179.

3.1 La intercambialidad o fungibilidad

(1). El criterio de la fungibilidad posee una relevancia especial puesto que el hecho de que los ejecutores aparezcan como piezas intercambiables en este mecanismo produce la certeza (¿?) de que la orden que emana del autor de detrás va a ser cumplida: en caso de que una de las piezas intercambiables se negara, serían reemplazada por otra que sí llevaría a cabo la orden. De ahí que, en definitiva, la individualidad del ejecutor concreto no juegue papel alguno en la efectiva materialización de la acción. El ejecutor es una "figura anónima, intercambiable".[47] Así, se considera que este elemento constituye el fundamento central de la teoría del dominio de la organización.[48]

Sin embargo, pese a la importancia que reviste dicho elemento, puede afirmarse que ha recibido serias críticas por parte de la doctrina, principalmente por su inconsistencia. Desde luego, difícilmente se conjuga la perspectiva de considerar que el ejecutor es una figura *totalmente intercambiable* con el hecho de que se le está considerando un autor *plenamente responsable*. El principio de autorresponsabilidad parece desplegar aquí unos efectos devastadores para esta construcción.

(2). De esta manera, la fragilidad de la fungibilidad se muestra con toda claridad cuando se adopta la perspectiva del *hecho concreto* que se está enjuiciando. El ejecutor del hecho, fácticamente, no puede ser intercambiado en cualquier momento con respecto al hecho concreto.[49] A título de ejemplo: si cuando el fugitivo F estaba escapándose, el guardián del muro G no hubiera disparado, F no hubiera muerto, siendo, por lo demás, imposible que en ese preciso momento G hubiera sido intercambiado por otro guardián G2. Ello puede deberse a que en la situación concreta no se dispone de suficientes medios de reemplazo y que,

47. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 245.

48. Vid. sólo Herzberg, Mittelbare Täterschaft, pp. 37 ss.

49. Murmann, *GA* 1996, pp. 269 ss., 273 ss.; Herzberg, Mittelbare Täterschaft, pp. 37 ss.; Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89; Jakobs, *AT*, § 21/103 y nota 190; Rotsch, Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, en: *ZStW* 112 (2000), pp. 526 ss., 528.

por lo demás, la certeza de la que habla Roxin se transforma claramente en una mera probabilidad si se parte de que el ejecutor es una persona responsable, esto es, que actúa libremente – tal y como señala correctamente Herzberg.[50] Frente a estas críticas Roxin ha argumentado que, como cualquier forma de autoría, la autoría mediata no supone un éxito asegurado sino que resulta perfectamente concebible una tentativa.[51] Por ejemplo, señala el autor alemán, cuando se envía a un disminuido psíquico a que cometa un delito determinado, éste puede distraerse por cualquier motivo y hacer que el objetivo del autor mediato no se vea cumplido. Ahora bien, la astucia de Roxin trayendo a colación el argumento de la tentativa, se ve fuertemente contradicho por Herzberg cuando señala que los ejemplos introducidos por Roxin en la discusión son precisamente ejemplos clásicos de la autoría mediata, v. gr., casos de personas disminuidas, que no se corresponden en absoluto con la figura del dominio de la organización en la cual el ejecutor inmediato es una persona plenamente responsable y no un disminuido psíquico.[52] En este punto las réplicas de Roxin[53] no merman en absoluto la contundencia de la

50. Herzberg, Mittelbare Täterschaft, p. 37 ss., 38. Herzberg también trae a colación que la réplica consistente en señalar que G2 podría repetir el hecho supone la introducción de un segundo hecho y no de la valoración jurídico-penal del hecho concreto que se quiere dilucidar.

51. Roxin, Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg, en: Amelung (ed.), *Individuelle Vernatwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 56; Íd., *AT, II*, n.m. 115.

52. Herzberg, Mittelbare Täterschaft, p. 58. Precisamente en este punto se plantea la más que dudosa vigencia de la absoluta fungibilidad del ejecutor inmediato dado que, caso de concurrir realmente ésta, no debería poder siquiera plantearse la posibilidad de que la orden no se llevara a cabo. Mediante el recurso a los casos clásicos de la autoría mediata, Roxin evita señalar lo que, a mi juicio, es su única salida: afirmar que el dominio de la organización eleva únicamente la probabilidad del cumplimiento de la orden, pero no tanto como para poder afirmarla un 100 %. Sin embargo, afirmar un dominio fundamentador de la autoría basado en elevaciones de probabilidad de resultado no constituye, a mi entender, fundamento suficiente.

53. Así, Roxin, *AT, II*, n.m. 114 intenta distinguir el "caso concreto" (*Einzelfall*) del "caso normal" (*Normalfall*), indicando que la cuestión no radica en determinar si en cada concreto funciona la "automatización", si no en si funciona en el caso normal. Según Roxin dicha automatización sí funciona en el caso normal, mientras que la inducción – es decir, la solución propuesta por Herzberg – no. Sin embargo, dichas reflexiones se compaginan mal con una fundamentación

objeción de Herzberg, por lo que el pilar fundamental de la construcción roxiniana parece comenzar a tambalearse seriamente.

(3). Por otro lado, se ha señalado, también de manera acertada, que si se llegara a admitir una fungibilidad de las personas situadas en los escalafones inferiores de la jerarquía, habría que admitir igualmente la fungibilidad de los situados en la cúspide, dado que en el momento en el que éstos no llevaran a cabo lo que constituye la "política" de la organización, serían inmediatamente reemplazados.[54] Por lo demás, parece que la objeción más radical en este ámbito es la planteada por Jakobs, ya que para este autor la fungibilidad o intercambiabilidad constituye un mero dato naturalístico sin relevancia alguna normativa.[55]

(4). Con todo, merece llamar la atención sobre la posición de Kuhlen,[56] puesto que en su opinión la fundamentación de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización no es una construcción *ad hoc* sino que se conjuga perfectamente con los principios básicos de la autoría. De esta forma, la objeción fundamental que suele presentarse en el sentido de que vulnera el principio de la responsabilidad propia, no es cierta. Para ello recurre a la noción de dominio de Max Weber, en tanto que bajo la misma no sólo se comprende socialmente el actuar no-libre, sino también el actuar libre.[57] Es decir, también se puede dominar a quien

del dominio basada precisamente en la *certidumbre* – con independencia del caso concreto – del hombre de atrás de que su orden se cumplirá.

54. Vid. recientemente Bosch, *Organisationsverschulden*, p. 235.

55. Vid. la fundamentación en Jakobs, *AT*, § 21/40 ss.; Íd., NStZ 1995, pp. 26 s.

56. Kuhlen, Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, p. 82.

57. La referencia de Kuhlen a Weber resulta acertada en tanto que, pese a que Kuhlen no lo cite en su artículo, el concepto de poder ha sido una constante en las teorías de la organización fundamentalmente a partir de la teoría de dicho sociólogo. Sin embargo, debería especificarse qué tipo de poder puede constatarse en el seno de la organización, puesto que no siempre coincidirá con el supuesto del actuar libre del sujeto. [vid. sólo Etzioni, *A comparative analysis of complex organizations*, 1961, pp. 3 ss., quien con base en las formas diferenciadas de poder, realiza una clasificación de los distintos tipos de organizaciones]. Por lo demás, la inteligente construcción de Roxin "aparatos organizados de *poder*" invita a un estudio más preciso de las relaciones de

está actuando libremente, y ello es posible no sólo conceptualmente, sino también *socialmente*. Por ello, estima este autor que es perfectamente plausible fundamentar la autoría mediata cuando el ejecutor también es considerado plenamente responsable. Lo dicho tiene como consecuencia que la distinción entre inducción y autoría mediata ya no radique en el principio de responsabilidad propia. En lugar de esta clara línea divisoria, se introducen criterios en función de grupos de casos, lo cual es menos claro y hace necesaria una delimitación material. En aras de ello, Kuhlen acude al criterio de Schroeder de la predisposición del ejecutor, considerando que la intercambiabilidad sólo es un motivo para la generalizada disposición para las consecuencias de los colaboradores que, por lo demás, tiene un efecto muy notable en las grandes empresas.[58]

3.2 La jerarquía organizativa

(1). La existencia de una férrea jerarquía de mando se constituye igualmente como un requisito indispensable del dominio de la organización, puesto que ello posibilita que la orden vaya discurriendo por los diferentes escalafones jerárquicos sin ser discutida y que, por lo tanto, exista la máxima certeza de que será ejecutada. Precisamente en este "atravesar" los diferentes escalafones, el dominio de la organización va desplegando considerables efectos, en tanto que la presencia de una jerarquía influye decisivamente en la caracterización también como autores mediatos de todos aquellos que participen en la cadena de mando. En definitiva, no sólo es autor mediato el que está situado en la cúpula – el jefe superior de una organización criminal.[59] Toda persona que, en el ámbito de un aparato de poder, se encuentra en una posición en la que imparte órdenes

poder existentes en el interior y alrededor de los mismos [vid. por ejemplo, Mintzberg, *Power in and around organizations*, 1983, passim].

58. Kuhlen, Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, pp. 83 ss.

59. Roxin, *Probleme von Täterschaft und Teilnahme*, p. 556.

a personas subordinadas, debe ser considerado también autor mediato cuando aplica sus órdenes para la ejecución de acciones delictivas.[60]

Así, en comparación con la concepción normal de la autoría se produce una inversión: una pérdida en la cercanía con el hecho se ve compensada a través de la mayor cantidad de dominio organizativo según la posición directiva del aparato.[61] Por lo tanto, es perfectamente concebible que se produzca una cadena de autores mediatos: será autor mediato aquel que en el marco de la jerarquía transmita, con poder de mando independiente, la orden de cometer el delito. Seguirá siendo autor aunque esté cumpliendo con el encargo de posiciones más altas de la jerarquía organizativa.[62]

De la referida exposición parece deducirse que cualquier persona que, en el seno de la organización, se relaciona con la orden se convierte inmediatamente en autor mediato, lo cual supone, a primera vista, una ampliación sin límites de la responsabilidad.[63] Para evitar una ampliación excesiva de la responsabilidad en calidad de autor, Roxin señala que si se trata de conductas consistentes en el mero procesamiento burocrático de la orden emanada de un superior, entonces el grado de responsabilidad adecuado es el de complicidad.[64]

*3.3 La desvinculación del Derecho (*Rechtsgelösheit*)*

(1). La importancia de este requisito para esta investigación reviste especial interés puesto que el propio Roxin percibe en el mismo un obstáculo

60. Vid. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 248.

61. Vid. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 247.

62. Vid. Roxin, *Probleme von Täterschaft und Teilnahme*, p. 556.

63. Una reflexión semejante puede encontrarse en Silva Sánchez, Responsabilidad penal de las empresas, p. 370 s. cuando hace referencia a la responsabilidad de quienes "se limitan a transmitir instrucciones".

64. Vid. Roxin, *Probleme von Täterschaft und Teilnahme*, p. 556.

insalvable para la aplicación de la figura aquí estudiada al ámbito empresarial.[65] Resumidamente pudiera formularse de la siguiente manera: en tanto que la empresa no constituye una organización desvinculada del Derecho no puede considerarse un aparato de poder organizado apto para fundamentar el dominio de la organización del hombre de atrás. La cuestión, empero, no pareciera estar tan resuelta y ello, fundamentalmente, a la discusión que se ha producido en torno a este requisito.

Quizá la primera cuestión que hay que dilucidar es la relevancia que tiene dicho criterio para fundamentar el dominio de la organización. El quid de la cuestión parece radicar en el hecho de que al estar desvinculada la organización del Derecho, las normas jurídicas del ordenamiento no tienen el efecto que se les supone en los miembros de la misma. Si no se produce dicha desvinculación y los ejecutores llevan a cabo las órdenes del autor de escritorio (*Schreibtischtäter*), entonces se presenta un caso de inducción, dado que "la ordenación de acciones punibles no tiene el efecto de fundamentar una autoría puesto que las leyes tienen un valor de rango mayor".[66] En definitiva, la relevancia de este criterio radica en posibilitar la distinción entre autoría mediata e inducción: en caso de existir una desvinculación del Derecho, la orden del superior fundamenta una autoría mediata, mientras que en el supuesto de no que no exista tal desvinculación únicamente cabe apreciar una inducción.[67] Ante esta cuestión se plantea la cuestión de (1) qué grado de desvinculación del Derecho tiene que poder observarse en la organización o, incluso, (2) hasta qué punto resulta necesario dicho presupuesto para fundamentar el dominio de la organización.

(1) En las formulaciones originales puede encontrarse que dicho presupuesto se ve cumplido cuando la organización actúa "fuera del ordenamiento

65. Vid. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 249.

66. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 249.

67. Roxin, *Probleme von Täterschaft und Teilnahme*, p. 558.

jurídico", debiendo tratarse de una forma de actuación de la organización misma.[68] En una depuración de las reflexiones iniciales, tanto Herzberg como Muñoz Conde hacen referencia a que, de mantener un criterio tan estricto de la desvinculación del Derecho, surgiría la imposibilidad de aplicar la figura en cuestión precisamente en la sentencia referida a los miembros de Consejo de Defensa en la época nazi. En efecto, difícilmente puede afirmarse que dicha organización, de dimensiones nada despreciables, se había desvinculado como un todo de las normas del Derecho vigente estatalmente.[69] Roxin realiza dos matizaciones interesantes derivadas de las críticas recibidas: por un lado, señala que el fundamento para poder aplicar esta figura a la criminalidad organizada reside en que no se exige que la banda en cuestión no considere vinculante la totalidad del Código penal, sino que es suficiente con que se refiera a la realización de un tipo en concreto; por otro lado, se afirma que la desvinculación del Derecho no tiene porqué ir referida a ámbitos de actuación globales sino que es suficiente con que se refiere a la comisión de hechos puntuales.[70] Bajo esta nueva perspectiva se favorece evidentemente la aplicación de la figura al ámbito de la empresa.

(2) Más radical respecto de este requisito parece mostrarse Ambos, quien señala que la desvinculación del Derecho representa un *elemento* del dominio de la organización pero *no* constituye un *requisito indispensable* de la misma.[71] Para fundamentar dicha tesis acude a una distinción entre aparatos de poder no organizados estatalmente y aparatos de poder organizados estatalmente. En los primeros puede llegar a producirse una relación simbiótica con el Estado de

68. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 249.

69. Vid. Herzberg, Mittelbare Täterschaft, pp. 37 ss. Vid., también Muñoz Conde, RP 6 (2000), pp. 106 ss.

70. Roxin, *Probleme der Täterschaft un Teilnahme*, p. 556.

71. Ambos, *GA* 1998, pp. 242 s, 245. Cfr. Roxin, Probleme von Täterschaft und Teilnahme, pp. 557 ss. Vid. ya Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, pp. 22 ss.

tal manera que la propia organización, lejos de poder considerarse desvinculada del Derecho, constituye un elemento integrante de éste: constituyen entidades "para-estatales".[72] Ahora bien, el hecho de que se genere dicha relación simbiótica con el Estado no afecta en absoluto al dominio tanto del hecho como del autor que tiene la cúspide. Por lo tanto, quizás pudiera sostenerse que la existencia de una desvinculación del Derecho *favorece* el dominio de la organización en el sentido de que aumenta las posibilidades de que la orden emanada de la cúspide se ejecute efectivamente, pero dicho favorecimiento no constituye un elemento configurador del dominio de la organización. Como conclusión se puede extraer que si la desvinculación del Derecho no constituye un requisito ineludible del dominio de la organización, su concurrencia o no en la empresa adquiere una relevancia mucho menor.[73]

4. Dificultades en la transposición al ámbito empresarial. La empresa: ¿un aparato organizado de poder?

(1). Como ya se ha referido al comienzo, y se ha podido constatar a lo largo de la exposición, la formulación de la autoría mediata presenta en su propia aplicación al ámbito de los aparatos organizados de poder una serie de inconvenientes dignos de consideración. La aplicación al ámbito empresarial

72. Como ejemplos cita la mafia siciliana y los cárteles colombianos.

73. Vid. también llegando a esta conclusión Meini, *Responsabilidad penal del empresario*, p. 179: "la exclusión del aparto de poder organizado del Ordenamiento jurídico nada aporta al dominio que pueda ostentar el mando superior sobre sus subordinados". Cfr. sin embargo Bolea Bardón, *Autoría mediata*, p. 370, quien considera que resulta un presupuesto indispensable puesto que sólo cuando concurre "tienen los mandos dirigentes suficientes razones objetivas para contar con el cumplimiento de órdenes de carácter delictivo". Vid. igualmente las reflexiones de De Figueiredo Días, Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada, en: Ferré Olivé/Anarte Borralo (eds.), *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, p. 105 distinguiendo entre "oposición" y "exclusión" del Ordenamiento jurídico.

supone la introducción de una serie de problemas añadidos, en tanto que, como también se mencionó, debe determinarse si la empresa cumple con los requisitos de un aparato organizado de poder.[74] No obstante, pueden nombrarse al menos dos causas por las que los intentos de aplicación de esta figura al ámbito empresarial resultan valiosos:

Por un lado, ya se ha hecho referencia a que el Tribunal Supremo alemán está desarrollando una jurisprudencia en la que se establece la posibilidad de aplicar esta figura al ámbito de las estructuras organizativas empresariales o de carácter similar, señalando expresamente que "el problema de la responsabilidad en los negocios de las empresas económicas puede solucionarse de esta manera.[75] El desarrollo jurisprudencial ha llevado a Kuhlen a señalar que "en relación con los jefes y empleados, la jurisprudencia acepta con regularidad la autoría mediata".[76] Por otro lado, la figura cobra relevancia en el seno del incipiente Derecho penal económico europeo, puesto que en las discusiones que están teniendo lugar con motivo de la elaboración de un texto que contenga la regulación positiva de los

74. En este sentido, Meini, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 183 s. considera que el funcionamiento de la empresa rara vez resulta comparable al de los aparatos organizados de poder, motivo por el cual las posibilidades de aplicar la autoría mediata en virtud del dominio de la organización en el ámbito empresarial son más bien escasas. Cfr. sin embargo, Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad de empresa*, p. 92, quien, por el contrario, considera que "*la estructura de las organizaciones criminales, y entre ellos los aparatos organizados de poder, presentan bastantes similitudes con las grandes empresas*. Ambas se incluyen dentro de la denominada macrocriminalidad" (subrayado en el original). Sin perjuicio de que esta autora considera que la solución de la autoría mediata para estos casos no es la adecuada debido a la imposibilidad de compaginarla con el principio de autorresponsabilidad [vid. Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad de empresa*, pp. 94 s.], lo cierto es que los supuestos referidos en esta investigación se encuadran más adecuadamente en la mesocriminalidad que en la macrocriminalidad [vid. extensamente respecto de esta categoría Alwart, *Zurechnung und Verurteilen*, 1998, pp. 24 ss.]

75. BGH 40, 218, 236 s.

76. Kuhlen, Strafrechtliche Produkthaftung, en: Roxin/Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, 2000, pp. 647 ss., 671. Vid. además las sentencias del BGH en NStZ 1997, p. 544; NJW 1998, p. 767; JR 1999, p. 205.

"Eurodelitos" (*Europa-Delikte*),[77] la introducción expresa en el texto legislativo de la autoría mediata se está contemplando como una posibilidad dada la dificultad que supone comprender estas conductas bajo las figuras tradicionales.[78] Por lo demás, la regulación contenida en el *Corpus Iuris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea* expresamente señala en su artículo 14 como responsables – es decir, no entra en distinciones de autoría y participación – a los empresarios cuando una persona sometida a su autoridad – empleado – haya cometido un delito por cuenta de la empresa.[79]

En general, la importancia de esta figura para la discusión jurídico-penal en el ámbito empresarial puede adivinarse ya en la propia posición de Roxin, quien ha pasado de una posición sumamente escéptica, no sólo con respecto a la posible aplicación de dicha construcción a las empresas, sino también con la utilidad práctica de la figura en general, a afirmar que "en lo concerniente a la transposición de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder a las empresas económicas y otras instituciones burocráticas, resulta una tarea urgente una investigación más detallada".[80]

77. Vid. las contribuciones en Tiedemann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Hamonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderen Teil*, 2002.

78. Vid. en general el informe sobre la parte general de Weigend en: Tiedemann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Hamonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderen Teil*, 2002, pp. 407 ss., especialmente pp. 418 s.

79. En general sobre el *Corpus Juris* vid. Delmas-Marty, *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, las contribuciones en Huber (ed.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, 2000; recientemente Bacigalupo Zapater/Silva Castaño, *Un Derecho penal para Europa – Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, 2004; Gómez-Jara Díez, Constitución Europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?, en: S. Bacigalupo/Cancio Meliá, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 190 ss. Vid. las reflexiones respecto de la regulación a estos efectos del *Corpus Juris* de Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad de empresa*, pp. 123 ss.; Meini, *Responsabilidad del empresario*, p. 198.

80. Roxin, Anmerkungen zum Vortrag, p. 56; Íd., *AT, II*, n.m. 138 donde reconoce que en el caso de las organizaciones empresariales, la figura del dominio de la organización debe complementarse con otras construcciones. Vid. además Rogall, Bewältigung von Systemkriminalität, en: Roxin/Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, 2000, p. 428.

4.1 ¿La organización empresarial está desvinculada del Derecho?

(1). Este requisito ha sido considerado tradicionalmente por el padre de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, como un obstáculo insalvable para proceder a la aplicación de dicha construcción teórica al ámbito empresarial.[81] Sin embargo, el cuestionamiento que se ha llevado a cabo, tanto de su extensión como incluso de la necesidad de su concurrencia, obligan a realizar consideraciones adicionales en este campo. Evidentemente, la afirmación del Tribunal Supremo alemán de que la figura en cuestión resulta perfectamente aplicable a las empresas proporciona renovados bríos.

Por lo pronto, debe hacerse referencia a quienes, coincidiendo con la opinión de Roxin, consideran que la falta de desvinculación del Derecho impide la aplicación a empresas económicas, permitiendo, por el contrario, su utilización en el seno de organizaciones criminales.[82] En este grupo destaca la posición de Heine quien expresamente señala que dicha figura no es de aplicación debido a que el aparato de poder tiene que estar desvinculado del Derecho.[83] Las empresas económicas no están desvinculadas del Derecho, ni la totalidad de la organización se dedica a la comisión de hechos penales, por lo que falta la base para una posible imputación.[84] Abundando en esta

81. Vid. Roxin, JZ 1995, pp. 51s.; Íd., *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 611 s.; Íd., Probleme von *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 558 s.

82. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 250.

83. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 104 ss.

84. Heine, ZStrR 119 (2001), p. 30. En el mismo sentido Bottke, Responsabilidad por la no evitación, pp. 172, 182 ss. Por ello, se ha propuesto la aplicación de la figura exclusivamente en el ámbito de las organizaciones empresariales [vid. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 104; Schulz, Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – eine notwendige Rechtsfortbildung?, en: *JuS* 1997, pp. 109 ss., 111]. Sin embargo, como señala Ambos, GA 1998, p. 241, tampoco puede realizarse una aplicación indiscriminada al campo de criminalidad organizada, sino que hay que examinar el tipo de estructuración del que se dispone; no en vano

línea argumentativa pueden realizarse las siguientes reflexiones. En efecto, la empresa moderna difícilmente puede considerarse hoy en día como una organización que actúa al margen del Derecho, sino que más bien desde hace algún tiempo se va considerando que se trata de un ciudadano responsable de la sociedad.[85] Si, además, se tiene en cuenta la economía de mercado que domina el panorama de la globalización mundial, y la consideración de la empresa como una de las instituciones claves del capitalismo,[86] debe descartarse cualquier intento de afirmar de manera generalizada una actuación al margen del Derecho por parte de las empresas.

(2). Sin embargo, el criterio de la desvinculación del Derecho ha sido objeto de importantes variaciones en los últimos tiempos, no sólo en lo que concierne a su concurrencia, sino también en torno a su extensión, tal y como se ha expuesto *ut supra*. Por lo tanto, aquellos autores que consideren que no constituye un requisito imprescindible para la aplicación del dominio de la organización, no tendrían por qué, en principio, ver inconveniente alguno en su transposición al ámbito empresarial.[87] No obstante, uno de los defensores de la falta de necesidad de este elemento, Ambos, no afirma la posibilidad automática de aplicación del dominio de la organización a la empresa, ya que incluso en

Ambos considera que los criterios determinantes del dominio de la organización son la estructura de la organización y el número de ejecutores intercambiables (p. 242).

85. Se está haciendo referencia al conocido topos de discusión de la ciudadanía corporativa (*Corporate Citizenship*) [vid. extensamente respecto de la empresa como ciudadano corporativo fiel al Derecho Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp. 248 ss. (si bien en relación con la problemática en torno a la culpabilidad empresarial).

86. Fundamental Williamson, *The economic institutions of capitalism*: firms, markets, relational contracting, 1985, passim.

87. Ello parece derivarse en un principio de las palabras de Muñoz Conde, RP 6 (2000), p. 111: "Vista desde esta nueva perspectiva [sc. la que elimina la desvinculación del Derecho como requisito del dominio de la organización] la teoría de Roxin no plantea, pues ningún problema para admitir también esta forma de dominio organizativo sobre todo en el ámbito de las grandes empresas". Sin embargo, como se indica en la siguiente nota, será la fungibilidad la que mayores problemas plantee para este autor, recurriendo en consecuencia a la coautoría.

empresas estructuradas jerárquico-linealmente no puede partirse de la existencia del criterio básico de la fungibilidad.[88]

Quienes, por otro lado, sólo lleven a cabo una reducción de la extensión del mismo, de tal manera que baste con una posición de desvinculación con respecto a una/s norma/s del Código penal baste para considerar que se encuentran desvinculadas del Derecho, no tendrían tampoco numerosos problemas en afirmar que dicho requisito se da en múltiples empresas modernas. Como ejemplo baste pensar en la no tan infrecuente defraudación del IVA que llevan a cabo numerosas empresas, de tal manera que quizá pudiera afirmarse que la empresa se considera desvinculada de la regulación tributaria que grava dichos hechos imponibles. Ello, empero, no significa que tenga lugar sin más el dominio de la organización; debe siempre recordarse que, pese a la apertura que puede haber sufrido un elemento de dicho dominio, los otros dos requisitos deben coincidir para poder hablar de una autoría mediata.

4.2 Fungibilidad y jerarquía: problemática de la estructuración empresarial moderna

(1). Una lectura de la literatura especializada en la atribución de responsabilidad en el seno de la empresa, permite constatar que, por lo general, se intenta dar cuenta de los desarrollos conseguidos en el seno de la teoría de la organización y la sociología de la organización.[89] Por ello, merece la pena hacer

88. Ambos, *GA* 1998, pp. 239 s.; de acuerdo Muñoz Conde, RP 6 (2000), p. 112.

89. Así hay que referir en primer lugar la pionera investigación Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 30 ss.; Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1995, pp. 31 ss.; Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 23 ss., 72 ss.; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 40 ss.; Eidam, *Unternehmen und Strafrecht*, 1. ed. 1993, pp. 10 ss.; Busch, *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, 1997. Vid. también, Rudolphi, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch Einleitungsbescheid, en: Küpper (ed.), *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 863 ss.; Schmidt-Salzer, Strafrechtliche Produkthaftung, en: *NJW* 1988, pp. 1937 ss. Se echa en falta, no obstante, el estudio de la teoría y sociología de la organización para la solución misma

mención de algunas consideraciones relativas a la organización empresarial[90] que pueden tener una especial incidencia a la hora de barajar la posibilidad de aplicar la autoría mediata en estos supuestos.

(2). Por un lado, resulta un lugar común, tanto en la teoría de la organización como en las perspectivas jurídico-penales de este problema, hacer referencia al fenómeno de *descentralización y funcionalización* que se constata en las empresas modernas,[91] el cual parece acusarse con mayor plausibilidad cuanto mayor es el tamaño de las mismas. En este ámbito incluso se llega a afirmar que mediante la coordinación de diferentes ámbitos negociales, departamentos y secciones, la gran empresa adquiere una capacidad de acción funcional.[92] No menos importante resulta la consabida fórmula de la "irresponsabilidad organizada"[93] aparejada a dicho fenómeno. Por otro lado, refiriendo nuevamente un topos clásico de la teoría de la organización, se trata el problema del flujo de información en el seno de las empresas. Resumidamente, se constata que la empresa, lejos de tratarse de un sistema de información lineal, opera a través de una red de información descentralizada con conexiones transversales.[94] De igual manera, se hace referencia a ciertas estrategias de *management* sumamente difundidas, como el *lean management*, las

de la autoría mediata en aparatos de poder organizados. Por banal que parezca, los avances de la teoría de la organización son aplicables a cualquier tipo de organización y, por ende, también a los aparatos de poder. Probablemente se alcanzarían conclusiones sumamente interesantes si se tuviera en cuenta las aportaciones de esta disciplina para la discusión jurídico-penal.

90. Vid. sólo Schmidt-Salzer, Strafrechtliche Produkthaftung, en: *NJW* 1990, pp. 2966 ss., 2968, e Íd., NJW 1996, pp. 1 ss., 3, quien señala que el principio de distribución del trabajo constatable en las modernas empresas no tiene como consecuencia un anonimato de la responsabilidad sino, más bien, una proliferación de la responsabilidad.

91. Fundamental Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 35 ss.; vid. ya Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 34.

92. Fundamental Heine, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, p. 32.

93. Cfr. fundamental Beck, *Gegengifte. Organisierte Unverantwortlichkeit*, 1988, sobre todo pp. 96 ss.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 34; Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 41 s.;

94. Vid. Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 37 ss.; Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 44 ss.

cuales presentan notables dificultades para ser comprendidas bajo las estructuras de imputación tradicionales.[95] Si, además, se observa la proliferación de las estructuras empresariales en forma de M (multidivisional), la cuestión, en fin, se complica todavía más.[96]

(3). Tras estas breves reflexiones extra-penales se va adivinando ya una óptica concreta en lo que referido a la concurrencia a los dos elementos restantes del dominio de la organización. En resumen, las especiales características de las empresas modernas – por lo menos aquellas con una complejidad considerable, que son las que plantean principalmente los problemas de imputación en Derecho penal – conducen a una imposibilidad de la aplicación de la figura del "autor detrás del autor". Si esta afirmación ya cuenta con apoyos sólidos en diversas teorías de la organización y del *management*,[97] lo cierto es que adquiere unos contornos definitivos si se parte de la perspectiva de la organización empresarial como un sistema autopoiético,[98] perspectiva adoptada, en mayor o menor medida, por varios autores.[99]

95. Vid. una breve explicación en Eidam, *Unternehmen und Strafe*, pp. 19 ss.

96. Vid. por ejemplo los organigramas empresariales contenidos en Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 38 ss. Sobre las estructuras multidivisionales vid. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, 1993, pp. 136 ss.

97. Vid. ahora, entre otros, Mayntz/Scharpf, *Policy-Making in the Federal Bureaucracy*, 1975, passim; Kanter, The future of Bureaucracy and Hierarchy in Organizational Theory: A Report from the Field, en: Bordieu/Coleman (eds.), *Social Theory for a Changing Society*, 1991, pp. 63 ss.; Baecker, *Organisation als System*, 1999; Íd., *Organisation und Management*, 2003; Herbst, *Alternatives to Hierarchies*, 1976; Williamson, *Markets and Hierarchies*, 1978, passim. En general resultan fundamentales los trabajos de Minztberg, *The Structuring of Organizations*, 1979; Mintzberg, *Structures in Five: Designing Effective Organizations*, 1983; Íd., *Power in and around Organizations*; Íd., Minztberg *on Management*, 1989; Íd., *The Rise and Fall of Strategic Management*, 1994.

98. Sobre esta perspectiva vid. resumidamente Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, pp. 39 ss.; Luhmann, Organisation, en: Küpper/Ortmann (eds.), *Mikropolitik: Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*, 1988, pp. 165 ss.

99. Vid., entre otros, Bottke, Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen 'strafmündig' werden? Bermerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, en: wistra 1997, p. 253; Íd., *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, 1995, p. 49; Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 79 ss.; Schünemann, Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel, en: *Schünemann* (ed.), *Deutsche*

4.2.1 ¿Fungibilidad real de los empleados de la empresa?

(1). Pese a las críticas que el criterio de la fungibilidad ha recibido, éste se erige como pilar fundamental en las construcciones clásicas del dominio de la organización. Las reflexiones en este punto, por lo tanto, deben partir de la idoneidad de concebir que los empleados de la empresa resultan indistintamente intercambiables. Precisamente al hilo de dicha argumentación, Heine considera que no puede hablarse de una fungibilidad en las empresas sobre todo en la era en la que existe un Derecho del trabajo y del consumidor sumamente desarrollados.[100] En la organización empresarial moderna existen numerosos puestos de trabajo donde resulta imposible en una fungibilidad automática como la imaginada por Roxin. Las cualificaciones especiales de las que tienen que hacer acopio numerosos miembros de las empresas antes de entrar a formar parte de la misma, a parte de los cursos de especialización que reciben una vez pertenece ya a la organización, hacen sumamente difícil considerar que dichos miembros son perfectamente prescindibles y reemplazables.[101] Por lo tanto, con independencia ya de la propia crítica al criterio de la fungibilidad[102] – la cual, por cierto, se acentúa

Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität., p. 132; recientemente Mir Puig, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: *RECPC* 06 (2004), p. 13. Derivando todas las consecuencias de dicho planteamiento Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 228 ss., 236 ss. y passim

100. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 104 ss.

101. Vid. Rotsch, NStZ 1998; Íd., Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere, en: *wistra* 1999, p. 327; vid. también Ambos, GA 1998, p. 239; Meini, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 193 ss. Otra cuestión en la que entramos aquí, pero sin duda de importancia significativa, es la que se refiere al conocimiento organizativo. Para ello, vid. sólo Argyris/Schön, *Organizational Learning*, 1978 y Baecker, Die verlernende Organisation, en: Íd., *Organisation und Management*, 2003, pp. 179 ss.

102. Sin embargo, el mayor crítico de este criterio, Herzberg, Mittelbare Täterschaft, p. 39 señala que la fácil intercambialidad que se puede observar en un banda mafiosa puede darse igualmente en el ámbito de una empresa. La crítica de Herzberg se dirige a la posibilidad, fundamentadora del dominio de la organización, de que el que da la orden puede "estar seguro de la realización de sus órdenes".

en el seno de la empresa – la configuración actual de la empresa moderna y el Derecho que la regula *dificultan hasta extinguir la posibilidad de considerar que los miembros de dicha organización son piezas absolutamente intercambiables.*

4.2.2 ¿La jerarquía como criterio decisivo de la estructuración empresarial?

(1). Una de las características más relevantes de los aparatos organizados de poder es la existencia de una férrea jerarquía. Precisamente es ésta una de las principales razones por las cuales no se discuten las órdenes. Sin embargo, en este punto se muestra sumamente problemático afirmar que las empresas modernas se basan en una jerarquía fuertemente institucionalizada. Estas reflexiones pueden conectarse sin dificultad con el concepto de heterarquía que se encuentra ínsito en las consideraciones de Heine.

En efecto, este autor, haciéndose eco de un topos muy conocido en la teoría de la organización (la descentralización), señala que hoy en día en el seno de las grandes organizaciones empresariales se produce el fenómeno de descentralización y funcionalización de tareas que conlleva, como mínimo una gran flexibilización de la jerarquía[103] – lo cual también concuerda bastante con el modelo de adhocracia de

103. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 35 ss.; Íd., ZStrR 119 (2001), pp. 24 ss. Siguiéndole vid. Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 73 ss. En la literatura norteamericana vid. ya Brickey, Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code en: *Rutgers Law Journal* 19 (1988), pp. 593 ss. haciendo referencia a la difusión de la responsabilidad que conlleva la descentralización de las corporaciones. Dicha autora cita además una frase sumamente gráfica del problema: "Estos ejemplos demuestran concisamente lo que los teóricos del *management* y los estudiosos de las burocracias saben desde hace ya algún tiempo: 'cuando más grande se vuelve la organización, menor es el control que los situados en la cima ejercitan sobre las acciones de ésta'" [Downs, *Inside Bureaucracy*, 1967, p. 143].

Las consecuencias que ambos autores de las dificultades (casi imposibilidades) de imputación son, sin embargo, contrapuestas. Mientras que Heine considera que constituyen un motivo poderoso para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas [muy resumidamente, Íd., ZStrR 119 (2001), pp. 34 ss., Rotsch, considera que deben fundamentar un tratamiento del problema fuera del Derecho penal [vid. resumidmente Íd., Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere, en: *wistra* 1999, pp. 368 ss.].

Henry Mintzberg.[104] Por lo tanto, no puede apreciarse la existencia de estructuras jerárquicas lineales suficientemente rígidas como para poder hablar de una cadena de autores mediatos. La figura de dicha construcción jurídica exige, por un lado, estructuras lineales y, por otro lado, poder fáctico suficiente, lo cual es más improbable conforme la organización sea más compleja. En definitiva, en las grandes empresas se carece de una relación suficiente con el hombre de adelante, esto es, con el hecho penal, en el sentido de un poder de mando actual. Y ello, precisamente, debido a la obstaculización que, en este contexto, representan las estructuras organizativas funcionalmente diferenciadas. Por lo tanto, y en definitiva, podría existir un poder social sobre la organización pero no suficiente dominio sobre el hecho concreto.[105]

(2). En este ámbito resulta igualmente relevantes las consideraciones de Thomas Rotsch. Dicho autor, además de tratar extensamente las diferentes modificaciones que se han llevado a cabo para superar las dificultades de imputación en el seno de la empresa,[106] dedica una especial atención a la construcción de Roxin[107] y a su posibilidad de aplicación al ámbito empresarial.[108] Rotsch niega rotundamente que exista un automatismo susceptible de instrumentalización y controlable por parte del órgano de dirección más elevado. A mayor abundamiento, la utilización de dicho automatismo presupondría la previsibilidad de las consecuencias de la acción y la capacidad de conducción del comportamiento, requisitos ausentes en las estructuras económicas de la organización. Dada la multitud de riesgos difícilmente perceptibles con los que está relacionada la organización, representa

104. Mintzberg, *The Structuring of Organizations*, pp. 431 ss.

105. Vid. Heine, ZStrR 119 (2001), p. 30; Ambos, GA 1998, pp. 239 s.; Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 190; Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 144 s.; Murmann, *GA* 1996, pp. 278 s.

106. Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 89 ss., 131, 187 ss.

107. Rotsch, ZStW 112 (2000), pp. 518 ss.

108. Rotsch, NStZ 1998, pp. 491 ss.

una tarea realmente complicada poder considerar que dicha organización puede ser instrumentalizada para la realización del resultado. La situación que se acaba de describir se acentúa en el caso de los procesos sistémicos de las organizaciones formales, los cuales no son gobernables desde el exterior y están sometidos a sus propias leyes. Los modelos clásicos burocráticos no encuentran acomodo en las estructuras organizativas modernas, las cuales se caracterizan por una funcionalización y descentralización de sus tareas. En todos estos casos, como ya se ha apuntado, se produce una clara reducción de la información que va "de abajo hacia arriba", por lo que se generan claros obstáculos para la punibilidad en la imputación subjetiva. *Tanto el dominio objetivo del hecho como el conocimiento subjetivo del hecho disminuyen.*

5. Facit: Crítica al dominio de la organización como fundamento de la responsabilidad individual

Pese a que, por lo general, se señala que el elemento de la fungibilidad es el pilar fundamental de la construcción de Roxin y, ciertamente, posee una notable importancia, la verdad es que parece poder afirmarse que el dominio de la organización fundamenta la autoría debido a la *certidumbre* que tiene el hombre de atrás de que su orden será cumplida.[109] Únicamente cuando se dan los tres elementos citados puede hablarse de la existencia de un dominio de la organización en virtud de la "altísima" probabilidad de que la orden se ejecute;[110] de hecho el desarrollo de los tres elementos está orientado a demostrar que su concurrencia aumenta las posibilidades de dicho acontecimiento. No obstante, en lo que se refiere exclusivamente al ámbito empresarial – se dejan aquí fuera de consideración otros

109. Vid. en sentido semejante Meini, *Responsabilidad del empresario*, pp. 167 ss., quien sin embargo considera que ello no repercute en el dominio de la voluntad que ostente el hombre de atrás.

110. También Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 71 s., le concede importancia a esa alta probabilidad de que el resultado se realice.

posibles ámbitos de aplicación –, el dominio de la organización resulta un criterio inadecuado para fundamentar la responsabilidad penal individual.

En *primer lugar*, constituye una cierta contradicción afirmar la certeza del cumplimiento de la orden y reconocer al mismo que el hombre de adelante debe ser considerado responsable y, por lo tanto, atribuirle libertad de decisión completa. Igualmente reviste algún carácter de contradicción afirmar dicha certeza y considerar que todos aquellos situados en la cadena jerárquica con poder de mando son igualmente autores mediatos y, en consecuencia, atribuirles a ellos también libertad de decisión completa y, por ello, responsabilidad en calidad de autores. O bien se reconoce que el cumplimiento de la orden sólo goza de ciertos visos de probabilidad – por lo que no habría *dominio* fundamentador de la autoría – o se afirma la absoluta certeza de la orden, por lo que al menos el hombre de adelante no podría tener responsabilidad alguna – no podría ser considerado persona, sino *instrumento* –. El por qué este *tertium non datur* no aparece tan claro en ciertas ocasiones es porque entre hombre de atrás y hombre de adelante se interpone un tercer elemento: la organización. Con un juego de palabras podría indicarse que se trata del "dominio de la organización" en los dos sentidos que admite la frase: (1) dominio de la organización – se hace referencia al dominio que alguien ejerce sobre la organización – y (2) dominio de la organización – se hace referencia al domino que la organización ejerce sobre alguien. En efecto, por lo general no se afirma que el hombre de atrás domina al hombre de adelante – lo cual dejaría al descubierto la condición absoluta de instrumento de este último – sino que se afirma que el hombre de atrás domina la organización y que la organización domina al hombre de adelante. Esta última parte no viene formulada de manera tan clara en las exposiciones dogmáticas, pero es el lugar hacia donde apuntan todas las reflexiones – al menos con claridad en Roxin. Son miembros *pertenecientes a la organización* los absolutamente intercambiables; es decir, ellos son las piezas intercambiables de un mecanismo llamado organización. Es la *jerarquía de la organización* la que impone que las órdenes no se discutan y que, por lo tanto, se cumplan. Es el hecho

de que *la organización esté desvinculada del Derecho* el que aísla a los hombres de adelante frente a la influencia de la norma.[111]

En cuanto a la cuestión de que la organización domina al hombre de adelante, valen los argumentos referidos al principio de autorresponsabilidad: si se reconoce que la organización domina al hombre de adelante debe "desadscribirse" la responsabilidad a éste. Ello está a un paso de afirmar que el dominio del hecho lo tiene la organización, lo cual se encamina a la sumamente discutida cuestión de la responsabilidad penal de un sujeto colectivo. Que esto es así, lo demuestra, por lo menos en parte, la solución de reconocer la existencia de un injusto de organización junto a un injusto individual y señalar que la organización actúa a través del hombre de adelante. Sobre estas cuestiones se dedicarán todavía algunas reflexiones – Infra VI –.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión – el hombre de atrás domina la organización – debe colegirse que, por lo menos en la organización empresarial moderna, no es posible hablar de un dominio fundamentador de la autoría en estos casos, especialmente cuando la misma ha desarrollado una complejidad propia de magnitud considerable.[112] Esto parece advertirse con suma claridad en los modelos de las teorías de *management* señaladas anteriormente, pero sobre todo, desde la perspectiva de la organización empresarial como un sistema autopoiético. En definitiva, sólo puede considerarse que el autor de detrás tiene,

111. Este último punto presenta dificultades extremas con la propia concepción de Roxin sobre la culpabilidad. Teniendo en cuenta que para él, la asequibilidad normativa de la persona en el momento del hecho es un presupuesto insalvable de la culpabilidad [vid. recientemente Roxin, Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penale*s 1 (1999), pp. 335 ss.] ¿cómo se conjuga la desvinculación del Derecho con la asequibilidad a la llamada de la norma – el Derecho – en el momento del hecho? Vid. en un sentido similar Meini, *Responsabilidad del empresario*, pp. 175 s.

112. Se hace eco de esta cuestión recientemente Schünemann, *ADPCP* 2002, p. 16: "esta idea de una dirección absoluta mediante una o más personas omnipotentes en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía (...) no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, *ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna*" (sin subrayado en el original).

exclusivamente, dominio – competencia – sobre un ámbito determinado y no sobre la totalidad de la organización. El entendimiento actual de las empresas dificulta terriblemente observarlas como *objetos* sometidos al control de una/s persona/s. Una vez que, en estrecha vinculación con el concepto de heterarquía, se comienza a observar el fenómeno de autoorganización empresarial, la pregunta sobre quién domina la organización recibe la siguiente respuesta: ella misma. Estas consideraciones apuntan de nuevo hacia un planteamiento en el que se muestra presente el dominio que la organización empresarial tiene sobre sí misma, por lo que parece poder apuntarse una nueva comprensión del dominio de la organización.

6. Apuntando una posible solución: ¿Dominio de la organización como fundamento de la responsabilidad penal empresarial?

(1). En definitiva, parece que, por lo general, las soluciones apuntadas no toman excesivamente en cuanta hasta qué punto la organización empresarial adquiere un dominio sobre sí misma. Si esta circunstancia se advierte adecuadamente, da pie a introducir un nuevo nivel de responsabilidad; precisamente el de la propia organización empresarial. En consecuencia, el dominio de la organización, pese a mostrarse como un instrumento *inadecuado* de vinculación de responsabilidades dentro de un mismo nivel – v.gr. el nivel de la responsabilidad penal individual –, quizá resulte una herramienta teórica adecuada para relacionar dos niveles de responsabilidad diferenciados – a saber, el de la responsabilidad penal individual y el de la responsabilidad penal empresarial. Expresado en pocas palabras: el dominio de la organización puede, quizá, fungir como concepto explicativo de las relaciones entre la *responsabilidad penal individual* y la *responsabilidad penal empresarial*. Así, si se parte de la idea de que la responsabilidad penal individual y la responsabilidad penal empresarial se sitúan en dos planos diferenciados – si bien con posibilidad de conexión entre

sí –, el dominio de la organización puede constituir una herramienta explicativa útil para vincular ambos planos. Es decir, puede fundamentar la existencia de una responsabilidad penal de la empresa aún cuando se afirma la responsabilidad penal de un miembro individual de la empresa. De esta manera, el problema se traslada a la polémica en torno a la responsabilidad alternativa o concurrente de la empresa en el Derecho penal; a saber, si la imputación de responsabilidad al individuo excluye o no la posibilidad de hacer responsable a la empresa.[113] El dominio de la organización serviría, claro está, para abogar por modelos de responsabilidad concurrente de empresa e individuo.

(2).El planteamiento que, en la actualidad, ofrece un mayor apoyo a esta posibilidad es el de Günter Heine. En efecto, este autor, que, como ya se ha visto, niega expresamente la posibilidad de utilizar el dominio de la organización para fundamentar la responsabilidad penal individual,[114] construye la posición de garante de la empresa sobre la base de un dominio de la organización funcionalmente sistémico (*funktional-systemische Organisationsherrschaft*).[115] Así, Heine considera que el fundamento de la responsabilidad en el Derecho penal individual vendría dado por el dominio del hecho, mientras que en el Derecho penal empresarial, por el dominio de la organización.[116] Partiendo de esta base, podría plantearse, con razón, la posibilidad de exigir la responsabilidad de ambas personas – física y

113. No obstante, debe afirmarse que, por lo general, la mayoría de los modelos de responsabilidad penal empresarial apuntan precisamente en el sentido contrario: debe hacerse responsable a un miembro de la empresa para poder hacer responsable también a ésta. De hecho, en realidad, se le hace responsable a la empresa por el delito cometido por su empleado, por lo que se trata de modelos de heterorresponsabilidad [sobre la distinción entre modelos de heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad en el Derecho penal empresarial vid. extensamente Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 51 ss.

114. Vid. recientemente Heine, ZStrR 119 (2001), p. 30.

115. Vid. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 250 ss., 287 s.; Íd., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen, en: *ÖJZ* 1996, p. 218. En profundidad sobre la posición de Heine vid. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 188 ss., 229 ss.

116. Heine, Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur" en: Alwart (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, p. 103.

jurídica – recurriendo a la esencia del dominio de la organización: responsabilidad del ejecutor *y* responsabilidad del organizador. Por lo demás, también se pueden encontrar claros indicios de esta tendencia en las posiciones de aquéllos autores que reconocen la existencia separada de dos injustos: un injusto individual y un injusto de organización.[117] La diferencia radicaría en la asignación del injusto organizativo a la propia organización y no al superior jerárquico.

(3). Si bien no resulta muy patente en su construcción, lo cierto es que Heine ha llegado a proponer una solución similar cuando aboga por aplicar, de forma funcionalmente análoga, los principios desarrollados en el seno de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización al ámbito de la responsabilidad escalonada y de la compartida.[118] El ejemplo que introduce este autor, se refiere a la relación existente entre la empresa matriz y la filial, en caso de que la matriz haya incumplido claramente las precauciones estratégicas necesarias o los requisitos de la delegación funcional, y la filial haya tenido un *management* defectuoso del riesgo de manera aislada.[119] Sin embargo, no parece existir ningún impedimento, *a priori*, para que dicha solución sea plausible para explicar las relaciones entre los diversos planos de responsabilidad: individual y empresarial. Más aún, esta diversidad de planos permitiría, a primera vista, superar las dificultades existentes a la hora de vincular la autoría mediata con la responsabilidad del instrumento ejecutor – es decir, las dificultades que el principio de autorresponsabilidad plantea a la autoría mediata en virtud del dominio de la organización. La solución pasaría por considerar que la ejecución es obra tanto de la persona física – en cuanto a tal – como de la persona jurídica – en cuanto a que es un *miembro de ésta* el que ejecuta –. Por tanto, en un mismo hecho – la ejecución – se *superponen* dos planos: el individual y el empresarial. En definitiva, el principio de autorresponsabilidad operaría como

117. Vid. las posiciones de Ambos y Bloy recogidas anteriormente en Supra II.1.3.

118. Vid. Heine, Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen, en: Hettinger (ed.), *Verbandsstrafe*, 2003, pp. 146 s.

119. Vid. Heine, Modelle, p. 147.

límite dentro de cada nivel de responsabilidad, pero *no* entre los dos niveles: habría un principio de autorresponsabilidad individual, por un lado, y un principio de autorresponsabilidad empresarial, por otro, no excluyentes entre sí.[120]

120. No obstante, y pese a lo apuntado, deben finalizarse estas consideraciones críticas advirtiendo que la solución planteada en último lugar va dirigida a aquéllos autores que no comparten un planteamiento normativo-funcionalista [vid. sobre los fundamentos del normativismo funcionalista ahora sólo Gómez-Jara Díez, Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal, en: Montealegre Lynett (Coord.); *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje a Günther Jakobs. Tomo II*, 2003, pp. 15 ss.; Íd., *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 208 ss.; Íd., Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal en: Gómez-Jara Díez, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 414 ss.] del Derecho penal. Desde la perspectiva intrínsecamente normativista sería otra la posible solución al problema de la responsabilidad penal empresarial y su relación con la responsabilidad penal individual, pero ese es un tema que excedería con mucho los límites de este artículo, por lo que conviene referirse a lo expuesto en otro lugar [vid. extensamente Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa,* pp. 105 ss.].

Decisão proferida por justiça incompetente: nulidade ou inexistência?

Danielle Souza de Andrade e Silva
Juíza Federal em Pernambuco.
Mestre em Direito Público pela UFPE.
Doutoranda em Direito Processual pela USP.

Sumário: 1. Introdução: 1.1 Jurisdição e competência: distinção; 1.2 Postulado do juiz natural: art. 5.º, XXXVII e LIII, da CF/88; 1.3 Juiz constitucionalmente competente como pressuposto de existência do processo – 2. Justiça penal e critérios determinadores da competência: 2.1 Coexistência de diplomas: Constituição da República, leis processuais, Constituições estaduais, leis de organização judiciária, regimentos internos de tribunais; 2.2 Níveis de distribuição: competência de jurisdição, competência hierárquica ou funcional, competência de foro, competência de juízo, competência interna, competência recursal; 2.3 Competência absoluta e relativa: interesse prevalente: aproximação entre interesse público e interesse da parte: o art. 109 do CPP, com a ressalva da súmula 160 do STF – 3. A inobservância das regras de competência: nulidade e inexistência: 3.1 Nulidade absoluta e relativa: o art. 567 do CPP (ressalva aos atos não-decisórios, ratificáveis segundo art. 108, § 1.º, do CPP; restrição aos casos de incompetência de foro ou territorial – art. 70 do CPP); 3.2 Inexistência X nulidade: a fonte (constitucional ou infraconstitucional) da competência violada como critério distintivo dos vícios; 3.3 Eficácia da decisão inexistente em favor do réu: *favor rei, ne bis in idem* – 4. Tendência jurisprudencial mais recente: 4.1 Supremo Tribunal Federal; 4.2 Superior Tribunal de Justiça – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

Resumo: Discorre sobre a divisão de competências na justiça brasileira, com destaque à competência penal, examinando os instrumentos legais que a operacionalizam. Trata, em seguida, das conseqüências do descumprimento das regras de competência, tentando estabelecer as distinções e aproximações entre a nulidade absoluta e a relativa, e entre a inexistência e a nulidade processual, quando se trata

de incompetência constitucional. Expõe, em linhas gerais, o posicionamento dos tribunais superiores sobre a questão e conclui pela necessidade de maior depuração das categorias da nulidade e da inexistência no processo penal.

Palavras-chave: Competência penal – Nulidade absoluta – Nulidade relativa – Inexistência.

Abstract: This article discusses the division of courts' jurisdiction under Brazilian law, with particular focus on penal jurisdiction and the procedural rules applied to implement penal justice. Furthermore, it addresses the results of failing to adhere to rules of jurisdiction, the potential confusion between absolute nullity of judgments, relative nullity, and nonexistence of process (in cases missing a natural judge) and its potential Constitutional implications. Finally, this article addresses Brazilian jurisprudential interpretation of nullities and 'inexistência' and the need to develop better interpretations and applications of these Brazilian concepts in penal procedural law.

Keywords: Penal jurisdiction – Absolute nullity – Relative nullity.

Área do direito: Constitucional; Processo penal

1. Introdução

1.1 Jurisdição e competência: distinção

Do latim *jurisdictio*, a jurisdição é o poder de aplicar o direito, poder este que, na antiguidade, ficava concentrado nas mãos de jurisconsultos, os quais, diante de uma situação de fato que lhes fosse apresentada, criavam uma norma jurídica a incidir sobre ela. Na modernidade, avocando o Estado para si o monopólio da administração da justiça – com a correlata proibição da atuação autodefensiva –, a capital função de aplicar normas jurídicas é cometida a funcionários estatais, integrantes do Poder Judiciário, encarregados de materializar normas pré-existentes no ordenamento jurídico.[1]

1. Como ressalta Ada Pellegrini Grinover, a *jurisdicionalidade*, nos regimes democráticos, perfaz-se em requisito fundamental ao exercício da função repressiva do Estado, que se legitima sobretudo pelas garantias de que se cerca a atividade processual penal, as quais encorpam valores

Ao serem investidos no poder-dever de realizar a justiça, os órgãos judiciários passam a substituir a vontade das partes na solução de conflitos de interesse socialmente relevantes, impondo a sua decisão, a qual, uma vez preclusa, torna-se, de modo geral, imutável (exceção às decisões condenatórias em processo criminal, já que, lançadas contra o réu, jamais operam em caráter definitivo, desafiando sempre a revisão criminal ou o *habeas corpus*). Daí, o caráter substitutivo e definitivo da jurisdição.

O conteúdo multifacetário da jurisdição permite conceituá-la, a um só tempo, como poder, função e atividade, o que se colhe da lição de Cintra, Grinover e Dinamarco:

Como *poder*, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.[2]

Na mesma esteira, Rogério Lauria Tucci define a jurisdição, "a par do mencionado *dever*, como o *poder* conferido a determinados agentes estatais para solucionar os conflitos de interesses que lhes sejam submetidos à apreciação, bem como para fazer cumprir suas próprias resoluções".[3] Considerada sob o aspecto

éticos e políticos, a um só tempo limitando e alimentando o exercício desse poder de julgar, no interesse geral da justiça das decisões. Entre essas garantias, encontra-se a do juiz natural, sem a qual "não há função jurisdicional possível" (Ada Pellegrini Grinover. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 415-416). De lembrar-se, contudo, que a jurisdição é atividade precípua e específica, mas não exclusiva do Poder Judiciário, valendo referir – embora se trate de atividade jurisdicional atípica – a existência de órgão não-judiciário (Senado Federal) que processa e julga os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, do Procurador-Geral da República, dos Ministros do STF, etc. Sobre a chamada "jurisdição política", cf. José Frederico Marques. *Da competência em matéria penal*. 1. ed. Atual. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000, p. 190-193.

2. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 131, grifos ora apostos.

3. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19-20.

de poder soberano estatal, a jurisdição apresenta-se como ferramenta destinada ao cumprimento de um dos principais escopos sociais e políticos do Estado, a pacificação com justiça,[4] preservando assim valores caros à existência humana.

Para o objetivo deste trabalho, é importante realçar as características da unidade e homogeneidade da jurisdição. A jurisdição é tão una quanto soberano é o Estado no qual exercida. Não pode ser cindida nem pluralizada, sendo embora certo que, para fins didáticos, a doutrina costuma diferençar entre jurisdição penal e civil, superior ou inferior, especial ou comum,[5] técnicas de compartimentalização que mais atinem ao problema da competência, já que fundadas não no critério da diversidade funcional, mas no da variedade de objetos.[6]

É que, diante da impossibilidade física de um só juiz reunir a atribuição de julgar todas as causas, o ordenamento distribui a jurisdição entre vários órgãos do Poder Judiciário, traçando também os limites dentro dos quais poderão atuar no exercício dessa função. Tem-se, então, a divisão de competência, que, nessa ótica, vem a ser a *medida* e o *limite* do poder jurisdicional do Estado, conforme determina a lei, referida no sentido mais amplo. E, correlacionando-se os dois institutos, surge a competência como a expressão, em concreto, daquele poder abstrato de julgar, o âmbito (funcional, material, temporal) em que ele pode ser validamente exercido. Ou, em outras palavras, como técnica de concretização da função jurisdicional nas mãos de cada órgão judicante. Por isso, tecnicamente, só tem competência quem está no exercício da jurisdição.

Revela-se então oportuno um esclarecimento prévio quanto ao tema do presente trabalho. A investigação sobre os efeitos da decisão proferida por uma

4. Sobre o tema, cf. ainda CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, cit., p. 24-25.

5. O Código de Processo Penal pátrio utiliza a palavra *jurisdição* para distinguir quer as diferentes espécies de juízes e tribunais (arts. 78, II e IV, e 79), quer os "graus" ou "categorias" do poder de julgar desses tribunais e juízes (arts. 78, II, e 79).

6. Aliás, na prática, é muito comum o emprego dos termos *jurisdição* e *competência* em sinonímia, hábito que atinge mesmo os órgãos legislativos, bastando uma consulta aos arts. 113 e ss. do CPP para que o verifiquemos (fala-se em "conflito de jurisdição" para resolver questões relativas à competência).

Justiça incompetente há de pressupor uma divisão – meramente administrativa e burocrática – entre setores jurisdicionais, a chamada "competência de justiça".[7] E tal divisão, esboçada já na Carta da República (vide arts. 106, 111, 118, 122 e 125) e ora adotada também para fins didáticos, dá-se entre *justiça comum estadual, justiça comum federal, justiças militar estadual, justiça militar federal, justiça eleitoral e justiça trabalhista*, calhando realçar que esta última não exerce jurisdição criminal.

1.2 Postulado do juiz natural: art. 5.º, XXXVII e LIII, da CF/88

A Constituição de 1988, seguindo uma tradição inaugurada com a Carta Política de 1824, consagra, agora de forma mais clara em seu texto,[8] o postulado do juiz natural[9] – um dos corolários do devido processo penal – sob a perspectiva de uma dupla garantia individual: a de que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (art. 5.º, XXXVII) e a de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.º, LIII). Desses enunciados se extrai que o juiz natural, em matéria penal, no nosso direito, é a autoridade competente segundo ditames constitucionais.

E assim o é porque, se no constitucionalismo norte-americano a competência do juiz penal esteve sempre atrelada ao critério territorial,[10] no sistema

7. A expressão é encontrada nos recentes trabalhos de Maria Lúcia Karam (*Competência no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 17) e Roberto Luis Luchi Demo (*Competência penal originária*: uma perspectiva jurisprudencial crítica. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114).

8. A Constituição de 1967 e a Emenda 1, de 1969, referiam-se, respectivamente nos arts. 150, § 15, e 153, § 15, apenas à proibição de tribunais de exceção: "§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção".

9. Em retrospecto histórico, José Frederico Marques (*Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 241-242) informa que, embora a origem do princípio se situe em momento assaz anterior, a sua primeira formulação sob essa nomenclatura remonta à Constituição francesa de 1814, que fazia menção aos *juges naturels*, daí se propagando a outros ordenamentos, como, *v.g.*, a Holanda e a Itália, encontrando-se em algumas legislações denominações outras, como as de juiz competente, na Espanha, e juiz legal, na Alemanha.

10. A Magna Carta de 1215 já estampava as raízes do aludido princípio, no art. 48: "Nenhum homem livre será encarcerado ou exilado, ou de qualquer forma despojado, a não ser pelo julga-

brasileiro a repartição do poder de julgar, pela Carta da República, é feita sem apego necessário ao parâmetro territorial, utilizado pelo Código de Processo Penal para delimitar a competência de foro.[11] Daí não se poder imprimir ao princípio os contornos da territorialidade, qual se verifica no direito anglo-saxão.

Sobre o primeiro aspecto – o da proibição de juízos de exceção –, curial é anotar que a criação de Justiças Especializadas, tão presentes em nossa realidade judiciária, com prévia atribuição de competências, seja por conta das pessoas ou da matéria a elas submetidas, ou a atribuição de competência originária aos tribunais para julgar certas pessoas em razão da função, não se perfaz em instituição de tribunais *ad hoc, ex post facto* ou de exceção.[12]

Ora, se se trata de esferas jurisdicionais constituídas anteriormente aos fatos por ela processados, e se as regras de competência aplicam-se a

mento de seus pares, segundo as leis do país." (Jean-Jacques Gandini. *Les droits de l'homme*. Paris: Librio, 2003, p. 36). A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, mencionava, na cláusula VIII: "Em todo processo criminal, incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade..." (*Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo*. Acesso em 19.08.2003). Já a Emenda VI à Constituição americana, em vigor desde 1791, estatuiu: "Em todas as causas criminais, o acusado terá direito a um juízo rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde tenha sido cometido o crime, sendo o distrito o determinado por lei..." (Ángel Tinoco Pastrana. *Fundamentos del sistema judicial penal en el* common law. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001, p. 78).

11. É o art. 70 do CPP que reza: "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

12. Outra questão instigante refere-se ao direito intertemporal: se as normas processuais têm, via de regra, aplicação imediata, como tratar as normas que modificam competência, sob o prisma da validade dos atos já praticados pelo juízo até então natural e da própria vedação de juízos *ad hoc*? O STF já externou serem as normas de competência de aplicação imediata, alcançando os processos em curso, salvo aqueles em que já haja sido proferida sentença (HC 77.783-SP, rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., *DJ* 13.11.1998). Por outro lado, se houver mudança de competência entre Justiças diversas (comum X especializada, *v.g.*), a aplicação imediata da nova norma implica atribuir juízo *ex post facto*, já que se altera a natureza do crime (militar, comum, eleitoral); se a modificação implicar mera atribuição a órgão superior da mesma Justiça, cabe a sua aplicação imediata, sem que se configure tribunal *ad hoc*, cabendo porém preservar os atos anteriores *caso já proferida sentença* pelo juiz até então competente, em homenagem ao postulado *tempus regit actum* e ao princípio da indisponibilidade da ação penal. Nesse sentido, cf.: STF, RE 270.379-MS, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., *DJ* 29.06.2001; STJ, HC 39.377-PB, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., *DJ* 20.03.2006.

todos os casos que, sob aquele critério, se enquadrem na alçada dos órgãos especializados, vem daí o seu caráter permanente e orgânico, não se podendo acoimá-las de vulnerantes ao princípio do juiz natural, como esclarece José Frederico Marques:

Juiz natural, ou juiz legal, ou juiz competente se contrapõe, assim, não a juízo especial, mas a juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares, "per giudicare persone o fatti particolari", como disse a Cassação de Roma.[13]

1.3 Juiz constitucionalmente competente como pressuposto de existência do processo

No estudo dos pressupostos processuais, costuma-se distinguir entre pressupostos de existência e de validade ou regularidade da relação processual: os primeiros, ligados à existência mesma do processo enquanto entidade jurídica; os segundos, concernentes mais aos efeitos jurídicos dos vários atos praticados dentro da relação processual.[14] A distinção ganha relevo ao se tratar, mais adiante, das conseqüências jurídicas da inobservância desses pressupostos.

A competência é situada entre os pressupostos subjetivos de existência do processo, de modo que, sendo incompetente o juízo de uma causa, sequer se poderá falar em processo, que não chegaria mesmo a existir no mundo jurídico. Sem juiz competente, haveria mero "simulacro de processo", um processo apenas aparente, um "não-processo".[15]

13. José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, v. 1, cit., p. 243.

14. Sobre a importância prática da distinção entre os pressupostos de existência e de validade, assinala Antonio Acir Breda (Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia.* Rio de Janeiro, v. 32, jul.-dez. 1981, p. 92): "Na falta dos primeiros, não surge o processo e, em tal caso, qualquer decisão (condenatória ou absolutória) não tem eficácia. Na falta dos pressupostos de validade, a relação processual é nula. Aliás, a nulidade é absoluta". Sobre a eficácia da sentença absolutória, apesar de inexistente, em opinião contrária à do autor, vide item 3.3.

15. As terminologias aspeadas são utilizadas, respectivamente, por Afrânio Silva Jardim (*Direito processual penal.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 55) e por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (*As nulidades no processo penal.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44).

Assim como as partes devem ostentar capacidade processual, o juiz há de ser um órgão investido de jurisdição, detentor de competência para a causa[16] e imparcial. De tal modo se entrelaçam tais atributos (competência e imparcialidade) à própria função jurisdicional, que de atributos acabam por ser alçados a sua essência, a elementos ínsitos ao próprio núcleo do exercício da jurisdição e do processo. Logo, sem juiz natural não há jurisdição, não surge base para o nascimento da relação processual.

Destaca Aury Lopes Jr. que a imparcialidade do órgão jurisdicional é um "princípio supremo do processo" e como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e para a obtenção do reparto judicial justo, sobre ele se estruturando o processo como tipo heterônomo de reparto.[17] A imparcialidade do julgador apresenta-se como conseqüência lógica da adoção da heterocomposição, mediante a qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes, exatamente a posição que o Estado ocupa no processo, por via do juiz. A imparcialidade do julgador é preservada pelas regras de suspeição e impedimento contidas no Código de Processo Penal (art. 252 e ss.).

2. Justiça penal e critérios determinadores da competência

A justiça penal, ou jurisdição penal, tem por objeto as chamadas *causas penais*, situações concretas reguladas pelo Direito Penal e que trazem latente não

16. A competência, então, no dizer de José Frederico Marques (*Da competência em matéria penal*, cit., p. 40), determina "a capacidade jurisdicional do juiz. Na esfera que lhe traçam as leis, ele se encontra perfeitamente apto a processar e julgar". Edgard de Magalhães Noronha (*Curso de direito processual penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 130), no mesmo sentido, fala em "capacidade funcional" do juiz, que englobaria a aptidão para provimento no cargo (regida pelas leis de organização judiciária e necessária à investidura no cargo), a competência e a ausência de impedimentos ou suspeição, à míngua dos quais os atos decisórios seriam "nulos ou inexistentes".

17. Aury Lopes Jr. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, v. 11, n. 127, jun. 2003, p. 10. Opinião similar expressa Afrânio Silva Jardim (cit., p. 40), para quem "os princípios mais importantes para o processo penal moderno são da imparcialidade do Juiz e o do contraditório. Pode-se dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios reitores".

só a atuação da pretensão punitiva, mas a tutela penal da liberdade em face do *ius puniendi*. Assim é que não apenas ações penais condenatórias são submetidas à justiça penal, mas, com numerosa incidência, ações que visam à preservação do *status libertatis* – caso do *habeas corpus* –, todas elas submetidas a juízos próprios segundo critérios adiante explicitados.[18]

2.1 Coexistência de diplomas: Constituição da República, leis processuais, Constituições estaduais, leis de organização judiciária, regimentos internos de tribunais

Quando se disse, no item 1.1, que a competência seria a *medida* e o *limite* do poder jurisdicional do Estado, conforme determina a lei, referida no sentido mais amplo, procurou-se denotar a coexistência de diplomas os mais variados tratando da instituição de regras de competência. Oportuna, porém, é a observação de Roberto Luis Luchi Demo, no sentido de que determinadas competências vêm sempre desenhadas pela Constituição, que só "*eventualmente* autoriza, por *norma constitucional de eficácia limitada*, a concorrência do legislador infraconstitucional na sua definição".[19]

Assim, por exemplo, no ordenamento brasileiro, o primeiro diploma a tratar de competência em matéria criminal, e de forma pródiga, é a Constituição da República, na qual se distribuem, de forma detalhada, poderes de jurisdição entre os diversos órgãos do Poder Judiciário. Isso é feito já no art. 96, III, da

18. Mais uma vez, cabe aqui a reserva de que não há propriamente uma jurisdição civil (extrapenal) diversa da jurisdição penal, e sim uma competência civil e uma competência penal dentro da mesma jurisdição (Vicenzo Manzini. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEA, 1951, p. 27). Embora, como observa Rogério Lauria Tucci (cit., p. 50-51).existam traços que singularizam a jurisdição penal, como a necessidade de um contraditório real e efetivo, na fase persecutória judicial, e a justaposição (em lugar do conflito) de dois interesses: a intenção punitiva do Estado e o direito cívico de liberdade do cidadão, que traduzem o conteúdo da causa penal.

19. Roberto Luis Luchi Demo, cit., p. 115, grifos da fonte.

CF/88, ao se estabelecer a competência originária dos Tribunais de Justiça para julgamento de juízes e membros do Ministério Público. A par da *Lex Legum*, há inúmeras regras de competência fixadas em leis ordinárias (exemplos são o CPP, nos arts. 69 a 91, e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no art. 101, § 3.º), em Constituições de Estados-membros e em leis estaduais de organização judiciária. Além disso, os regimentos internos de tribunais também cuidam de estabelecer regras de competência.

Assim, por exemplo, os tribunais de justiça locais são compostos por órgãos monocráticos (os desembargadores, alguns dos quais com funções específicas, como o presidente, o vice-presidente e o corregedor), que por sua vez se agrupam em órgãos colegiados (como câmaras, turmas, grupos de câmaras, seções, plenário e órgão especial), cuja competência funcional – originária ou recursal – é destrinçada nas leis de organização judiciária e nos regimentos internos, qual antevisto na LOMAN, art. 101.[20]

Considerando, porém, que alguns desses instrumentos (aqui nos referimos aos infralegais) não têm força de criar, de forma isolada, competências em matéria penal, mas quando muito reproduzir e operacionalizar o esquema competencial já esboçado em normas de hierarquia superior, pode-se acolher o conceito de competência trazido por Antonio Scarance Fernandes, como sendo "a capacidade para exercer a jurisdição dentro dos limites estabelecidos na Constituição Federal e legislação ordinária".[21] Quanto às Constituições estaduais, podem ser fonte válida de competência, desde que guardem simetria à Lei Maior, que reserva à União legislar sobre direito penal e processual penal.[22]

20. "Art. 101. Os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno." (LC 35/79)

21. Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 134.

22. Pelo princípio da simetria, os Estados da Federação devem observar, em suas Constituições, o que estabeleceu a Carta da República. A propósito, decidiu o STF: "Ação direta

2.2 *Níveis de distribuição: competência de jurisdição, competência hierárquica ou funcional, competência de foro, competência de juízo, competência interna, competência recursal*

Para o reparto da jurisdição penal entre os órgãos judiciários, o nosso sistema positivo oferece vários critérios, no que se podem identificar diversos níveis, planos ou fases de distribuição desse poder-dever. Refoge ao nosso objetivo esmiuçar as competências de cada órgão, de forma que se procurará expor apenas as linhas de divisão da competência em matéria penal, o que repercutirá mais diretamente no estudo das nulidades tocantes à matéria.

Pela observação da estrutura judiciária brasileira – que tem seus alicerces no texto constitucional, mantidas as linhas básicas do modelo federativo exposto nas Cartas precedentes –, podem-se detectar fases de concretização da jurisdição em mãos do juiz competente.

A Constituição da República, em um primeiro passo, oferece a técnica de divisão de *competências de jurisdição*, aquela já referida no item 1.1, pela qual se nos permite identificar, entre as Justiças compartimentadas administrativamente pelo constituinte, aquela a que cabe conhecer da causa penal. O critério para tanto utilizado é, precipuamente, o *ratione materiae*, que implica perquirir a natureza da infração (ou da causa) submetida a julgamento, de forma que a Justiça Eleitoral julga, grosso modo, as infrações penais de natureza eleitoral; a

de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Art. 46, III, *e*, da Constituição do Estado de Goiás: competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar determinados servidores. Violação aos arts. 5.º, I e LIII; 22, I; 25 e 125, da Carta Federal. 1. Os Estados-membros têm competência para organizar a sua Justiça, com observância do modelo federal (CF, art. 125). 2. A Constituição Estadual não pode conferir competência originária ao Tribunal de Justiça para processar e julgar os Procuradores do Estado e da Assembléia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que não gozam da mesma prerrogativa os servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal. Medida cautelar deferida." (MC na ADIn 2.587-GO, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, *DJ* 06.09.2002).

Justiça Militar, os crimes militares definidos em lei; a Justiça Comum Federal, as causas descritas no art. 109, IV, V, VI, VII, IX e X, e a Justiça Comum Estadual, os demais delitos, em caráter residual. Também pelo critério material, os crimes dolosos contra a vida têm seu juízo natural no tribunal do júri, da jurisdição federal ou estadual, conforme o caso.

Encontra-se ainda na Lei Maior outro nível de repartição de competências, tomando-se por base a hierarquia dos órgãos agrupados em uma determinada Justiça, a chamada *competência hierárquica* ou *funcional*. Observando-se o grau do órgão jurisdicional (superior ou inferior), a Carta delimita competências *ratione personae*, tributando a defesa do cargo ou função exercida por algumas autoridades, com vistas à preservação da independência do agente político e à higidez do princípio da hierarquia. Assim, por exemplo, os membros do Ministério Público e os Juízes de Direito são sempre julgados pelo Tribunal de Justiça respectivo, independente da natureza do crime, salvante a competência da Justiça Eleitoral, no que se submetem a julgamento pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Passa-se, a partir daí, ao terceiro nível de delimitação da competência, que consiste em precisar qual o foro do processamento da causa, para tanto se utilizando o critério *ratione loci*. Ante a vastidão territorial do nosso país, a *competência de foro* assume destacado relevo na prática, ao permitir a determinação da comarca ou da seção judiciária competente, com exclusão de outras. Nessa fase, prescindimos do recurso à Constituição da República, ficando à lei ordinária federal estabelecer a divisão do poder de julgar. E assim o faz o art. 70 do CPP, ao estatuir o *locus comissi delicti* como elemento de fixação de competência.[23]

23. "É, pois, no foro (território) onde a infração penal se consumou que o culpado deve ser processado e julgado. É aí, como dizia Garraud, que se fazem sentir os efeitos de sua atividade ou inação criminosa e onde cumpre tranqüilizar os interesses alarmados." (Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. v. 2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 95).

No mesmo foro, todavia, comum é a existência de vários juízos. Na arguta observação de Vicente Greco Filho, haverá sempre, ao menos, dois juízos: o do juiz singular e o do júri, este que, por ser prevalente, atrai para si o julgamento dos crimes conexos aos de sua competência (dolosos contra a vida).[24] Existindo, porém, na mesma comarca, mais de uma vara com iguais competências, a *competência de juízo* será determinada pela lei de organização judiciária local, que pode, por exemplo, definir varas especializadas, guiando-se ora pelo do critério material (julgamento de determinados crimes, como os falimentares), ora por sua combinação com outros critérios, como o territorial, a exemplo das varas distritais. Sempre, contudo, deverá respeitar, por anterioridade lógica, os parâmetros estabelecidos para a competência territorial, nos termos da súmula 206 do Superior Tribunal de Justiça.[25]

Por fim, determinado o juízo competente, convém ainda indagar qual o juiz competente para a causa, na hipótese em que mais de um magistrado compuser o mesmo órgão (p.ex., quando a mesma vara é provida de juiz titular e juiz substituto). Em casos tais, a *competência interna* será deslindada pela técnica da distribuição, mecanismo de indicação aleatória que assegura o princípio do juiz natural.

Quanto à *competência recursal*, é ela que delimita o órgão ao qual toca apreciar o recurso: se o mesmo órgão prolator da decisão vergastada ou um de grau superior. Nesse estágio, tanto a Constituição Federal, como as Estaduais, bem assim as leis ordinárias e regimentos internos, ao tratarem de recursos criminais, estabelecem regras disciplinadoras de competência para os recursos.

24. Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 160.

25. Súmula 206: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo". Como ensina Julio Fabbrini Mirabete (*Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 176), pode a lei de organização judiciária (federal ou estadual) valer-se de diferentes critérios para a divisão por especialização: a qualidade da pena principal (reclusão, detenção ou multa), o elemento subjetivo (crimes dolosos ou crimes culposos), a natureza da infração penal (crimes ou contravenções), o bem jurídico protegido (vida, patrimônio, fé pública, etc.), entre outros.

2.3 *Competência absoluta e relativa: interesse prevalente: aproximação entre interesse público e interesse da parte: o art. 109 do CPP, com a ressalva da súmula 160 do STF*

A distinção, no direito brasileiro, entre competência absoluta e relativa não é legal, mas doutrinária, e sua teleologia vem pautada nos efeitos práticos dos vícios atinentes à sua inobservância. Na doutrina processual civil, diz-se absoluta "quando a matéria de que se trata entra nas atribuições de juiz" e relativa, quando, "dentre muitos juízos com iguais atribuições, um deles é o competente para conhecer da causa na hipótese dada".[26]

A possibilidade de se relativizar uma regra de competência é ditada pelo interesse prevalente que informa a sua fixação. Quando estatuída a norma, precipuamente, no interesse público da reta atuação jurisdicional, o sistema jurídico não admite modificações nos critérios estabelecidos, daí se falar em competência *absoluta*, cujos exemplos mais nítidos são legados pela competência de jurisdição e pela competência hierárquica. Por outro lado, quando a regra de competência for erigida mais no interesse das partes e, por isso mesmo, o sistema tolerar alguma modificação dos critérios pela vontade destas, está-se diante de uma competência *relativa*, o que se amolda às hipóteses de competência de foro.

Tal solução, válida ao processo civil, não encontra adequada correspondência ao processo penal, em que o interesse público sobrepuja o âmbito do direito material, para permear todo o processo, erigido em uma garantia do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Logo, fixando embora o Código de Processo Penal como foro comum o da consumação do delito (competência territorial), não visou a atender senão, preponderantemente, o interesse público.[27]

26. Francisco de Paula Batista. *Compêndio de teoria e prática do processo civil.* Campinas: Russell, 2002, p. 69.

27. Maria Lucia Karam (cit., p. 79) explica que "o que se leva em conta não é o interesse de qualquer das partes, mas sim, como já mencionado, o interesse público, manifestado quer em

Como ressalta Fenech, as razões de interesse público que motivam as normas de competência prevalecem, em todo momento, sobre as possíveis razões de interesse privado, o que dá lugar à indeclinabilidade desse dever em virtude do qual as partes não podem outorgar competência a juiz ou tribunal que não a tenha atribuída por lei, com base nos critérios legalmente estabelecidos.[28]

Em conseqüência dessa irrecusabilidade do juízo, no direito espanhol, são nulos (acoimados de nulidade absoluta) os processos e as sentenças ditadas por tribunal incompetente, podendo o vício ser reconhecido de ofício ou por provocação da parte.[29]

Arrefecida, pois, a linha distintiva das duas categorias, cumpre reconhecer, no processo penal, uma aproximação entre o interesse público (de obtenção da verdade o quanto possível) e o interesse da parte (em melhor defender-se da acusação), de tal sorte que – a opção legislativa já o demonstra – mesmo a incompetência territorial, dita "relativa", pode ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo pelo juiz, ainda que não manejada a exceção cabível, segundo previsto no art. 109 do CPP.[30]

Nada obstante, embora se percorram, em um ou em outro passo, os canais da competência absoluta, se o órgão jurisdicional não se averbar (absolutamente)

função da repercussão do fato na localidade onde se deu seu cometimento quer em função do bom funcionamento da máquina judiciária". Grinover, Scarance e Gomes Filho (cit., p. 43), na mesma linha, escrevem que, "acima do interesse da defesa é considerado o interesse público expresso no princípio da verdade real".

28. Miguel Fenech. *El proceso penal*. 4. ed. Madrid: Agesa, 1982, p. 37.

29. Cf. Miguel Fenech, cit., p. 38.

30. Eis a redação do preceito: "Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior". Maria Lúcia Karam (cit., p. 81) cita uma única hipótese em que a competência no processo penal é fixada tendo em mira sobretudo o interesse da parte: a ação penal exclusivamente privada, que permite ao querelante optar pelo foro comum (do local do fato) ou pelo foro de domicílio ou residência do querelado. Trata-se, é bem de ver, de foros de competência concorrente, um fixado no interesse público, outro no interesse do querelado, ficando obstado o órgão jurisdicional de averbar-se incompetente se o querelante aforar a causa em um desses dois locais.

incompetente, e o vício for de tal forma a ensejar a nulidade do processo, a "correção", por assim dizer, do estorvo processual encontrará limite na diretiva da súmula 160 do Supremo Tribunal Federal, à luz da qual "[é] nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício". Em outras palavras, se a nulidade, embora absoluta, prejudicar o réu, seu reconhecimento em sede recursal somente será possível se o vício for alegado pela acusação. Restará saber se o indigitado enunciado sumular tem aplicação ainda quando se trate de ferimento a norma de competência de matriz constitucional.

3. A inobservância das regras de competência: nulidade e inexistência

A jurisdição, poder-dever estatal de atuação das normas de direito objetivo na solução de conflitos de interesse (ou, no âmbito penal, na solução de controvérsias juridicamente relevantes entre o poder punitivo do Estado e a liberdade dos cidadãos), deve ser exercida dentro de certos limites, donde possível afirmar que a fuga a tais parâmetros configura uma disfunção ou anomalia no seu exercício, passível de gerar conseqüências processuais graves, quais a nulidade ou a inexistência do ato praticado.[31] Sem a observância, por exemplo, dos limites tocantes à competência do órgão jurisdicional, não se pode falar em respeito ao devido processo legal.

31. As figuras da nulidade e da inexistência jurídica se entrelaçam de tal forma a se afirmar que o florescimento da inexistência dos atos jurídicos teve lugar à custa das antigas nulidades absolutas. É o que relata João Conde Correia (*Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 112-113), ao encontrar as raízes da inexistência na doutrina e jurisprudência civilistas francesas do século XIX, que, por necessidade prática, buscavam sancionar irregularidades de extrema gravidade não previstas no rol de nulidades do Código de Napoleão (1804), o qual, de sua vez, havia abolido as nulidades absolutas. Mas o mesmo autor admite que "a figura da inexistência jurídica tem autonomia dogmática bastante e razoável capacidade prática", embora constituindo, a seu ver, "um recurso excepcional, utilizado para repor a justiça... em casos de gravidade superior àqueles que se encontram previstos na lei como causa de nulidade" (cit., p. 121).

Ingressamos, então, no estudo dos efeitos processuais passíveis de recair sobre situações em que as normas de competência penal não são observadas pelos órgãos jurisdicionais, vale dizer, as hipóteses em que uma causa é submetida a processamento e julgamento por juízo outro que não o naturalmente estabelecido pela Carta Maior e pelas leis ordinárias.

3.1 Nulidade absoluta e relativa: o art. 567 do CPP (ressalva aos atos não-decisórios, ratificáveis segundo art. 108, § 1.º, do CPP; restrição aos casos de incompetência de foro ou territorial – art. 70 do CPP)

Com relação aos efeitos (restritos ou amplos) da declaração de incompetência sobre os atos já praticados no processo, ou seja, a contaminação desses atos pelo vício processual referente à competência, uma primeira solução é esboçada no art. 567 do CPP, que prescreve: "A incompetência do juízo[32] anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente", com redação semelhante à do art. 113, § 2.º, do CPC.[33]

A norma processual abre espaço a que o juízo ao qual seja encaminhado o processo ratifique os atos não-decisórios já praticados perante o juízo incompetente, o que de resto vem positivado no art. 108, § 1.º, do *Codex*, dispositivo referente ao procedimento da exceção de incompetência.

Quanto ao espectro de aplicação desses preceitos, certo é que a sua exegese não pode, como nos alertam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho,[34] dissociar-se do momento histórico em que editado o CPP, em 1941. Nosso Código, nitidamente influenciado pelo Código

32. *Rectius*: incompetência de foro. Parece-nos que o art. 567, como o art. 108, *caput*, do CPP, merecem ser lidos como se referindo à incompetência de foro, ou territorial.

33. "Art. 113 (...) § 2.º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente."

34. Cit., p. 48.

Rocco, de inspiração fascista, veio a lume em um período de exceção democrática, no qual suprimidas mesmo, pela Constituição de 1937, as garantias do juiz natural em seu duplo aspecto.[35] Entrementes, revigoradas que foram essas garantias com a Carta Constitucional de 1946, passou a cogitar-se da inexistência do processo instaurado perante Justiça incompetente.

No estágio atual, partindo-se do princípio de que o juiz natural é aquele constitucionalmente competente para processar e julgar a causa (art. 5.º, LIII, da CF/88), e relembrando-se que, sem juiz natural, descabe falar-se em jurisdição, sempre que se tratar de competência estabelecida na Constituição, não terá vez a regra do art. 567 do CPP, já que, violadas normas dessa estatura, faltará pressuposto de existência do processo. Não existe, aliás, nem poderia existir ressalva do constituinte aos atos não-decisórios praticados por juízo constitucionalmente incompetente.

A contrario sensu, força é concluir que a regra do aproveitamento dos atos não-decisórios (os decisórios, enfim, não podem ser aproveitados) somente tem serventia aos casos de incompetência infraconstitucional (incompetência de foro ou territorial).[36]

3.2 Inexistência X nulidade: a fonte (constitucional ou infraconstitucional) da competência violada como critério distintivo dos vícios

Em decorrência da afirmação de que o juiz natural, no direito brasileiro, é o juiz constitucionalmente competente, aliando-se à já exposta tipologia da competência como pressuposto subjetivo de existência do processo, segue-se

35. Não há qualquer referência, na seção dos Direitos e Garantias Individuais da Carta de 1937 (arts. 122 e 123), à garantia do juiz competente ou à proibição dos tribunais de exceção.

36. Por exemplo, os casos em que a Lei 6.368/76 (diploma revogado pela Lei 11.343/2006) atribuía ao primeiro grau da Justiça Estadual a competência para os crimes de tráfico de entorpecentes com o exterior praticados em comarcas em que não houvesse vara federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal. Atualmente, após intensificada a interiorização da Justiça Federal, a previsão é de que tais causas ficam mesmo sob a sua competência.

que, se uma causa é encaminhada e julgada por juízo diferente daquele que a Constituição estabelece como o juiz natural, o processo será tido como inexistente. Trata-se, na expressão de Calmon de Passos, de uma atipicidade derivada de inexistência relativa (ou jurídica), já que o ato existe materialmente, mas não juridicamente, porquanto o ordenamento processual não o reconhece, repele-o, ignora-o.[37]

A fonte da qual deriva a norma competencial é, por isso, de extrema importância no estudo dos consectários da incompetência. Se se tratar de norma com raiz constitucional (e nessa categoria encontram-se as normas que apartam competência penal entre as diferentes *Justiças*), sua inobservância redundará na inexistência do processo, que deverá ser, todo ele, reconstituído, mesmo porque os atos que o compõem serão "não-atos", que sequer existirão juridicamente, por viciados *in radice*.

Por outro vértice, radicando a competência em fonte infraconstitucional, como é o caso das normas legais que estabelecem regras de prevenção, de conexão e de continência, ou de normas regimentais que fixam substituições automáticas de juízos, a conseqüência ao seu descumprimento não dirá com o plano da existência, mas com o da eficácia dos atos jurídicos, que poderão ser anulados ou convalidados.

O ato inexistente não se anula; antes, sequer existe. Estamos, assim, com Caetano Lagrasta Neto, ao afirmar que o ato cuja existência não se submete às exigências e formalidades ínsitas aos atos jurisdicionais (como é o caso, antes salientado, da competência constitucional, sem o qual não existe processo) não se anula, porque nem mesmo ingressa no mundo jurídico.[38] Não se cogita de vício de nulidade absoluta, mas de ausência mesmo de jurisdição, donde visível

37. José Joaquim Calmon de Passos. *A nulidade no processo civil.* Salvador: Imprensa Oficial, 1959, p. 77.

38. Caetano Lagrasta Neto. Sentença inexistente e a Súmula 160 do STF, *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 7, n. 79, jun. 1999, p. 16.

a impropriedade da terminologia utilizada pelo art. 564, I, do CPP, ao se referir genericamente a "incompetência", quando a tipologia da nulidade somente atingirá os casos de incompetência infraconstitucional.[39]

3.3 *Eficácia da decisão inexistente em favor do réu:* favor rei, ne bis in idem

Em que pese o quanto até aqui exposto, não há desconhecer que o processo penal, destinado a proteger liberdades públicas fundamentais e valores supremos do indivíduo, tem bem marcante o postulado do *ne bis in idem*, pelo qual ninguém será submetido a uma segunda persecução penal por fato delituoso objeto de ação penal já encerrada, mesmo dogma que informa a imutabilidade da coisa julgada formada em favor do réu, ainda que se trate de decisão proferida por juiz absolutamente incompetente (em nosso direito, a revisão criminal somente é permitida em casos de sentença condenatória: art. 621, I, II e III, do CPP).

Ocorre que, se a incompetência é gerada por fonte constitucional, passamos do campo das nulidades para a categoria da inexistência, surgindo-se-nos indagar da possibilidade de ser o vício reconhecido *pro societate*. A formulação, que de início pode fazer propender à resposta positiva, tem seu deslinde guiado pelo mesmo espírito que anima a impossibilidade de desconstituir-se a coisa julgada *pro reo*.

A proteção do *ne bis in idem* projeta-se para além das sentenças que operam a coisa julgada, porque se destina a impedir, em qualquer caso, que o acusado seja perseguido penalmente, mais de uma vez, pelo mesmo fato. A garantia não pode mais compreender-se restrita aos casos de sentença definitiva (como mencionam a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966), estando a merecer um sentido mais amplo,

39. Melhor seria que o tratamento fosse idêntico ao conferido ao juiz impedido. Ora, faltando esse pressuposto subjetivo, não há sequer juiz para a causa. O impedimento do juiz não vem incluído no rol do art. 564, I, do CPP, sendo caso mesmo de inexistência de processo, jamais podendo a sentença fazer coisa julgada.

albergado no Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América e explícito em alguns ordenamentos, a exemplo do art. 1.º do CPP/argentino, de 1991: "Ninguém poderá ser julgado senão pelos juízes determinados na Constituição e competentes segundo suas leis regulamentares (...) nem perseguido penalmente mais de uma vez pelo mesmo fato".[40]

O art. 4.º do referido Código-Modelo tem o seguinte texto: "Ninguém deverá sofrer senão uma perseguição pelo mesmo fato", abrindo, porém, uma exceção ao princípio da persecução única: será admissível uma nova persecução penal "quando a primeira foi intentada perante um órgão jurisdicional incompetente e que por tal motivo encerra o procedimento".[41] Note-se a importância da oração "e que por tal motivo encerra o procedimento", para se compreender que o processo instaurado perante juízo incompetente poderá ser refeito, desde que o procedimento seja encerrado por um ato que assim o reconheça. Para compatibilizar o preceito com a garantia do *ne bis in idem*, na amplitude aqui delineada, entendemos que a exceção não abrange as hipóteses em que o processo é todo ele desenvolvido e encerrado perante juízo incompetente, que não se apercebeu, em nenhum momento, da falta desse elemento constitutivo do processo e veio a absolver o imputado.

A sentença inexistente, no processo penal, embora jamais se acoberte do manto da coisa julgada, gera, uma vez preclusos todos os recursos, efeitos quando prolatada a

40. A proibição de dupla persecução penal, portanto, não veda apenas a aplicação de uma nova sanção a um fato anteriormente apenado, mas também a exposição ao risco de que isso ocorra mediante nova submissão a juízo de quem já tenha sido processado pelo mesmo fato. O só desenvolvimento do processo desvirtua o direito invocado, gravame que não se dissiparia nem mesmo com uma ulterior sentença absolutória. (Carlos Alberto Chiara Díaz e José María Meana. *Código procesal penal de la Nación concordado con el de la província de Buenos Aires anotados jurisprudencialmente.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 11 e 16). É aqui que se encontra a intersecção entre a garantia do *ne bis in idem* e a cláusula do *double jeoardy*, que no direito anglo-americano obsta a submissão o perseguido ao duplo risco de perder a vida, pelo mesmo fato. Cf. James A. Strazzella. The relationship of double jeopardy to prosecution appeals. *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 1, nov. 1997, p. 2.

41. In: Kai Ambos e Fauzi Hassan Choukr (orgs.). *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina.* São Paulo: Método, 2001, p. 277.

favor do réu, em vista de quem, afinal, é construída a garantia do juiz constitucionalmente competente. Dita sentença[42] não poderá ser desconstituída, anulada ou declarada inexistente, sob pena de submeter-se o acusado, já perseguido e absolvido, a novo risco de condenação. Trata-se, portanto, de um ato que não existe, mas surte efeitos, para impedir um novo processo e julgamento pelo mesmo fato delituoso.

Pela mesma diretiva, a questão prenunciada na parte final do item 2.3 cuidamos encontrar semelhante desfecho, podendo-se interpretar a súmula 160 do STF no sentido de que não só a nulidade, mas também, *a fortiori*, a inexistência jurídica de um ato jurisdicional, não poderá ser pronunciada, quando desfavoreça o acusado/condenado, sem que haja sido alegada pela acusação.[43] Ora, a se relutar em subsumir a incompetência constitucional à figura inexistência jurídica, restará a norma que incluiu a incompetência entre os vícios geradores de nulidade (art. 564, I, do CPP), submetendo-a, pois, ao regime daquela súmula. Então, a admitir-se a configuração da inexistência jurídica, atipia ainda mais pungente que a nulidade, o tratamento não poderia ser mais ameno.

4. Tendência jurisprudencial mais recente

Para conferir ilustração prática ao presente trabalho, e como a teoria das nulidades, no processo penal, carente de sistematização legal, acaba sendo mesmo moldada pela doutrina e pela jurisprudência, realizamos pesquisa nos acervos

42. Fala-se em "sentença", com a intenção de compreender, no vocábulo, as decisões definitivas, monocráticas ou colegiadas, absolutórias ou declaratórias da extinção da punibilidade. Poder-se-ia indagar se o despacho de juiz incompetente que acata pedido de arquivamento de peças investigativas reveste-se também do princípio da imutabilidade em prol do investigado, ou seja, se a incompetência absoluta do juízo prolator dessa decisão gera efeitos em favor do investigado. Há precedente do STF acenando negativamente a tal problema (HC 84.027-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., v.u., *DJ* 21.05.2004), mesmo porque tal "decisão", na grande maioria dos casos (exceção, por exemplo, aos decretos extintivos da punibilidade), nem mesmo exibe caráter jurisdicional, não adentrando ao mérito da questão, que pode ser revolvida à presença de novas provas.

43. Diversamente, todavia, pensa Caetano Lagrasta Neto (cit., p. 16), ao conceber – embora se valendo de um exemplo de inexistência (parcial) material, e não de inexistência jurídica – que, nesses casos, nada se reforma, para melhor ou para pior, não se podendo impedir que o tribunal conheça do vício *ex officio*.

eletrônicos de julgados dos dois tribunais superiores de maior leque de competências criminais, originárias ou recursais: o STF e o STJ. Delimitamos o objeto de pesquisa, face à vastidão numérica de julgados relativos ao tema, de sorte que a pesquisa do STF deu-se em julgados publicados a partir do ano de 1994 e, no STJ, a partir do ano de 2004, o que nos confere reuni-los sob a epígrafe de tendência mais recente de nossa jurisprudência.

A experiência propiciou-nos esboçar um resumo dessa orientação, que passamos a pontuar, exemplificando-a com alguns excertos de arestos, sendo os grifos de nosso punho.

4.1 Supremo Tribunal Federal

a) Considera nulidade absoluta o vício de incompetência (absoluta), donde não sanado pelo decurso do tempo:

"Incompetência. Nulidade. Natureza. Em se tratando de incompetência, a nulidade é absoluta, não restando sanada pela passagem do tempo, ou seja, diante da circunstância de não haver sido evocada na fase das alegações finais – inteligência dos arts. 564, I, 571, II, e 572 do CPP". (HC 75.944-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., v.u., *DJ* 14.11.1997)

"Se o caso versa sobre prática enquadrável, segundo o Ministério Público, no art. 40 da Lei 9.504/97, tem-se a incompetência do Superior Tribunal de Justiça, pouco importando que o candidato à reeleição detenha a qualificação de governador Competência. Denúncia. Insubsistência. Prescrição. Uma vez assentada a incompetência do órgão julgador, fica afastado do mundo jurídico o ato decisório de recebimento da denúncia, descabendo assentar a eficácia interruptiva". (HC 84.152-AM, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., v.u., *DJ* 25.06.2004)

Outros acórdãos declarando a nulidade da decisão de recebimento de denúncia por juízo absolutamente incompetente, que também *não interrompe a prescrição*: QO na Ação Penal 371/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, v.u., *DJ* 04.06.2004; QO no Inq 1.315/RO, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, v.u., *DJ* 08.11.2002.

b) É comum não fazer menção aos atos instrutórios na declaração de nulidade:

"Competência. Declinação. Atos instrutórios. Subsistência. Uma vez declinada a competência, *dá-se, a critério do juízo competente, o aproveitamento dos atos instrutórios*. Subsistência da norma do art. 567 do CPP – a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente". (HC 77.544-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., v.u., *DJ* 05.02.1999)

"Acórdão proferido em *habeas-corpus* que declarou incompetente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por não ter o paciente a *prerrogativa de foro. Anulação dos atos decisórios, com a remessa dos autos à Justiça de primeiro grau*, não configurando constrangimento ilegal a ausência de manifestação do Superior Tribunal de Justiça quanto aos vícios apontados na impetração. Ordem denegada". (HC 81.245-RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., v.u., *DJ* 08.03.2002)

"Competência. Definição. Nulidade. Alcance. Denúncia. Recebimento. Declarada a incompetência da Justiça Federal para julgar a ação penal, remetendo-se os autos à Justiça competente – a comum, *insubsistentes são os atos decisórios praticados e a denúncia apresentada pela Procuradoria da República.* Precedente: HC 68.269-3-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, perante a Primeira Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 09.08.1991. *Habeas corpus* de ofício – Oportunidade. Constatado no processo ato de constrangimento, ainda que não ultrapassada a barreira do conhecimento do recurso, impõe-se a concessão de *habeas* de ofício. Isso ocorre quando, declarada a incompetência da Justiça Federal, haja sido preservada a denúncia oferecida pela Procuradora Geral da República e o respectivo recebimento pelo Órgão tido por incompetente". (RHC 72.175-SP, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, *DJ* 18.08.2000)[44]

44. Nesse último aresto, malgrado se referisse o Pretório, textualmente, apenas à anulação de atos *decisórios*, ficou claro que, ao afastar a denúncia oferecida perante Justiça incompetente, repudiados quedaram também os atos *instrutórios*.

c) Nos casos de incompetência relativa (incompetência de foro; por prevenção), dispensa mesmo a ratificação da denúncia e aplica o instituto da preclusão:

"O ato processual de oferecimento da denúncia, praticado, em foro incompetente, por um representante, prescinde, para ser válido e eficaz, de ratificação por outro do mesmo grau funcional e do mesmo Ministério Público, apenas lotado em foro diverso e competente, porque o foi em nome da instituição, que é una e indivisível". (HC 85.137-MT, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª T., m.v., *DJ* 28.10.2005.)

"Caso em que se discute competência *ratione loci* cuja inobservância, segundo a reiterada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, implica nulidade relativa, que deve ser argüida, oportunamente – no tríduo da defesa prévia ou mediante oposição de exceção (art. 108 do CPP) –, sob pena de preclusão. *Habeas corpus* indeferido". (HC 83.563-MS, rel. Min. Carlos Britto, 1ª T., v.u., *DJ* 19.12.2003)

d) Insiste na idéia de demonstração de prejuízo na declaração de nulidade absoluta:

"Nulidade por incompetência do Juizado Especial: declaração sujeita à existência de prejuízo. 2. O âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as *nulidades absolutas* – qual, no caso, a incompetência do Juizado Especial – se a falta do inquérito policial – que não é garantia de defesa –, e a seqüência do procedimento da Lei 9.099/95, perante Juíza que, na comarca, era a titular exclusiva da jurisdição penal, *nenhum prejuízo em concreto acarretou à defesa do paciente*. 3. Declaração de nulidade restrita, em conseqüência, ao acórdão confirmatório da sentença condenatória exarado por Turma Recursal dos Juizados Especiais". (HC 81.510-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., v.u., *DJ* 12.04.2002)[45]

45. Vale registrar que esse caso – deveras citado em obras doutrinárias – ostenta a singularidade de que, na mesma comarca, o magistrado com competência geral era o mesmo que detinha a atribuição a presidir o Juizado Especial Criminal. A competência do JEC é absoluta, porque de índole material e de morada constitucional (Ada Pellegrini Grinover et al. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82). No entanto, por confundir-se a

Sendo a pena máxima do crime tipificado no art. 306, do CTB, de três anos, não se trata de crime de menor potencial ofensivo, razão pela qual falece ao Juizado Especial Criminal competência para o julgamento do feito. 2. A declaração de nulidade por incompetência do Juizado Especial depende da demonstração de prejuízo". (HC 85.019-MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. 15.02.2005, 2ª T., *DJ* 04.03.2005)

4.2 Superior Tribunal de Justiça

a) Adota com maior ênfase o princípio do prejuízo, embora, de regra, nos casos de incompetência relativa:

"Não se decretam nulidades que não causaram qualquer prejuízo à defesa. O suposto prejuízo advindo de nulidade relativa deve, além de ser argüido de imediato, logo após o momento processual em que ocorreu, demonstrar obrigatoriamente o efetivo prejuízo, eis que vige na espécie o princípio *pas de nullité sans grief*." (REsp 615.084-SC, rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., v.u., *DJ* 12.12.2005)

"No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do CPP e da Súmula 523 do STF". (HC 41.240-RJ, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., v.u., *DJ* 29.08.2005)

"A inobservância da prevenção regimental não implica em nulidade absoluta, mas relativa, considerando-se sanada se não for argüida dentro do prazo legal. Precedentes do STF e do STJ. Sendo *relativa* a apontada nulidade, sua declaração *depende sempre da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa*, o que não ocorreu no presente caso". (HC 44.166-SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., v.u., *DJ* 24.10.2005)

pessoa do juiz incompetente com aquele para o qual deveria ter sido remetido o feito, conformou-se o Pretório Excelso com a nulidade meramente relativa da sentença proferida, fulminando-se apenas o acórdão, já que emanado de Turma Recursal, e não do colegiado integrante da estrutura da Justiça Comum (Tribunal de Justiça).

b) Inclina-se ao reconhecimento da nulidade apenas dos atos decisórios, mesmo na incompetência absoluta:

"Hipótese em que, ao receber os autos do Juízo estadual, o *Juízo federal ratificou todos os atos processuais praticados*, mantendo a prisão cautelar do paciente e de seus co-réus de forma fundamentada, determinando-se, todavia, que novas alegações finais fossem oferecidas pelo Ministério Público Federal, que também ratificou os termos da denúncia. *O reconhecimento de nulidade em feito criminal só anula atos decisórios.* Os demais podem ser aproveitados pelo Juízo competente, nos termos do art. 567 do CPP. Precedentes do STF e desta Corte". (HC 45.991-SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., v.u., *DJ* 12.12.2005).

"*Habeas corpus*. Roubo praticado em agência da empresa brasileira de correios e telégrafos – EBCT. Exploração direta pela empresa pública. Competência da Justiça Federal. (...) 2. Ordem concedida para *declarar nulo todo o processo perante a Justiça Estadual paulista, desde o recebimento da denúncia*, com a conseqüente remessa dos autos para a 3ª Vara Criminal Federal da Comarca de São Paulo, onde, noticia a impetração, houve apuração inicial dos fatos". (HC 39.200-SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., v.u., *DJ* 19.12.2005)

"Conflito prejudicado pela concessão de *habeas corpus*, de ofício, para *anular todos os atos decisórios* praticados nos autos do Processo 20020023653898, que tramitou perante a 9ª Vara Criminal da Comarca de João Pessoa/PB, declarando-se a *competência do Juizado Especial* com jurisdição criminal sobre a mesma comarca, respeitado o rito da Lei 9.099/95". (CComp 48.045-PB, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., v.u., *DJ* 26.09.2005)

"Sendo reconhecida a *incompetência absoluta* da Justiça Estadual, devem ser declarados *nulos todos os seus atos decisórios, remetendo-se os autos à Justiça Federal de segundo grau*, a competente para processar e julgar a causa, restando prejudicada a análise das demais questões deduzidas no recurso especial". (REsp 606.216/PI, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., v.u., *DJ* 23.05.2005)

5. Conclusão

Passamos a trilhar, em arremate deste trabalho, algumas conclusões que, a par das já expostas no decorrer do ensaio, sirvam de esclarecimento à hipótese ventilada: é nula ou inexistente a decisão proferida por Justiça incompetente?

A problemática ínsita a esse questionamento parece-nos, como visto, ainda obscurecida em nossa jurisprudência, que não chega a enfrentar a categoria da inexistência como influente na subsistência do processo em si, antecedente inclusive ao exame da validade dos seus atos. Também a doutrina processualista penal, salvantes algumas vozes (são expoentes, entre nós, José Frederico Marques e Ada Pellegrini Grinover), tem olvidado a figura da inexistência jurídica, preferindo trilhar a tipologia tradicional das nulidades (absoluta ou relativa) e meras irregularidades.[46]

Vimos que não há espaço para nulidades relativas no terreno da competência de matriz constitucional, reservando-se tal categoria apenas para as técnicas de divisão de competências sediadas exclusivamente em diplomas infraconstitucionais (o que não é o caso da decisão proferida por Justiça incompetente, a pressupor competência de jurisdição), cuja inobservância, decerto, repercute menos seriamente na higidez das garantias processuais. Aliás, a própria dicotomia competência absoluta X relativa perde bastante sua utilidade no processo penal, já que, na grande maioria dos casos, cabe a atuação oficial do juiz.

A princípio, a falta de rigor técnico não incomodaria, porquanto, na prática, a sanção da nulidade absoluta finda por açambarcar todos os casos de violação de regra de competência constitucional. Em um ou em outro caso (da nulidade ou

46. Mesmo em outros ordenamentos, como o italiano, a doutrina não associa a categoria da inexistência a vícios de competência, restringindo-se a apartar a nulidade relativa da absoluta, ambas reconhecíveis de ofício, em qualquer estado do procedimento. Cf. Delfino Siracusano et al. *Diritto processuale penale*. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 100-102.

da inexistência), pesem as diferenças teóricas dos institutos, os tribunais costumam, com acerto, estender o reconhecimento da falha até o ato de recebimento da inicial (muitas vezes, invalidando a própria peça acusatória, por emanada de órgão que, em via conseqüencial, seria despido de atribuição perante o juízo constitucionalmente competente, ferindo também o princípio do promotor natural). Em um ou em outro caso, será sempre necessária uma manifestação judicial que pronuncie o estorvo.

Entretanto, quando se observa uma ainda vacilante postura dos tribunais quanto à prospecção do vício referente à incompetência constitucional, a distinção entre nulidade e inexistência – e, com ela, o reconhecimento da inexistência da decisão proferida, em matéria penal, por Justiça incompetente – serviria como meio mais seguro e controlável de evitar-se a conservação de atos plasmados em um processo que sequer poderia ser formado. Por isso, a nulidade dos atos instrutórios, outra dificuldade interpretativa da lei processual no que toca ao art. 567 do CPP, deve em regra ser pronunciada sempre que se trate de incompetência absoluta (com sede constitucional), haja vista que ultrajado o princípio do juiz natural.

Logo, a maior conseqüência prática, a nosso sentir, de depurar-se a distinção entre as categorias *nulidade* e *inexistência* da decisão proferida por juiz incompetente no processo penal seria o enfraquecimento da exigência de demonstração do prejuízo, senão que, quando se fala de nulidade, a tendência doutrinária e jurisprudencial é a crescente aproximação com o processo civil, para distinguir entre absoluta e relativa, voltando-se à dicotomia entre prejuízo evidente ou a demonstrar.

6. Bibliografia

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil.* Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

BRASIL. *Constituições do Brasil.* Compil. e atualiz. Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo legal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 88-103, jul.-dez. 1981.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; MEANA, José María. *Código Procesal Penal de la Nación concordado con el de la província de Buenos Aires anotados jurisprudencialmente.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência penal originária*: uma perspectiva jurisprudencial crítica. São Paulo: Malheiros, 2005.

FENECH, Miguel. *El proceso penal.* 4. ed. Madrid: Agesa, 1982.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GANDINI, Jean-Jacques. *Les droits de l'homme.* Paris: Librio, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KARAM, Maria Lucia Pereira. *Competência no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LAGRASTA NETO, Caetano. Sentença inexistente e a súmula 160 do STF. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 7, n. 79, p. 15-16, jun. 1999.

LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 11, n. 127, p. 10-11, jun. 2003.

MANZINI, Vicenzo. *Derecho procesal penal*. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1951.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. 1. ed. atual. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000.

_____. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NORONHA, Edgard de Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A nulidade no processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial, 1959. Tese.

PASTRANA, Ángel Tinoco. *Fundamentos del sistema judicial penal en el* common law. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.

SIRACUSANO, D. et al. *Diritto processuale penale*. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

STRAZZELLA, James A. The relationship of double jeopardy to prosecution appeals. *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 1, p. 1-30, nov. 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 2. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Páginas eletrônicas do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br) e da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP (http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/historicos/historicos.html).

Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva

Diogo Tebet da Cruz
Advogado criminal.
Mestrando em Ciências Criminais pela UCAM.
Bacharel em Direito pela PUC-RJ.

Sumário: 1. Introdução – 2. Controvérsia acerca da natureza da prisão preventiva: distinção fundamental entre processo civil e processo penal (crítica a uma teoria geral do processo) – 3. Releitura da prisão preventiva frente aos princípios constitucionais: 3.1 Decretação de prisão preventiva *ex officio* como violação ao princípio acusatório e ao princípio da inércia da jurisdição; 3.2 Duração do encarceramento preventivo e o princípio da dignidade humana; 3.3 A questão da proporcionalidade entre a prisão preventiva e a pena cominada: considerações acerca dos efeitos da imputação – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho trata da análise do instituto da prisão preventiva através de uma leitura constitucional. É sucintamente demonstrado que, decorrente desta (nova) leitura, diversos conceitos anteriormente arraigados na dogmática e na jurisprudência processual penal sofrem significativa alteração. No decorrer do presente, é feita uma análise estrutural do direito processual penal, pugnando-se por sua independência face a já firmada e clássica noção brasileira de uma teoria geral do processo. Alguns pontos controvertidos afetos a prisão preventiva são analisados com esta visão crítica, como p. ex., a impossibilidade de decretação da custódia cautelar *ex officio* face ao sistema

acusatório e o princípio da inércia da jurisdição. A indefinição da duração da prisão preventiva também é abordada, evidenciando o caráter danoso do prolongamento da mesma frente ao princípio constitucional da dignidade humana. Finaliza-se este breve ensaio abordando a questão da proporcionalidade entre a prisão preventiva e a pena cominada ao delito, ponto pouco discutido em sede doutrinária nacional.

Palavras-chave: Direito processual penal – Prisão preventiva – Princípios constitucionais.

Abstract: The present essay deals with the analysis of preventive custody institute through a constitutional basis. In summary, it is demonstrated that, decurrent from this (new) approach, several concepts previously established in the doctrinal opinion and the criminal procedural precedents suffer significant transformation. Along this essay, is made a structural analysis of the criminal procedural law, tha claims for its independence face already firmed and classic Brazilian notion of a "general theory of the process". Some controverted points affection the preventive custody are analyzed with this critical approach, for example, the impossibility of decreement of a provisional custody *ex officio* in inteligence with the accusatory system and the principle of the inertia of the jurisdiction. The preventive custody period's indefinition is also analyzed, demonstrating the harmful character of this prolongation considering the constitutional principle of dignity human. This essay is finished studying the proportionality between the preventive custody and the penalty threatened to the delict, a matter with a few works in national doctrine.

Keywords: Criminal procedural law – Preventive custody – Constitutional principles.

Área do direito: Constitucional; Penal; Processual penal; Comparado; Humanitário

"Há quem identifique o pobre com o ser humano faminto;
há quem o identifique com o vagabundo, ou com o enfermo.
Para mim, o mais pobre de todos os pobres é o preso, o encarcerado" –
FRANCESCO CARNELUTTI.[1]

1. Introdução

A realidade do processo penal brasileiro espelha, infelizmente, as práticas punitivas atuais. O estágio de hipercriminalização em que se encontra nossa sociedade, como demonstrado percucientemente pelos estudos do professor Nilo Batista,[2] exacerba e distorce os institutos processuais penais, refletindo as diretrizes de uma política criminal severa e rígida. Como bem observou Salo de Carvalho, "o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova 'guerra santa' contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal".[3]

Nesta verdadeira *cruzada contra a criminalidade* como arremata Fauzi Choukr,[4] é revelada a absurda mutação do sentido clássico e usual dos institutos processuais penais. Um dos pontos mais emblemáticos desse atropelo utilitarista em sede processual penal é inegavelmente o descabido desvirtuamento da utilização das chamadas prisões cautelares, mormente da prisão preventiva. Quando se coloca a lente científica, percebe-se nitidamente a custódia cautelar insuflada pela visão *law and order*, alimentada pelo sistema emergencial[5] e caracterizadora

1. *As misérias do processo penal*. Trad. por Luis Fernando de Morais. Campinas: Edicamp, 2001, p. 16.

2. Por todos: BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

3. CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 80-81.

4. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 7.

5. Idem, p. 155.

num dos aspectos do que Lola Aniyar de Castro identificou como "sistema penal subterrâneo".[6]

Nesse contexto, precisa é a explanação de Maria Lúcia Karam no que tange a onda de terror em que vivemos:

"(...) crescente manipulação do clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da violência (falsamente identificada com a criminalidade convencional), a resultar num discurso e numa prática baseados na demanda de maior repressão, no apelo à ordem, no elogio do castigo e da severidade, discurso e prática estes que acabam por transformar aquele isolamento tradicional numa aberta resistência à aplicação das normas constitucionais, na negativa em enxergar até mesmo aquelas inconstitucionalidades mais evidentes, no claro abandono dos princípios garantidores, tudo em nome de uma ilusória oferta de segurança."[7]

Ao se deparar com qualquer questão (ou questões) relativa à prisão preventiva, a munição de cautela se faz imperiosa, haja vista o caráter extremamente polêmico desta medida. Como alertava Frederico Marques, este é um "instituto contra o qual muitas e muitas críticas têm-se levantado".[8]

Todo e qualquer encarceramento antes do advento de sentença penal condenatória transitada em julgado tende a ser visto com muita reserva e parcimônia pela doutrina. Carrara entendia que a prisão antes da condenação é sempre uma injustiça e, não raramente, uma crueldade, acrescendo que a prisão preventiva, principalmente com a mania de decretá-la por simples suspeita, é uma poderosa causa de desmoralização.[9] Espínola Filho revelava tratar-se de medida de pura força em sacrifício da liberdade individual.[10]

6. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. por Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005, p. 128-132.

7. KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 2, abr-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 83.

8. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 4. Campinas: Bookseller, 1998, p. 68.

9. Apud ALMEIDA Jr., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 347-348. Carrara descreve ainda em sua obra que o encarce-

Zaffaroni constata ser a prisão preventiva um problema crucial do saber penal, pois se trata da pena de prisão mais usual,[11] remontando antiga polêmica no que tange ao reconhecimento ou não da prisão cautelar[12] como verdadeira pena de prisão.[13] Galdino Siqueira escreveu ser o efeito do encarceramento provisório similar ao cumprimento de uma pena.[14] Voltaire há muito afirmava que "o encarceramento legal, embora doloroso, não é visto pelos juízes como castigo, e continua dizendo que para eles, não passa de garantia de ter o acusado ao alcance da mão quando quiserem interrogá-lo e julgá-lo".[15] Fragoso há muito analisava os efeitos danosos desta medida para o seio familiar do encarcerado provisório, no tocante ao provimento de sua subsistência,[16] chegando a afirmar tratar-se "de medida grave e vexatória".[17]

Nesta esteira, Miguel Wedy em estudo recente, analisa os efeitos danosos da prisão cautelar no que concerne à imagem e auto-imagem do indivíduo, eviden-

ramento preventivo é um caracter do *processo inquisitório*, vez que no *processo acusatório*, vigora o postulado da *liberdade pessoal do acusado até a condenação definitiva*. CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. v. 1. Trad. por Ricardo Gama. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 310-316.

10. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000, p. 435.

11. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 170.

12. Frederico Marques diz ser a prisão preventiva a mais genuína das formas de prisão cautelar. MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 57

13. Zaffaroni continua ao afirmar que a prisão preventiva é uma manifestação pura do poder punitivo estatal, constituindo verdadeira "*erosión procesal de la pena*". ZAFFARONI, E. R., op. cit., p. 39. Ferrajoli, comungando deste entendimento, acrescenta ser a prisão provisória "medida policialesca". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. por Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 619.

14. SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 129.

15. VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Trad. por Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101.

16. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 490-491.

17. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. Disponível em www.fragoso.com.br, acesso em 15.05.2006.

ciando uma inevitável estigmatização, a qual afeta sua reputação, depauperando sua vida social, resultado de seu afastamento e isolamento da sociedade.[18]

Resumindo todas as críticas à prisão preventiva, lê-se novamente Zaffaroni:

"A prisão preventiva, salvo os poucos casos em que a coerção administrativa direta a legitima, é uma pena antecipada, que às razões que deslegitimam o poder punitivo em geral soma a flagrante e incontestável violação do princípio da presunção de inocência. A única posição coerente é a do substantivismo autoritário; para aqueles que não compartilham seus fundamentos, não resta outro caminho senão concluir por sua ilegitimidade."[19]

Apesar de intensa discussão doutrinária, fato é que a prisão preventiva ainda é uma infeliz e recorrente realidade e se encontra atualmente em pleno funcionamento em nosso ordenamento jurídico, podendo ser considerada a força motriz da usina repressiva contemporânea. Ainda prevalece o entendimento majoritário tradicional de que a esta existe para preservar os fins visados pelo processo penal,[20] e, como já advertia Basileu Garcia, há acordo quase que absoluto no sentido de se afirmar que o cárcere preventivo não pode ser dispensado,[21] chegando ao ponto de Frederico Marques afirmar que seria "temeroso o Estado abrir mão da prisão cautelar".[22] Até mesmo Ferrajoli, pai do garantismo, reconhece a necessidade da custódia cautelar com vistas a prevenir a alteração do estado das provas e apresen-

18. WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5-8.

19. ZAFFARONI, E. R. Op. cit., p. 170-171. No mesmo sentido. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 619.

20. MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. t. III. Los actos del proceso penal. Trad. por Santiago Melendo e Marino Redín. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1996, p. 641-642. Galdino Siqueira reconhecia a necessidade de acautelar e assegurar a administração da justiça. SIQUEIRA, Galdino, op. cit., p. 129.

21. GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 142.

22. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 68.

tação de falsas defesas pelo o acusado, tendo a detenção provisória o objetivo único de assegurar o interrogatório e/ou a realização de um incidente probatório.[23]

Logo, tendo em vista que a supressão deste instituto em nosso sistema processual penal vigente afigura-se como verdadeira utopia, resta ao jurista lançar um olhar crítico sobre este, analisando e problematizando seus aspectos, características e limites, sempre com vistas a emoldurar e frear o cada vez mais agressivo poder punitivo estatal. Em nosso ordenamento, é autorizada a decretação de prisão preventiva sempre que presentes os pressupostos do art. 312 do CPP, contudo, atualmente (mormente pós Constituição de 1988), não basta a simples inteligência literal de tal dispositivo para o advento do decreto prisional.

Diversas questões de suma importância circundam este instituto, merecendo atenção específica e detida, que variam desde a sua natureza e conceituação, passando pela legitimação das autoridades que a manejam (ou a forma de aplicá-la), tangenciando os pressupostos para a sua decretação, chegando até suas limitações e balizamentos. De forma objetiva e simplificada, e, sem pretensão de ineditismo, busca o presente trabalho demonstrá-las com vistas a fomentar a devida reflexão dos operadores jurídicos.

2. Controvérsia acerca da natureza da prisão preventiva: distinção fundamental entre processo civil e processo penal (crítica a uma teoria geral do processo)

O instituto da prisão preventiva *prima facie* visa resguardar a ordem e o bom funcionamento processual em detrimento da conduta do réu. Contudo, vem sendo utilizado constante e inegavelmente como aplicação de pena antecipada

23. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 447. Porém adverte o autor italiano que qualquer fim além do resguardo destes objetivos, transforma a prisão preventiva num artifício que visa colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos a sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão.

sendo assustadoramente a "maior causa de encarceramento de toda a América Latina".[24]

Sua aplicação indiscriminada e legitimação punitiva freqüentemente admitida pelos juízes e tribunais nacionais têm-se pautado, invariavelmente, por critérios puramente técnicos, todavia, o substrato conceitual utilizado na grande maioria valora aspectos incabíveis sob a ótica do direito processual penal. Em verdade, os fundamentos invocados esbarram na própria essência do processo penal, pois se alicerçam em conceitos e formas oriundas da chamada Teoria Geral do Processo, capitaneada evidentemente por concepções privatísticas do Direito Processual Civil.

A prisão preventiva pode ser considerada como o marco distintivo das duas "espécies" de processo, por assim dizer, demonstrando e evidenciando de uma vez por todas a impossibilidade da existência de uma teoria unitária. Neste aspecto, precisa é a lição de Scarance Fernandes:

"Os estudos sobre a cautelaridade no processo penal têm sido feitos a partir dos ensinamentos vindos do processo civil e grandes têm sido as dificuldades para ajustar as construções teóricas daquele processo ao processo penal. *Além das dúvidas existentes nos estudos da cautelaridade no processo civil, surgem problemas adicionais em face de exigências e características próprias do processo criminal.*"[25]

Com vistas a melhor compreender e particularizar a discussão há de ser feita breve análise acerca do porquê de ser inadmissível a existência de uma teoria unitária do processo, mormente no que diz respeito ao manejo da prisão preventiva.

Nos bancos universitários brasileiros, o direito processual penal tende a ser estudado como parte integrante dessa teoria geral do processo, na qual engloba não só o processo penal, como o processo civil, administrativo e trabalhista, vez que,

24. O professor Raúl Zaffaroni constata a gravidade desta realidade demonstrando que quase dois terços de todos os presos latino-americanos são presos provisórios, afirmando que a prisão preventiva, numa visão crítica, nada mais é do que a habilitação irracional do poder punitivo, sendo uma imposição de pena pela mera acusação. ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit., p. 170.

25. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 312. Grifo nosso.

entende parte da academia, que os institutos por serem análogos e semelhantes deveriam ser analisados diante de uma raiz única.[26]

Cândido Dinamarco, um dos maiores defensores do unitarismo no direito processual brasileiro (co-autor da obra citada sobre a teoria geral), conceitua a teoria geral do processo como "um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do comportamento dos diversos ramos do direito processual".[27] Tem como objetivo passar dos campos particularizados do processo civil, trabalhista ou penal, à integração de todos eles num só quadro e mediante uma só inserção no universo do Direito.[28] Todavia, reconhece o professor das Arcadas o "lavor árduo e incipiente" que esta teoria geral se propõe a levar avante.[29]

Acompanhando este pensamento, Afrânio Silva Jardim afirma categoricamente que "mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do direito processual, a teoria geral do processo é uma conseqüência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais".[30] Acrescenta o eminente professor, valendo-se das lições de Jaime Guasp, que as peculiaridades de cada ramo do direito processual não chegaram a afetar a ontologia do processo, chegando tão-somente às portas de sua estrutura formal, sendo de toda sorte difícil o estudo do processo penal separadamente, ficando bastante estreito o campo para uma teoria geral exclusiva do processo penal, senão inteiramente dispensável.[31]

26. Há de se registrar quão sintomático é título do livro adotado pela grande maioria dos estudantes do bacharelado em direito quando da iniciação em direito processual: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

27. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69.

28. Idem, ibidem.

29. Idem, ibidem.

30. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19.

31. Idem, ibidem, p. 20.

Retrocedendo na formação da doutrina processual nacional, encontra-se na obra de Frederico Marques a noção de que o processo como instrumento de atuação da lei é "um só", afirmando que regras procedimentais diversas que possam existir não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e penal categorias estanques.[32]

Por mais bem delineados e sedutores que pareçam os entendimentos esposados, não há como prosperar a consideração de uma unidade entre tipos processuais tão díspares. Tal noção não se coaduna com a realidade atual tanto prática como científica em âmbito processual. Compreende-se a posição do mestre Frederico Marques, que detém em seu currículo o mérito de ter sido um dos primeiros (senão o primeiro) doutrinadores nacionais a sistematizar e moldar cientificamente o processo penal, sendo, de acordo com Jacinto Coutinho, "o primeiro grande escritor, no Brasil, de um direito processual penal que queria superar a base praxista da ritualística (...)".[33]

Contudo, lança-se o ilustre e saudoso professor na (louvável) luta dos processualistas pela autonomia do direito "adjetivo" em relação ao chamado direito material (ou "substantivo"). Percebe-se nitidamente quando prossegue afirmando que "o direito processual não é simples apêndice do direito que regula o conflito de interesses, que deve ser jurisdicionalmente apreciado e solucionado, e conclui ser a relação processual autônoma e de direito público, pelo que independe da natureza do litígio a ser decidido".[34]

Em verdade, como afirma Goldschmidt, o processo civil e o processo penal formavam, no princípio, uma unidade.[35] Em retrospecto histórico, Figueiredo

32. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 29.

33. COUTINHO, Jacinto N.M. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 141.

34. Idem, p. 30.

35. GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*. Trad. por Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 12.

Dias demonstra que num estágio primitivo das legislações, faltava a consciência clara de uma diferenciação de vários tipos de processo, principalmente do processo penal e do processo civil.[36]

A razão disto residia na própria confusão dos ramos de direito substantivo respectivos e numa concepção jurídico-penal onde não estava ainda presente o interesse da sociedade na punição do criminoso, mas apenas o da vítima em obter vingança e reparação: qualquer processo traduziria só uma oposição de interesses entre a vítima e o agressor, esgotando-se na queixa de um fato ilícito e no pedido de reparação ao agressor.[37] A "composição" que correspondia à vítima do delito cumpria as funções da pena; processo civil e penal formavam um todo indivisível.[38]

Com a criação do Estado e sua apropriação do monopólio do poder punitivo, desaparece a confusão antes estabelecida entre os processos, devido ambos outrora visarem os mesmos objetos: ou a reparação da vítima ou a punição do agressor.[39-40] Em outras palavras, desde que a pena pública substituiu a composição privada e, conseqüentemente, o processo penal destacou-se do processo civil, o primeiro reivindicou suas próprias categorias adequadas à essência de seu objeto.[41]

36. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1974, (2004, reimp.), p. 51.

37. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 51-52.

38. GOLDSCHIMDT, James Paul. Op. cit., p. 28.

39. Em relação a este ponto específico, Zaffaroni afirma ser o modelo punitivo pouco apto a solucionar o conflito, pois quando aprisiona alguém não resolve o conflito, mas sim o *suspende*, ou seja, deixa-o pendente no tempo, de vez que, por definição, *exclui a vítima* (ao contrário do modelo reparador ou conciliador). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit, p. 37.

40. João Mendes indicava que já na legislação da Grécia antiga ocorrera a divisão entre delitos públicos privados, demonstrando a preocupação, no primeiro, do exercício de repressão visando a manutenção da "ordem pública e a segurança geral". ALMEIDA Jr., João Mendes de. Op. cit., p. 23.

41. GOLDSCHIMDT, James Paul. Op. cit., p. 28.

Nessa esteira, no estágio evolutivo atual em que se encontram os direitos processuais penal e civis, inviável torna-se a unificação destes dois "ramos".[42] Como que em contraposição à assertiva de Cândido Dinamarco, Alberto Binder ensina que "aqueles que desejarem dedicar-se à investigação jurídica mais abstrata sempre encontrarão nela um ponto de contato com os conflitos humanos, com o choque de interesses e com a infelicidade aí gerada".[43] Poder-se-ia falar nos inúmeros pontos distintivos entre as teorias do direito processual penal e civil como o conceito de justa causa da ação penal (inexistente no processo civil), a questão da incompetência territorial (improrrogável no processo penal, à exceção da questão do foro concorrente referente à ação penal privada, art. 73 do CPP),[44] o princípio do *favor rei* (norteador do processo penal e sem previsão no civil)[45] e seus consectários (embargos infringentes e revisão criminal privativos da defesa, o princípio do *in dubio pro reo*), a questão da lide (inexistente em sede processual penal),[46] dentre outros.

Em verdade, basta invocar o principal ponto caracterizador e individualizador do processo penal, verificável na vida real, sendo este suficiente para inviabilizar uma pretensa unidade teórica processual: *a tutela da liberdade humana frente à ocorrência de uma conduta tida como delituosa.*[47] Julio Maier atento à necessária

42. Utilizamos a palavra *ramos* entre aspas, pois entendemos que não há propriamente uma raiz única entre as duas ciências (terminologia mais apropriada).

43. BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal.* Trad. por Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 2.

44. KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

45. SUANNES, Adauto. *Fundamentos éticos do devido processo penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165. Adauto Suannes justifica este tratamento diferenciado dispensado ao réu com vistas a contrabalançar alguns privilégios do Ministério Público.

46. CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo.* Trad. por Hebe Marenco. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004, p. 36. No Brasil, TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35. Em posição contrária, considerando ser a lide facultativa em sede processual penal. JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit., p. 23.

47. Suannes convergindo de certa forma explicita: "Falar no direito do ser humano à liberdade é falar do direito do Estado de limitá-la ou mesmo restringi-la drasticamente em nome de inte-

particularização conceitual do processo penal para um entendimento consonante com a realidade e aplicabilidade deste, identifica-o como "un instrumento oficial para que el Estado aplique su poder penal, una pura realización estatal del poder penal, para el que sólo se establecen ciertos límites em homenaje a la dignidad humana individual".[48]

Transpondo a discussão à realidade prática de nosso ordenamento jurídico, evidencia-se a abissal distância entre os dois "ramos". Carnelutti em sua visão crítica há muito discorria sobre a necessária distinção entre os objetos tratados pelas duas ciências, afirmando que "o processo civil se distingue do processo penal por um caráter negativo: não existe um delito. Sendo o delito negação da civilidade, poderíamos chamar o processo penal de um processo incivil; e o processo civil, por sua vez, chamaríamos civil porque se realiza *inter cives,* quer dizer, entre homens dotados de civilidade".[49]

Em outras palavras: o processo penal serve ao direito penal. Por mais que a ciência processual tenha adquirido autonomia, seu propósito, sua razão de ser continua sendo viabilizar, servir de veículo e instrumento ao direito material, e ambos por sua vez configuram e servem à política criminal ditada pela ordem político-econômica vigente.[50] O direito processual penal é indissociável do direito penal. Em certa maneira, cada direito material condiciona politicamente o direito processual correspondente, surgindo para cumprir tal mister, diversos princípios processuais para cada um dos diferentes direitos processuais.[51] Com a

resses difusos que se ocultam na vaga expressão 'interesse público'? Falar, em suma, no processo penal". SUANNES, Adauto. Op. cit, p. 147.

48. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 172.

49. CARNELUTTI, Francesco. *Como...*, op. cit., p. 33.

50. Binder afirma que "Direito penal e direito processual penal são co-responsáveis pela configuração da política criminal e eixos estruturadores do que se denomina 'sistema penal' ou 'sistema de justiça penal'." BINDER, Alberto. Op. cit., p. 13.

51. MAIER, Julio. Op. cit., p. 170.

objetividade que lhe é peculiar, Hassemer clarifica que "sem o Direito Penal material não ficaria claro o que deve ser buscado no Processo, quais dados o Processo tem que recolher,[52] concluindo que Direito Penal material proporciona ao Processo Penal as caixas que ele tem que preencher".[53]

Como assevera Figueiredo Dias, o direito processual penal constitui uma parte integrante do direito penal.[54] Entende o professor português que a concretização do direito penal substantivo exige uma regulamentação complementar que discipline a investigação e esclarecimento do crime concreto e permita a aplicação da conseqüência jurídica, sendo esta portanto o direito processual penal.[55] Há uma nítida e necessária relação de complementaridade. Uma vez mais, Carnelutti, corroborando tal noção, afirma: "o processo penal sugere a idéia da pena; e esta, a idéia do delito, por isso o processo penal corresponde ao direito penal, como o processo civil corresponde ao direito civil".[56]

Os fins e objetivos das duas ciências polarizam-se nas respectivas essências de tutela dos direitos a que servem: o processo civil versa sobre a propriedade, enquanto o processo penal, sobre a liberdade; no processo civil se discute o *ter*, no penal, o *ser*.[57-58] No processo civil busca-se a afirmação, exercício ou execução dos

52. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. da 2. ed. alemã por Pablo R. da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 172.

53. Idem, ibidem.

54. Complementa o professor lusitano que a partir da função do direito penal, abrem-se três setores: direito penal substantivo; direito processual penal (adjetivo ou formal) e direito de execução das penas. DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit, p. 27.

55. Idem, ibidem.

56. CARNELUTTI, Francesco. *Como...*, op. cit., p. 21.

57. CARNELLUTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. por Santiago Melendo. Buenos Aires: Libreria del Foro, 1994, p. 19.

58. Persistiu (e ainda persiste) por muitos anos a idéia de que o processo civil tutela fins privados, enquanto o processo penal tutela relações de natureza pública. Contudo, vivemos hodiernamente uma tendência inversa, consistente na crescente publicização do processo civil (com o foco na tutela dos direitos coletivos e interesses difusos, objetos das ações civis públicas) e a desastrosa privatização do processo penal (concernente na crescente desregulamentação

direitos subjetivos materiais, já no processo penal não se pode falar de um "direito subjetivo do Estado à aplicação da pena".[59] No entendimento de Goldschimdt, não há direito de punir: o poder de condenar o culpado é um direito potestativo, é anterior ao processo, pois nasce do delito segundo a lei penal.[60]

Diversos autores reconhecem a (indevida) influência do direito processual civil na compreensão e interpretação do direito processual penal, chegando a ponto de Bettiol falar em *pancivilismo*, vez que grande parte do progresso da ciência processual penal consiste, infelizmente, na adaptação a seus fenômenos de conceitos construídos para o estudo do processo civil.[61] Jacinto Coutinho demonstra que os referenciais semânticos das duas ciências são distintos, não comportando um denominador comum.[62] Como o sistema e o conteúdo do "DPP" e do "DPC" são distintos, resulta uma "TGP" plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no "DPP" naturalmente.[63]

Direcionando o foco para as prisões cautelares, inaceitável torna-se a aplicação desta teoria geral. Aury Lopes Jr. prega abertamente "o respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal".[64] Prega o autor gaúcho que não se pode transportar alguns dos conceitos das medidas cautelares em geral para o processo penal de forma imediata e impensada, consistindo grande equívoco a busca da aplicação literal da doutrina processual civil ao processo

dos juizados especiais criminais; ilustrando tal tendência, ou seja, da negociação entre as partes, buscando a consentida submissão à pena, ver KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39-41).

59. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit, p. 42.

60. GOLDSCHIMDT, James P. Op. cit., p. 29.

61. *Apud* CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones...*, op. cit., p. 17.

62. COUTINHO, Jacinto. *Efetividade...*, op. cit., p. 140.

63. Idem, ibidem. No mesmo sentido: SUANNES, Adauto. Op. cit, p. 154. Na doutrina estrangeira: MAIER, Julio. Op. cit., p. 170; BINDER, Alberto. Op. cit., p. 14.

64. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188.

penal.[65] Demonstra a impropriedade jurídica e semântica de se afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni juris*. E questiona: "Como se pode afirmar que o delito é a 'fumaça de bom direito'? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! (...) Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria."[66]

Imprópria também é a utilização do *periculum in mora*, pois o fator determinante para ensejar a decretação da prisão cautelar não é o tempo, mas sim a situação de perigo criada pela conduta do imputado, decorrendo de seu *status libertatis*. Desta forma, o fundamento será o *periculum libertatis*.[67]

Por todos esses pontos, entendemos como inviável a concepção de uma teoria geral do processo. O processo penal tem sua dignidade científica proclamada por Rogério Lauria Tucci,[68] não sendo mais esta ciência, como ilustrou Carnelutti, a "gata borralheira" do ordenamento jurídico que antes fora diante das "irmãs" direito e processo civil.[69]

Os que sustentam ser a teoria geral do processo uma disciplina *problematizante*[70] acabam tornando-a problemática, vez que o que se constata entre o processo civil e o penal são similitudes normativas de ordem formal, havendo de mesma sorte identidade aparente de vocabulários e instituições.[71] Não se pode a título de leve semelhança colocar verdadeira "camisa-de-força" no di-

65. Idem, p. 189.
66. Idem, ibidem.
67. Idem, p. 190.
68. TUCCI, Rogério L. Op. cit., p. 55.
69. CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones...*, op. cit., p. 20.
70. DINAMARCO, Cândido R. Op. cit., p. 69.
71. MAIER, Julio. Op. cit, p. 168.

reito processual penal, transformando-o em ciência amorfa, com desastrosas repercussões para seu estudo e principalmente, sua aplicação real. Em verdade, o processo civil tem de funcionar como grande auxiliar comparativo subsidiário do processo penal, nas ocasiões em que algumas questões aparentem obscuridade conceitual, de forma suplementar, seguindo a *ratio* do art. 3.º do CPP,[72] e não buscar a aplicação de conceitos que são evidentemente conflitantes com a essência do processo penal.

Uma das lições de Binder merece transcrição no sentido de transmitir o verdadeiro objeto do processo penal, demonstrando uma vez mais, o total distanciamento do processo civil, sendo inviável aplicação de seus conceitos:

"Geralmente, a cota de violência social que está inserida nos conflitos provocados pelo sistema penal é muito grande e a 'solução' proposta pelo Estado costuma conter também uma grande quantidade de violência. Basta considerar que, muitas vezes, a 'solução estatal' consiste em *prender seres humanos em jaulas* que, para a tranqüilidade daqueles que estão do lado de fora, aprendemos chamar de 'cárcere'. Ocultamos, assim, que não são muito diferentes das jaulas usadas para os animais, cuja prisão costuma comover-nos com muita maior facilidade que a de um semelhante."[73]

Como constata Figueiredo Dias, "o tempo das grandes teorias gerais parece ser um tempo passado".[74] E nesse caso, as aparências não enganam.

3. Releitura da prisão preventiva frente aos princípios constitucionais

Como é notório todo o ordenamento jurídico brasileiro pós-Constituição Federal de 1988 sofreu um verdadeiro abalo sísmico. Há de ser feita, segundo a

72. Art. 3.º do CPP: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

73. BINDER, Alberto. Op. cit., p. 4.

74. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 54.

melhor hermenêutica, uma interpretação dos dispositivos legais à luz da Constituição Federal. Considerada uma das Constituições mais avançadas do mundo moderno, nossa Carta Magna representou a passagem do Estado nacional absoluto a um efetivo Estado Democrático de Direito,[75] consagrando para tanto princípios fundamentais que se materializam como alicerces deste novo Direito.

Nosso ordenamento jurídico encontra-se, como identificado por Luís Roberto Barroso, na fase do *pós-positivismo*, devido à superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso histórico do positivismo. Tal estágio caracteriza-se como "designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana".[76]

É verdade que a doutrina constitucional vive hoje a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico* como identifica Humberto Ávila,[77] ou seja, o afã de buscar todas as explicações de questões jurídicas nos princípios constitucionais. É evidente que se necessita de parcimônia na exegese e no manejo destes, contudo, indisputável a constatação de que os princípios constitucionais são (e devem ser) reverenciados como bases e pilares do ordenamento jurídico.[78] São conceituados como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.[79]

75. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 690.

76. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12-13.

77. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

78. Idem, p. 24.

79. Idem, p. 78-79.

O papel dos princípios transcende a mera análise que se acostumou fazer nas Faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo. O problema maior, neste passo, é seu efeito alienante, altamente perigoso quando em jogo estão valores fundamentais.[80]

Nesta esteira, tem-se que a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte do ambiente de reaproximação entre direito e ética, [81] sendo este um dos estados de coisas a ser promovido (senão o principal), mantendo estreita relação com a observância dos direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna.

Estas matrizes constitucionais representam uma alteração profunda na sistematização normativa (muitos diplomas foram revogados expressamente, outros dispositivos não-recepcionados), e, sobretudo, no que diz respeito à hermenêutica jurídica. Nas palavras de Lenio Streck "a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico".[82] Nas de Barroso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.[83]

Na autorizada lição de Canotilho, o *princípio da interpretação conforme a Constituição* é um princípio geral de interpretação que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana

80. COUTINHO, Jacinto N.M. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Nota Dez/ITEC, 2001, p. 2.

81. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 13.

82. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 245-246.

83. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit, p. 5.

segundo a qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution.*[84] E continua com a propriedade de mestre acerca deste princípio:

"(...) o princípio da interpretação conforme a Constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas."[85]

Esse processo (de constitucionalização) inaugurado obriga forçosamente todas as normas infraconstitucionais a adequarem-se aos novos ditames constitucionais, a sofrer um "banho de imersão" como ensina Liebman, um "processo de contaminação constitucional" segundo Streck,[86] ou uma "oxigenação constitucional" nas de Morais da Rosa.[87]

A importância da relação Constituição-normas infraconstitucionais ganha enorme relevo no que tange a questões processuais penais. Figueiredo Dias diz que qualquer ramo do Direito é "instrumental" face ao direito constitucional.[88] Contudo, os valores constitucionais exacerbam-se e ganham maior envergadura quando analisados e interpretados em sede processual penal, pois é nesta que se verifica, com maior intensidade, pontos de tensão entre Estado e os indivíduos. Segundo a lição da doutrina germânica, aqui representada por Hassemer, o processo penal é o direito constitucional aplicado.[89] Goldschmidt já analisava esta íntima relação chegando a

84. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. (2. reimp.). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.310.

85. Idem, ibidem.

86. STRECK, Lenio L. Op. cit., p. 250.

87. ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102.

88. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 33.

89. HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 172. Acompanhando esta noção Maier afirma ser hoje em dia o direito processual penal o *direito constitucional reformulado ou regulamentado.* MAIER, Julio. Op. cit., p. 163.

afirmar que "a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição".[90]

Por isso, mais do que em qualquer outro ramo, deve-se interpretar e compreender os princípios processuais penais à luz dos mandamentos constitucionais. Os princípios gerais do processo penal dão sentido à multidão de normas, orientando o legislador e permitindo à dogmática não apenas explicar, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual e caminhar com segurança ao encontro da sua solução,[91] não se perdendo de vista que "os fundamentos do direito processual penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado; a concreta regulamentação de singulares problemas processuais é conformada jurídico-constitucionalmente".[92]

Advém deste novo enfoque constitucional o que o professor Rogério Lauria Tucci denomina de "regramentos constitucionais do processo penal",[93] entendido pelos estudos de Binder como "forma constitucional do processo penal",[94] ou seja, enxergar o processo penal com "lentes" constitucionais e perceber que este é definido, delineado e orientado pela Carta Política. Aury Lopes Jr. afirma que "num Estado Democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa".[95]

Logo, os princípios constitucionais têm de ser considerados como vetores aplicativos das garantias fundamentais frente ao caso concreto. Barroso os chama de "princípios instrumentais de interpretação constitucional", constituindo premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo

90. GOLDSCHIMDT, James. Op. cit., p. 71.
91. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 113.
92. Idem, p. 74.
93. TUCCI, Rogério L. Op. cit., p. 196.
94. BINDER, Alberto. Op. cit., p. 38.
95. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 39.

intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta,[96] sendo que muitos deles não se encontram expressos no texto da Constituição, porém são reconhecidos pacificamente pela doutrina e (algumas vezes pela) jurisprudência.

Como bem analisa Ada Pellegrini Grinover, a Constituição Federal de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código Processual Penal de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição.[97]

Diante deste cenário, levando em conta todos os novos cânones interpretativos advindos dos princípios constitucionais, o entendimento e aplicação da prisão preventiva têm de ser profundamente alterados.

3.1 Decretação de prisão preventiva ex officio *como violação ao princípio acusatório e ao princípio da inércia da jurisdição*

Vê-se que a Carta Magna de 1988 assegurou ao Ministério Público o monopólio exclusivo da ação penal pública, conforme disposto no art. 129, I da CF/88. E deste *munus* decorre toda e qualquer atividade persecutória, como requerimento de prisões cautelares, medidas constritivas, dentre outras prerrogativas inerentes a sua função de *dominus litis*. Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in judicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial.[98]

Essa disposição é decorrente do que se convencionou chamar de *sistema acusatório*, no qual há a divisão nítida dos atores no processo penal; distintos órgãos desempenham as funções necessárias para o desdobramento regular

96. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 35.

97. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*: estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2005, p. 278. No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto. *Efetividade...*, op. cit., p. 140.

98. JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit., p. 43.

do processo: órgão de acusação (Ministério Público), de defesa (Advogado ou Defensoria Pública) e outro de julgamento (Juiz). Como afirma Geraldo Prado, "o sistema processual que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito, (...), será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais – acusar, defender e julgar – sincronizadas, consoante o lembrado magistério de Calamandrei, de sorte a validar os direitos fundamentais".[99] É a clássica noção do *actus trium personarum* consistente em medida de política processual de dispensar o juiz da iniciativa da persecução penal, para garantir a imparcialidade de sua atuação.[100]

Julio Maier arremata a noção do sistema acusatório ao dizer:

"Todos estos poderes (acusar, defender e julgar) se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de um acusador y al contenido de esse reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por outra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye."[101]

Outro não é o entendimento de Figueiredo Dias:

"A imparcialidade e objectividade que, conjuntamente com a independência, são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha também funções de investigação preliminar e acusação das infracções, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (...)."[102]

99. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 60.

100. GOLDSCHIMDT, James. Op. cit., p. 32.

101. MAIER, Julio. Op. cit., p. 444. Interpolação nossa.

102. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 136.

Toda essa engenharia de entregar a cada órgão distinto uma função particular e privativa visa única e exclusivamente preservar a neutralidade do magistrado julgador. Quanto mais o Judiciário aproximar-se de atividades persecutórias, portanto parciais, mais o juiz se tornará um juiz-inquisidor, figura absolutamente estranha e repudiada pelo nosso Estado Democrático de Direito. A grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do juiz com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade. Por este motivo, *a tendência é retirar do Poder Judiciário quaisquer funções persecutórias, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente*, ao atuar das partes.[103]

Como ressalta Geraldo Prado, apesar de não vir consagrado expressamente no texto constitucional, extrai-se das disposições relativas ao processo penal que a Carta Magna o adotou,[104] contudo, como adverte Sérgio Demoro Hamilton, "inúmeros dispositivos de forma promíscua sobrevivem em nossa legislação processual penal, notadamente no CPP, afrontando o sistema acusatório consagrado na Carta Política".[105]

A possibilidade de decretação de encarceramento preventivo de ofício pelo juiz constitui um desses resquícios danosos ao sistema acusatório, inobstante haver previsão legal para tal no Código de Processo Penal.[106] Tal disposição legal – e

103. JARDIM, Afrânio S. Op. cit., p. 40. Grifo nosso.

104. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 220. Sérgio Demoro escreve que seria ideal que a Constituição Federal, no capítulo dos direitos e garantias individuais, estipulasse regra expressa assegurando o sistema acusatório. HAMILTON, Sérgio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. Disponível em www.humbertodalla.pro.br, acesso em 06.05.2006.

105. HAMILTON, Sérgio Demoro. Op. cit.

106. Art. 311 do CPP: "Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial".

inconstitucional, diga-se de passagem – configura prática puramente inquisitiva, evidenciando a constatação de que infelizmente, não há, na realidade prática processual penal, a consagração e o respeito do sistema acusatório, confirmando que "no campo das cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, ignora-se, por completo, o sistema acusatório".[107]

Segundo Goldschmidt, diante do princípio acusatório não se pode exigir um procedimento de ofício.[108] Binder, com a costumeira propriedade, afirma que "um código de procedimentos será inconstitucional sempre que outorgar aos juízes tarefas que são essencialmente incompatíveis com a missão que lhes é destinada pela Constituição, isto é, com sua tarefa de julgar".[109] O Poder Judiciário, de acordo com Suannes, sempre quando sai de seu papel de garantidor dos direitos constitucionais comete abuso de poder, passando a ocupar o lugar do Estado-Autor, agindo *ex officio* a dano da liberdade do acusado remontando a santa inquisição.[110]

Logo qualquer atividade persecutória do juiz, sendo o exemplo mais sintomático, a decretação de ofício de prisão preventiva, quando o Ministério Público, não por inércia, mas por não vislumbrar a necessidade da medida, não formula o pedido, fere gravemente o postulado da inércia da Jurisdição, consectário do princípio acusatório que nada mais é do que a impossibilidade do exercício da jurisdição de ofício pelo juiz. Isto implica dizer que para que se mova, precisa ser provocada, novamente segundo o brocardo *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio.*

Não se está aqui a pugnar pelo total e completo alijamento da figura do juiz no processo penal, nem a figura de um magistrado passivo e conformista

107. HAMILTON, Sérgio Demoro. Op. cit.
108. GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 72.
109. BINDER, Alberto. Op. cit., p. 246.
110. SUANNES, Adauto. Op. cit., p. 159-160.

como condena Ada Pellegrini Grinover.[111] Mas a partir do momento em que o legislador constituinte fez uma opção de sistema, delineando e definindo claramente as funções de cada ator processual, impõe-se ao operador do direito o respeito destes limites. A decretação de prisão preventiva pelo juiz caracteriza nitidamente função de parte acusadora.[112] Juiz que determina prisão espontaneamente, ao alvedrio da vontade do Ministério Público, é um juiz inquisidor, que se imiscui em dois papéis, dissonante a um direito processual garantista.[113] E cabe aqui lembrar o que Binder afirmou: "sem uma crítica radical do sistema inquisitivo não é possível construir um Poder Judicial forte, republicano e democrático".[114]

O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores que a ordem constitucional entende cultuar.[115] Logo, a decisão judicial que decreta a prisão preventiva de ofício deve ser considerada, a despeito de previsão legal, materialmente inconstitucional, entendendo-se desta forma como parcialmente não-recepcionado o art. 311 da Lei dos Ritos, devendo ser declarada a nulidade parcial deste dispositivo, com redução de texto, frente à Constituição Federal.[116]

111.GRINOVER, Ada P. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 80.

112. LOPES Jr., Aury. Op. cit., 167.

113. "A um direito penal limitador ou de garantias corresponde um direito processual acusatório, e a um direito penal autoritário, um processual penal inquisitório". ZAFFARONI, E. R. Op. cit., p. 170.

114. BINDER, Alberto. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. por Angela Pessôa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. XI.

115. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 34.

116. Cabe ressaltar que grande parte das considerações aqui trazidas acerca do princípio acusatório e do monopólio do Ministério Público no que concerne ao requerimento do encarceramento preventivo vale para afirmar também a inconstitucionalidade do requerimento desta pela autoridade policial, mormente pelo advento da prisão temporária, instituto mais consentâneo com a fase pré-processual. Contudo, em nossa opinião, prevalece ainda constitucional o requerimento da prisão preventiva pelo querelante, vez que este é legitimado extraordinariamente na ação penal privada, podendo desempenhar, pois as atividades persecutórias inerentes a esta.

3.2 Duração do encarceramento preventivo e o princípio da dignidade humana

Um dos problemas mais momentosos relativos à prisão preventiva trata-se da duração temporal do encarceramento, ou melhor, da inexistência deste. Numa análise da evolução histórica, não há, bem como nunca houve em tempo algum, o estabelecimento de parâmetros temporais para o encarceramento preventivo em qualquer diploma de nosso sistema jurídico processual penal.

Inobstante não encontrarmos qualquer referência no corpo da Lei dos Ritos, em sua Exposição de Motivos (*DOU* 13.10.1941), encontramos a seguinte disposição: "a duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados (...)".

A ausência de previsão expressa de delimitação de prisão preventiva em nosso Código de Processo Penal, bem como a existência de outras disposições severas e retrógradas, são em parte explicadas pela influência do Código de Rocco do regime fascista. Segundo Ferrajoli, este Código alargou enormemente as hipóteses de prisão obrigatória e facultativa, suprimiu os prazos máximos e com isso o instituto do desencarceramento por decurso de prazo, e condicionou tanto a emissão como a suspensão do mandado facultativo de prisão à avaliação das "qualidades morais e sociais da pessoa".[117]

Conhecido como principal difusor deste código fascista, Manzini descrevia haver a previsão no art. 272 do CPP/italiano de outrora, Código de Rocco, que se o acusado estivesse preso preventivamente, e, quando a instrução criminal tivesse ultrapassado 4 meses, o juiz instrutor deveria informar imediatamente ao presidente do Tribunal sobre os motivos pelos quais não encerrou a fase instrutória. O presidente, examinando os atos processuais, poderia adotar, se considerasse necessário, as providências cabíveis para acelerar o procedimento e, se fosse o caso,

117. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 444.

punir disciplinarmente o magistrado pelo atraso.[118] Desta forma, a delimitação temporal ficava ao talante do Judiciário.

Tais disposições foram fortemente internalizadas em nosso ordenamento processual, seguindo tendência política da Era Vargas, dando azo ao que Graciliano Ramos denominava de nosso "pequenino fascismo tupinambá".[119] Jacinto Coutinho em revelador e preciso ensaio, evidencia a umbilical influência fascista em nosso CPP:

"Ademais, a CR de 88 traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do atual CPP, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual da persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo velho código de processo penal italiano e seu inescrupuloso difusor e defensor, *camìcia nera* de todos os instantes, Vicenzo Manzini."[120]

Com efeito, no que tange às prisões cautelares, na legislação positiva nacional, somente encontramos previsão de prazo temporal para a prisão temporária, estatuído no art. 2.º da Lei 7.960, de 21.12.1989,[121] ampliando este quando se tratar de crime hediondo (cf. art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.072, de 25.07.1990).[122]

Tramitava um projeto muito interessante no sentido de estabelecer um lapso temporal, definir um marco, um período máximo que se consubstancia limite máximo da prisão preventiva; PL 3.748/2004 apresentado ao Plenário da

118. MANZINI, Vicenzo. Op. cit., p. 643.

119. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. v. 1. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 34.

120. COUTINHO, Jacinto. *Efetividade...*, op. cit., p. 140.

121. Art. 2.º da Lei 7.960/89: "A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade".

122. Art. 2.º, § 4.º da Lei 8.072/90: "A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade".

Câmara dos Deputados em 08.07.2004, de autoria do Deputado Federal Coronel Alves. Objetiva este projeto, como dispõe seu art. 2.º, a alteração do art. 311 do CPP, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, *pelo prazo de 81 dias prorrogável por igual período em situações excepcionais e fundamentadamente.*" (g.n.)

A proposta de alteração legislativa no sentido de incluir uma limitação temporal da prisão cautelar preventiva representava um avanço inédito do legislador ordinário.[123] Em verdade, há muito se discute nos tribunais sobre o abuso da duração das prisões preventivas, fazendo com que, invariavelmente, seja sustentado perante os mesmos tribunais o excesso de prazo do encarceramento processual, socorrendo-se comumente de pedido de *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, II do CPP.[124]

Hodiernamente, invoca-se construção jurisprudencial alicerçada no princípio da razoabilidade, que coaduna o prazo para o encerramento da instrução processual como fixador hipotético de prazo de duração da prisão

123. Cabe ressaltar que este interessantíssimo Projeto de Lei foi aprovado em 09.11.2004, recebendo contudo um controverso substitutivo de autoria da deputada federal "Juíza" Denise Frossard quando da entrada do referido na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Prevê este substitutivo a alteração do art. 313 do CPP, acrescentando um parágrafo único que receberia a seguinte redação: "art. 313 (...). Parágrafo único: Será de 90 dias, improrrogáveis, o prazo máximo da prisão preventiva, quando decretada por conveniência da instrução processual ou para assegurar a aplicação da Lei penal". Deixa de fora a "garantia da ordem pública" ou da "ordem econômica" pois nesses casos, segundo a parlamentar, *a oportunidade e conveniência da prisão preventiva pode ser melhor avaliada, tendo em vista que os atos e fatos perturbadores ou ameaçadores, geralmente, são mais perceptíveis*, configurando desta forma uma brecha para uma ilimitação temporal do encarceramento cautelar. Contudo, tal projeto fora arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, haja vista o fim da legislatura.

124. Art. 648, II do CPP: "A coação considerar-se-á ilegal: (...) II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei".

preventiva.[125] Tal entendimento adota como parâmetro a contagem global dos prazos para a realização dos atos do procedimento, estabelecendo-se, em regra, o prazo de 81 (oitenta e um) dias para o tempo de prisão nos processos por crimes apenados com reclusão, o que corresponderia, em tese, à soma global dos prazos para o encerramento da instrução.[126] Hélio Tornaghi já indicava que "se, por qualquer circunstância, ainda que de força maior, não é possível observar esses limites de tempo (prazos processuais), o réu deve ser posto em liberdade; do contrário seria inútil estatuir os prazos e seria facílimo fraudar a lei com pretextos mais ou menos fúteis".[127]

Todavia, usualmente tal parâmetro é relativizado, utilizando-se os tribunais de toda a sorte de argumentos para desrespeitá-lo.[128] Cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça afirma em seu verbete de súmula 52 que "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".

Não é recente a crítica do prolongamento do encarceramento provisório ser vinculado ao ritmo (lento) da instrução processual. Manzini em pleno regime fascista italiano lecionava que "a liberdade individual do imputado deve ser tutelada contra a excessiva duração da custódia preventiva determinada pela injustificada lentidão da instrução; excesso que está manifestamente em contradição com o princípio da necessidade".[129]

125. Por todos: BRASIL. STJ, HC 45.265/BA, rel. Arnaldo Lima, 5ª T., j. 18.10.2005, *DJU* 05.12.2005, p. 346.

126. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 109-110. Esse mesmo prazo para o encerramento da instrução encontra-se previsto na Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95, art. 8.º, alterado pelo art. 1.º da Lei 9.303/96), sendo a duração de 81 (oitenta e um) dias para réu preso e 120 (cento e vinte) dias para réu solto.

127. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 97.

128. Antonio Scarance lista os motivos mais invocados como p.ex. grande número de acusados, complexidade da causa, o excesso deve ser analisado em cada caso concreto, etc. FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 110.

129. MANZINI, Vicenzo. Op. cit., p. 641-642.

Em âmbito nacional, Rogério Lauria Tucci pugna pela celeridade processual como direito fundamental do acusado, afirmando que "na jurisdição criminal, a idéia de prazo razoável contém outros componentes e outras exigências; de sorte a tornar-se inafastável a inclusão, na concepção do *devido processo penal*, do direito do indiciado ou acusado de obter pronunciamento judicial o mais rápido possível".[130]

Outro não é o entendimento de Alberto Silva Franco:

"Nada justifica o prolongamento do processo, com a submissão do acusado a uma medida de coerção pessoal que o despoja, por tempo indefinido, de sua liberdade. A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal."[131]

Indo ao encontro com esse posicionamento doutrinário, foi positivada essa garantia do jurisdicionado mediante recente alteração constitucional viabilizada pela EC 45/2004, que incluiu o inciso LXXVIII[132] no art. 5.º da CF/88, que erige a direito fundamental a duração razoável do processo, incorporando o já previsto no art. 8.º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*),[133] aprovada pelo Congresso Nacional através do Dec. Leg. 27, de 26.05.1992, cujo cumprimento foi determinado pelo Dec. 678, de 06.11.1992.

130. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 255. Aury Lopes Jr. possui estudo específico sobre o tema, pugnando por um processo sem dilações indevidas. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional. In: LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista, p. 90-129.

131. FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 279.

132. Art. 5.º (...) LXXVIII, da CF/88: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

133. Art. 8.º, I: "Toda a pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido

Contudo, por mais sedutor e aparentemente liberal-progressista que possa afigurar-se este posicionamento, e, seja imbuído de um sentimento garantista, este pode gerar situações flagrantemente periclitantes ao acusado e sua defesa. Em verdade, se há um processo que deve "demorar", este é o processo penal. As garantias e formas nele contidas representam a tradução dos valores e preceitos constitucionais; "as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais", como já advertia João Mendes de Almeida Júnior.[134] Logo, a celeridade almejada para a obtenção da prestação jurisdicional tem de ser analisada com parcimônia e deve ser relativizada caso a caso.

Delmanto Júnior em obra específica sobre o tema alerta o perigo de não se proceder a um julgamento precipitado, pois sempre devemos ter em mente que o prazo tem de ser razoável não só no viés de ser indispensável à defesa, mas igualmente necessário para garantir a serenidade do juízo, que deve estar livre das comoções oriundas do crime (e da influência midiática), que demandam um certo tempo para esvaecer.[135]

Novamente nos socorremos das lições de Zaffaroni, fazendo nossas suas palavras, quando afirma que "el preso sin condena no se resuelve sólo con la abreviación de los tiempos procesales, si los tribunales siguen empleando la prisión preventiva como pena. Además, la reducción de los procesos a cualquier precio es peligrosa: el proceso penal sufre la amenaza del *sumarísimo* si se acelera y la del *inquisitorio* si se prolonga".[136]

anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formal formulada contra ele, ou para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."

134. ALMEIDA Jr., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 13.

135. DELMANTO Jr., Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 306.

136. ZAFFARONI, E. R. Op. cit., p. 170.

Na realidade, o mais apropriado e indicado seria o estabelecimento de prazo peremptório e definido para a duração da prisão preventiva, *desvinculado de qualquer parâmetro processual.* O *quantum* do encarceramento cautelar deve vir fixado em termos absolutos, ou seja, expressamente previsto na lei processual sem qualquer exceção ou dependência de qualquer outra fase procedimental.

Como ensina Binder, há um princípio basilar que vigora no regime constitucional da prisão preventiva: "necessária limitação do tempo".[137] Prossegue o autor platino asseverando que toda a prisão preventiva que se prolonga além de um limite de tempo se converte, de fato, como anteriormente demonstrado, na aplicação de uma pena, e, para manter sua legitimidade constitucional, a prisão preventiva deve ser o menos semelhante possível a uma pena.[138]

No direito comparado, constata-se a existência de prazos estatuídos expressamente nos diplomas legislativos processuais. A "ordenação processual alemã" prevê nos §§ 121 e 122 o prazo máximo e genérico de 6 meses para a detenção preventiva, com a possibilidade de prorrogação em igual prazo somente pelos Tribunais Superiores dos Estados Federados ou da Corte Suprema Federal.[139]

A Constituição Espanhola de 27.12.1978, estabelece em seu art. 17, § 2.º que "la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos(...)", sendo regulamentado pela "Ley de Enjuiciamiento Penal Española" no art. 504.[140] Na Carta Magna Italiana, também há a disposição quanto à duração

137. BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 152.

138. Idem, ibidem.

139. MAIER, Julio B. J. Op. cit., p. 380.

140. Este artigo fixa o prazo de 3 meses de duração da prisão preventiva para delitos leves e 1 ano para todos os demais. Fixa prazo de 2 e 4 anos respectivamente, se autorizada a prorrogação. Após, em todos os casos, o advento de sentença condenatória recorrível, a prisão preventiva pode se prorrogar até a metade da pena imposta pelo decreto condenatório de 1ª instância durante a tramitação de recurso. MAIER. Julio B. J. Op. cit., p. 380.

da custódia cautelar (art. 13, § 5.º), encontrando a devida complementação no CPPi no art. 303 e ss.[141]

De mesma sorte, na Constituição da República Portuguesa, de 02.04.1976, há previsão de duração da custódia preventiva no art. 28, § 4.º, positivando tal disposição no Código de Processo Penal Português, em seu art. 215, o escalonamento de duração dos respectivos prazos para os diversos crimes e fases processuais, sendo o prazo mínimo de 8 meses, e o máximo, de inacreditáveis 4 anos.

Contudo, nota-se que praticamente, todas as regulamentações do direito comparado admitem prorrogações ilimitadas ou com limites extensos, de maneira que, na prática, dependerão sempre do entendimento dos tribunais no que diz respeito à conclusão do processo.[142] Como adverte Maier, a prorrogação da prisão preventiva por tempo demasiado ou sua ilimitação temporal afetam diretamente o Estado de Direito.[143]

Nos tribunais brasileiros, ainda vigora o entendimento de que é necessário, para poder o magistrado descobrir a verdade, o isolamento do indivíduo, longe de toda a influência.[144] Da antiga lição de Frederico Marques extrai-se a noção de que a fim de tornar menor o risco que possa correr a Justiça, e com o intuito de sacrificar o mínimo a liberdade do réu enquanto não houver sentença condenatória imutável, procura a lei cercar a prisão preventiva de cautelas e pressupostos, sem os quais não se pode privar o réu, com o *carcer ad custodiam*, da sua liberdade de ir e vir.[145]

141. A reforma antecipada pela Lei 330/1988 reduziu os termos máximos da custódia preventiva: todos os crimes punidos com até 20 anos de reclusão, durará 4 anos (até a emissão do decreto que encerra o grau de jurisdição da 1ª instância, ou até a pronúncia da sentença de 1.º grau, ou até a condenação de apelo, e até a sentença definitiva); ou 2 anos para todos os outros delitos. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 621.

142. MAIER, Julio B. J. Op. cit., p. 381.

143. Idem, ibidem, p. 379.

144. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 436.

145. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 57.

É imperioso que a provisionariedade, característica de todas as medidas cautelares, bem como da prisão preventiva, associada unicamente aos motivos ensejadores da decretação da segregação provisória,[146] deva ser entendida também como alicerce e fundamento ao lapso temporal de sua duração.

O mais indicado seria tal como sucede no direito penal, na busca por medidas alternativas à pena, se se deve buscar no direito processual penal, medidas coercitivas igualmente alternativas à prisão preventiva, menos danosas à pessoa humana, como p. ex., proibição de ausentar-se do distrito da culpa, apresentar-se periodicamente ao Juízo processante, vigilância periódica do domicílio do réu, etc.,[147] seguindo tendência já existente no ordenamento jurídico português[148] e italiano.[149] Contudo, enquanto não alcançamos este patamar, reformas pontuais são aceitáveis, e, mais do que isso, necessárias.

O encarceramento preventivo destituído de balizamento temporal configura inequivocamente um atentado ao princípio da dignidade humana, inserto no art. 1.º, III da CF/88. Caracterizada por Canotilho como dimensão objetiva dos direitos fundamentais,[150] a dignidade da pessoa humana, em suas palavras, é "a base da República", ou seja, o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político desta, sendo esta uma organização política que serve o homem e não o contrário.[151] Segundo Barroso, este princípio identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só

146. JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit., p. 247.

147. MAIER, Julio B.J. Op. cit., 381-382.

148. Art. 28, § 2.º da Constituição da República Portuguesa: "A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei."

149. Vide CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. t. I. Trad. por Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 421-425.

150. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 158.

151. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional...*, op. cit., p. 225.

existência no mundo; "a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência".[152]

A dignidade da pessoa humana, denominada de "o princípio dos princípios constitucionais",[153] é reconhecida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, iluminando a interpretação da lei ordinária.[154] Logo, o legislador pátrio deve rever o tratamento hoje dispensado aos prazos da prisão cautelar, tendo em vista que a matéria encontra-se mal disciplinada,[155] afetando frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que clama por uma definição clara e cristalina do *quantum* o acusado deverá permanecer encarcerado sem o advento de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, sem um paradigma temporal, paradigma este que, ao menos em tese, o conformará psicologicamente.

O estabelecimento de um parâmetro temporal razoável representa grande avanço no sentido de limitar o poder punitivo e preservar a dignidade do homem, sendo imperativa a coragem e consciência de nosso Poder Legislativo.

3.3 A questão da proporcionalidade entre a prisão preventiva e a pena cominada: considerações acerca dos efeitos da imputação

É sabido que a imputação é o juízo de atribuição feito pela parte acusadora pelo qual se atribui a alguém a prática de fato que se ajusta a uma norma incriminadora,[156] o qual encontrará ou não concordância pelo magistrado no momento da sentença após, e somente após, a regular instrução criminal, calcada no princípio

152. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 52.

153. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 233.

154. Idem, ibidem.

155. DELMANTO JÚNIOR. Roberto. Op. cit., p. 306.

156. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

constitucional do devido processo legal e seus consectários, (contraditório, ampla defesa, dentre outros) com a aplicação ou não de uma pena.

Contudo, inegável reconhecer que da mera imputação decorrem efeitos ao acusado que precedem o momento da sentença pelo próprio tipo penal aventado na denúncia (ou queixa). Além do já tão debatido afetamento de seu *status dignitatis* pelo simples fato de estar o indivíduo respondendo a um processo criminal, dela advém conseqüências processuais inerentes à conduta identificada como típica. Scarance Fernandes em estudo específico demonstrou essa nítida influência na fase inicial do processo:

"Como tudo está programado e definido, sendo conhecidos os futuros personagens dos pólos ativo e passivo da relação jurídica processual a ser formada, os efeitos negativos sobre a pessoa que será acusada já se revelam antes de a ação ser exercida. A ação penal dirige-se ao juiz, mas conterá necessariamente uma imputação, ou seja, atribuição ao acusado de um fato criminoso. Em virtude dessa atribuição, a ação penal, endereçada ao juiz, atinge o acusado desde a sua proposição."[157]

Não perdendo esta noção de vista, e, levando-se em conta o postulado da instrumentalidade do processo, bem como os princípios garantistas que norteiam o processo penal, há de ser feita uma nova análise acerca do cabimento da prisão preventiva diante de imputação de certas figuras delituosas, sempre levando em conta os parâmetros penais de cada tipo.

Tenhamos como o exemplo a situação a seguir: um indivíduo denunciado por um delito cuja pena mínima cominada seja inferior a um ano, fazendo este jus, *a priori*, à medida despenalizadora da suspensão do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Tal sujeito não sofrerá evidentemente o desfecho regular do processo penal, ou seja, a marcha processual não seguirá seu curso normal com a prolatação de um decreto, em tese, condenatório. Desta maneira, concernente a hipótese em

157. Idem, p. 29.

que não há a menor possibilidade de um acusado ser encarcerado ao final do processo, inviável afigura-se o advento do encarceramento preventivo sob qualquer fundamento.

Tal conclusão é quase que naturalmente inferida. Ora, se não há a possibilidade de o sujeito ser apenado com pena de privativa de liberdade ao fim do processo, não há como se legitimar uma prisão, ainda que "processual", no desenrolar deste. A mesma premissa deve ser aplicada às denominadas infrações de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapassará 2 (dois) anos (cf. Lei 9.099/95 c/c Lei 10.259/2001) e, mais além, a todos os casos em que *prima facie*, ou seja, no início do processo, estejam presentes circunstâncias que autorizem a substituição da aplicação de pena privativa de liberdade por outra, seja restritiva de direitos, seja de multa, adotando o mesmo critério garantista do reconhecimento da prescrição antecipada pela pena mínima ou pena ideal.

Ada Pellegrini, em consonância com o que se acaba de afirmar, acertadamente reconhece como um dos requisitos básicos para a adoção da prisão preventiva é a "gravidade da infração penal objeto da imputação" (para a autora só seria admissível esta medida nos crimes dolosos punidos com reclusão) e a existência de uma "probabilidade de condenação",[158] que, indo mais além, entendemos como *probabilidade de um efetivo cumprimento de pena privativa de liberdade.*

Toda a interpretação diversa do acima exposto fere frontalmente o *postulado da proporcionalidade.*[159] A doutrina nacional geralmente tem analisado a propor-

158. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo...*, p. 549.

159. Humberto Ávila denomina de postulado da proporcionalidade e não princípio da proporcionalidade, fazendo uma distinção entre "princípios" e "postulados", sendo os primeiros definidos como normas imediatamente finalísticas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção, e por outro lado, os postulados não impõem a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim; não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação que levem indiretamente a prescrição de comportamentos. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 123.

cionalidade com relação ao sopesamento entre o direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos,[160] mas não da efetivação do encarceramento cautelar e o resultado final do processo, decorrente dos efeitos da imputação.

A questão da proporcionalidade já foi muito debatida por autores nacionais, principalmente os constitucionalistas. Canotilho com a propriedade de sempre demonstra a origem deste "princípio", afirmando que "proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual".[161]

Tal postulado não está presente expressamente no texto constitucional, mas tem o seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e justiça.[162] Siqueira Castro traz uma noção abrangente sobre a proporcionalidade:

"No que respeita diretamente ao princípio da proporcionalidade sua afirmação traduz o dever jurídico do intérprete e aplicador do direito de guardar e buscar sempre a almejada *justa medida* no trato intersubjetivo. Essa cláusula, que é imanente à idéia de direito e que hoje ostenta fecunda vocação expansiva para a compreensão do fenômeno jurídico da pós-modernidade, expressa a noção de eqüitatividade, de adeqüabilidade, de suficiência, de ausência de abuso ou excesso, de equilíbrio de conduta, de equânime distribuição de ganhos e ônus nas relações jurídicas, de idoneidade na contemplação dos interesses e pretensões jurídicas, enfim, de justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e os deveres impostos, reprimidos, admitidos ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática."[163]

160. Por todos: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 200-201.
161. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, p. 266.
162. BARROSO, L. Roberto. Op. cit., p. 39.
163. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. cit., p. 198.

Desta *justa medida*, decorre o que Canotilho denomina de proporcionalidade de "princípio da proporcionalidade em sentido restrito" ou "Verhältnismässigkeit", na qual meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.[164]

Há de se analisar se o encarceramento preventivo será uma *medida* ou *desmedida* para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.[165] Nesta esteira, deve-se proceder às indagações de Humberto Ávila:

A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?[166]

A prisão preventiva tem de ser enxergada desta forma: verificar *in casu*, decorrente da imputação, se esta medida não será desproporcional em relação ao fim efetivo do processo, ou seja, se haverá cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. Natalia Sergi afirma que a proporcionalidade "constituye um límite evidentemente racional que impide que, incluso en los casos de encierro admisible, se aplique un mal mayor que la pena posible em caso de condena[167] e que la prevención no debe extralimitar la posible represión".[168]

Classificado por Binder como um dos princípios regulamentadores da aplicação da prisão preventiva, o *princípio da proporcionalidade* consiste no man-

164. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 270.

165. Idem, ibidem.

166. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 160.

167. SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: BAIGÚN, David *et alii*. *Estudios sobre justicia penal:* homenaje al prof. Julio B.J. Maier. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 477.

168. Idem, p. 478.

damento de que a violência exercida como medida de coerção (prisão cautelar) nunca poderá ser maior que a violência que eventualmente se configurará exercer mediante a aplicação da pena, no caso de provar-se a ocorrência da conduta delituosa.[169] Novamente Sergi comunga deste entendimento afirmando que o princípio da proporcionalidade "constituye uno de los principios que rigen y limitan la aplicación del encarcelamiento preventivo".[170]

Além da violação do postulado a proporcionalidade, a utilização do encarceramento provisório em processos de crimes leves ou nos quais, analisando a imputação, percebe-se que não haverá cumprimento de pena privativa de liberdade, entendemos que há, de mesma sorte, o ferimento do *postulado normativo da instrumentalidade do processo*. Cândido Dinamarco, com a propriedade de quem talvez tenha mais se dedicado ao tema, assevera que "todo o instrumento é meio; e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina".[171]

Desta forma, o raciocínio teleológico há de incluir a fixação dos escopos do processo, de seus propósitos norteadores da sua instituição.[172] Essa é nossa proposta: utilizar a proporcionalidade (e também a instrumentalidade) como filtro da utilização da prisão preventiva tendo como norte o fim do processo, observando como premissa a imputação. Tal tema nos parece não ter merecido a devida atenção da doutrina nacional,[173] todavia, apresenta-se como importantíssima limitação do manejo do encarceramento preventivo.

169. BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 152.

170. SERGI, Natalia. Op. cit., p. 477.

171. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 181.

172. Idem, ibidem.

173. Roberto Delmanto Jr. analisa o critério da proporcionalidade referente à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, citando como absoluta falta de proporcionalidade a prisão, nessa modalidade, de um sujeito condenado em primeira instância a cumprimento de pena em regime aberto. DELMANTO JR., Roberto. Op. cit., p. 213.

4. Conclusão

A sociedade brasileira contemporânea vivencia um verdadeiro retrocesso no tocante às garantias constitucionais, espelhando um preocupante recrudescimento das leis penais e processuais penais de emergência e de ocasião. As sensações de impunidade, medo, terror e pânico instaladas no psicológico e inconsciente coletivo das pessoas, potencializada por um perigosíssimo discurso panfletário-mercantilista dos meios de comunicação elevou institutos processuais como o da prisão preventiva a ser a panacéia de todos os males que assolam os homens hoje em dia.

A necessária resposta rápida para a sensação de impunidade, o sentimento de justiçamento latente e o julgamento sumaríssimo tornam a prisão preventiva a principal arma contra o crime e a criminalidade, desvirtuando por completo sua destinação legal.[174] O meio acaba tornando-se o fim, configurando uma das lições de Radbruch: o direito processual exibe claramente o fundamento da fragilidade de todo o direito, isto é, que no domínio do direito o meio tem a tendência de transformar-se em um fim em si mesmo.[175]

Ao se analisar os dados do sistema penitenciário brasileiro, nota-se a evolução absurda da utilização da prisão provisória: no ano de 2000, a população carcerária remontava o número de 232.755 pessoas, dentre as quais 80.775 eram de presos sem condenação definitiva; no ano de 2005, das 361.402 pessoas encarceradas no Brasil, 102.116 são de presos que ainda não receberam uma sentença condenatória passada em julgado.[176] Esses dados por si só clamam por atenção e principalmente preocupação da "comunidade jurídico-penal".

174. Fauzi Choukr identifica um simbolismo penal no sentido de que o resultado final do processo interessa menos que a satisfação momentânea da prisão. CHOUKR, Fauzi. Op. cit., p. 151.

175. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 264.

176. Dados extraídos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, do Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, disponível em www.mj.gov.br, acesso em 10.06.2006.

Diante deste cenário, faz-se imperiosa a revisão dos postulados e alicerces deste instituto tendo como paradigma um ideário garantista e a observação do próprio texto constitucional que o permeia no plano da hermenêutica, enquanto não há o *corte epistemológico* da base processual penal brasileira.[177]

Este breve trabalho tem como objetivo problematizar certos aspectos do encarceramento preventivo sempre com vistas a limitar o poder punitivo (irracional) estatal. Como já disse Barroso, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados.[178] Temos de lutar diretamente contra esta tendência. O fenômeno do *preso sem condenação* é sinal evidente de que o princípio da presunção de inocência é um programa a ser realizado, um trabalho pendente, segundo Binder.[179] Logo, deve o operador do direito estar preparado para tal tarefa.

Todas essas considerações passam pela noção de *processo justo*, que segundo Canotilho assegura a uma pessoa o direito de não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida e liberdade, pois o processo devido deve ser informado pelos princípios da justiça.[180]

Carrara ensinava que as cautelas com que a lei cuida de restringir as prisões preventivas constituem o critério sobre o qual se deve julgar o grau de respeito outorgado à liberdade civil de um povo.[181] Definitivamente, nossa lei é anacrônica.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA Jr., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. vol. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

177. COUTINHO, Jacinto. *Efetividade...*, p. 141.
178. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 12.
179. BINDER, Alberto. *Introdução...*, p. 91.
180. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional...*, p. 494.
181. *Apud* MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 69.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. por Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Trad. por Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. por Angela Pessôa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. (2. reimp.). Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. por Luis Fernando de Morais. Campinas: Edicamp, 2001.

_____. *Como se faz um processo*. Trad. por Hebe Marenco. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004.

_____. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. por Santiago Melendo. Buenos Aires: Libreria del Foro, 1994.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. v. 1. Trad. por Ricardo Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

COUTINHO, Jacinto Nélson Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Cláudio Tovo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Nota Dez/ITEC, 2001.

DELMANTO Jr., Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1974. (reimp. 2004)

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. por Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. Disponível em www.fragoso.com.br, acesso em 15.05.2006.

_____. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*. Trad. por Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *O processo*: estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. Disponível em www.humbertodalla.pro.br, acesso em 06.05.2006.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. da 2. ed. alemã por Pablo R. da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Juizados Especiais Criminais*: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Prisão e liberdade processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 2, abr-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. t. III. Los actos del proceso penal. Trad. por Santiago Melendo e Marino Redín. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 4. Campinas: Bookseller, 1998.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. v. 1. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: BAIGÚN, David *et alii*. *Estudios sobre justicia penal*: homenaje al prof. Julio B.J. Maier. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUANNES, Adauto. *Fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Trad. por Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

3. Crime e Sociedade

A recepção do positivismo criminológico no Brasil

João Paulo de Aguiar Sampaio Souza
Defensor Público (RJ). Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Fluminense. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da UNIFLU-FDC.

Sumário: 1. Introdução – 2. A sociedade brasileira na virada do século: 2.1 A ideologia da conciliação; 2.2 Hierarquia social e escravidão; 2.3 A república e a manutenção da hierarquia social – 3. A recepção da escola positiva – 4. O impacto do positivismo criminológico – 5. Bibliografia.

Resumo: O positivismo criminológico foi uma corrente amplamente recepcionada pelo Brasil no período compreendido entre o fim do século XIX e início do século XX, e sua presença no sistema penal ainda não foi plenamente superada. A adoção da respectiva teoria não deve ser vista como simples imitação, pois serviu para justificar a permanência de práticas autoritárias de persecução penal, em um contexto normativo em que a abolição da escravidão e a adoção da forma republicana indicavam, em tese, caminho inverso, pela inclinação aos princípios liberais da Ilustração. Através da naturalização da delinqüência, pôde-se atender as expectativas da elite, fraudando o princípio da igualdade.

Palavras-chave: Criminologia – Direito penal – Positivismo criminológico – Escravidão – Polícia.

Abstract: Criminological positivism was a broadly welcomed stream in Brazil in the period between the end of the 19th century and the beginning of the 20th, and its presence in the criminal system has not been overcome yet. The adoption of this particular theory should not be seen as a mere imitation, thus it has served to justify the permanence of authoritarian practices of criminal persecution, in a normative context in which slavery abolition and adoption of the republican way indicated, generally speaking, an inverse path, to the inclination of the liberal principles of Illustration. Due to the naturalization of delinquency, elite expectations could be complied with, defrauding the principle of equality.

Keywords: Criminology – Criminal law – Criminological positivism – Slavery – Police.

Área do direito: Penal; História do direito

1. Introdução

A teoria do positivismo criminológico já foi objeto de diversas pesquisas, sendo conhecida a sua configuração como instrumento de justificação do exercício de determinadas formas de poder punitivo. Entretanto, e mesmo que se reconheça razão a Elbert,[1] é exato que a crítica, ao que parece, não foi suficiente para afastar, permanentemente, os efeitos da adoção do positivismo criminológico, que persistem, em alguma medida, na legislação penal e, principalmente, nos mecanismos responsáveis pela criminalização secundária, ainda que sob roupagem de inovação.

Através deste ensaio, pretende-se retomar a abordagem do positivismo criminológico, mas sob um novo enfoque, qual seja a consideração do panorama social do Brasil, suficientemente relatado pela literatura nacional, visando demonstrar quais as razões que contribuíram para que esta corrente crimino-

1. ELBERT, Carlos Alberto. *Criminologia latino americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000.

lógica alcançasse sucesso, bem como fundamentar a forma de sua adaptação às peculiaridades locais. Comprovar-se-á, assim, que mais que "idéia fora do lugar", o positivismo criminológico cumpriu importante função justificadora do exercício do poder punitivo no Brasil, no momento em que era necessário buscar novo fundamento para assegurar a permanência de antigas práticas de persecução penal.

Este enfoque foi determinado pela necessidade do foco na história do sistema penal brasileiro, que ainda está por se construir. Como é fácil de se verificar, normalmente os manuais de direito penal abordam o tema sob um prisma evolucionista, através de um breve resumo das teorias, tendo por base a doutrina européia, que se transmuda em história universal. Nas obras monográficas, poucos são os que aceitam o desafio de resgatar a dinâmica nacional do sistema penal, embora, recentemente, tenha-se grande avanço neste sentido, mencionados alguns estudos no decorrer do texto.

Para tanto, inicia-se com uma breve abordagem da sociedade brasileira no fim do século XIX, tomando por foco principal a escravidão e a organização dos mecanismos de persecução penal em aparente contraste com o discurso produzido. Passa-se, então, à demonstração da permanência das referidas práticas no Brasil republicano, e, através desta, a necessidade de justificação dos mecanismos discriminatórios na sociedade onde deveria, legalmente, predominar a igualdade. Por fim, enfoca-se a adoção do positivismo criminológico neste contexto, permitindo considerar o impacto da corrente criminológica dentro da realidade nacional.

2. A sociedade brasileira na virada do século

2.1 A ideologia da conciliação

Para uma análise da receptividade da teoria do positivismo criminológico no Brasil, impossível deixar de tecer breves comentários à formação da sociedade

brasileira do século XIX e XX, já que a referida teoria virá a legitimar a continuidade de práticas segregacionistas, não obstante a alteração da forma de governo e o fim da escravidão.[2] Pretende-se, desta forma, fugir à tentação do enfoque puramente normativo, que ignora a face política da norma, bem como o recurso único à realidade européia, olvidando as peculiaridades locais que vão orientar, inclusive, as adaptações necessárias às teorias importadas.

O panorama social dos séculos XIX e do XX, mormente no que se refere ao controle dos escravos e, após, das classes perigosas como um todo, permite notar clara semelhança com o perfil social do século XXI, identificando a presença do *mito fundador*.[3] Incluem-se nessas classes, não apenas os escravos libertos com a Lei Áurea, mas também os demais elementos que não tinham lugar na sociedade monárquica, bem como imigrantes que não obtiveram sucesso no mercado de trabalho nacional.

As origens da conformação brasileira devem ser buscadas na sua própria colonização, que se insere no contexto da modernidade portuguesa. Nesse ponto, há que se concordar com Gizlene Neder, já que qualificar como atrasadas as sociedades ibéricas é utilizar o modelo de modernidade das sociedades capitalistas industriais avançadas como único paradigma; na verdade, houve a opção por um

2. Sobre este ponto, vale lembrar a observação de Gislene Aparecida dos Santos: "Hannah Arendt (1998) ao discutir o caráter das ideologias considera que elas têm uma enorme força de persuasão não por serem fundamentadas cientificamente, mas por corresponderem exatamente às expectativas ou desejos, à necessidades imediatas que, ao final, vão buscar nas ciências e nos cientistas as doutrinas que as possam justificar" (SANTOS, Gislene Aparecida dos. Selvagens, exóticos, Demoníacos. Idéias e imagens sobre uma gente de cor preta. *Estudos afro-asiáticos*. São Paulo, ano 24, n. 2, p. 275-280, 2002, p. 276).

3. Adota-se, aqui, os conceitos de mito e de mito fundador de Marilena Chauí: "Ao falarmos em mito, nós o tomamos não apenas no sentido etimológico de narração pública de feitos lendários da comunidade (isto é, no sentido grego da palavra *mythos*), mas também no sentido antropológico, no qual essa narrativa é a solução imaginária para tensões, conflitos e contradições que não encontram caminhos para serem resolvidos no nível da realidade. (...). Um mito fundador é aquele que não cessa de encontrar novos meios para exprimir-se, novas linguagens, novos valores e idéias, de tal modo que, quanto mais parece ser outra coisa, tanto mais é a repetição do mesmo" (CHAUÍ, Marilena. *Brasil* – mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 9).

tipo específico de modernidade, diverso da expectativa homogeneizadora gerada pela trajetória dos países centrais.[4]

Nesse sentido, o modelo de sociedade proposto no Brasil mantivera, desde o início, sua característica essencial, de verticalidade e hierarquia. Nestes termos, Gizlene Neder:[5]

"A visão de mundo tomista, espraiada na Península pela prática política e ideológica dos jesuítas, sustentava uma concepção de sociedade rigidamente hierarquizada, produzindo efeitos de permanência culturais de longa duração (através de sua repetição nos diferentes processos de apropriação das formas culturais), com fortes desdobramentos para os afetos e as emoções que, mesmo passados mais de dois séculos desde as rupturas ensejadas pela Revolução Francesa, resistem, ainda hoje, ao corolário de tantas mudanças promovidas pelas concepções iluministas e liberais sobre os direitos".

O projeto do desenvolvimento da sociedade brasileira baseou-se na hierarquia e na submissão das classes inferiores, cujos integrantes são, curiosamente, mais numerosos que os dominadores. O sustentáculo deste projeto é o recurso a mecanismos ideológicos, como a manutenção de um ideário de conciliação, forma negação da violência e da exploração, e, logo, permissivo da prática social violenta e exterminatória.

No plano ideológico, recorre-se a um Brasil harmonioso, caracterizado pela pregação da visão edênica, onde o país surge tal um colosso, abençoado pela natureza, dotado de um clima diversificado e de uma terra que, em se plantando, tudo dá.[6] O

4. Afirma Neder: "Em Portugal (e no Brasil), quando se adotaram aspectos modernizadores que implicaram uma atualização histórica (novas tecnologias, mudanças comportamentais, moda, etc.), tal fato ocorreu na justa medida de garantir outras tantas permanências; e, quando ocorreu, fez o estrito necessário para manter a articulação da formação social nos quadros do mercado mundial" (NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro*: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 37).

5. Ibid., p. 165.

6. CARVALHO, José Murilo de. O motivo edênico no imaginário social brasileiro. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (orgs). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 19-44.

próprio "achamento" do Brasil é coberto pelo mito do paraíso terrestre, como retorno à perfeição de origem, em contrapartida à decadência do velho mundo.[7]

Nesta terra, não há conflitos, mas apenas conciliação: os índios não foram espoliados – materialmente e culturalmente – mas, desde o início, confraternizaram com os portugueses, e sofreram sua influência civilizatória cristã e benigna; quanto menos os negros, já que a escravidão brasileira não se deu de forma violenta, como em outros países, mas de maneira persuasória, havendo intensa colaboração entre negros e portugueses na construção do Brasil. Toda essa mistura gerou uma população sem preconceitos raciais e harmônica.

Percebe-se a intensa necessidade de negar o conflito, ressaltando as pretensas benesses naturais como forma de ocultar as práticas sociais violentas, recorrendo ao ideário cristão do paraíso. E essa negação do conflito se perpetua, eis que consagrada pelos meios formais de educação, desde o ensino fundamental.[8]

Importante elemento para essa composição ideológica é a figura do paternalismo, que permite ao explorador distribuir bens conforme a sua conveniência, estabelecer fidelidades e ocultar a hierarquia, incutindo sempre a disciplina da submissão. Este ponto é ressaltado por Neder:[9]

"No que se refere ao setor rural, o latifúndio é visto como fator de concentração populacional que gerou o clã rural, 'grupo social que compreende o conjunto de indivíduos participantes das atividades de domínio ou que a ele se agregam'. A violência que mantinha este domínio não é ressaltada e cede lugar ao congraçamento. O proprietário de terras ou o senhor da fazenda aparece como

7. Segundo Chauí, existia, inclusive, a identificação com passagens bíblicas, conforme destaques que podem ser encontrados nos escritos de Padre Vieira a menção à profecia em Isaías, 18, 1-2. No seu resumo "o Brasil, achamento português, entra na história pela porta providencial, que tenderá a ser a versão da classe dominante, segundo a qual nossa história já está escrita, faltando apenas o agente que deverá concretizá-la ou completá-la no tempo". (CHAUÌ, Marilena. Op. cit., p. 78).

8. CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. *Brasil*: violência e conciliação no dia-a-dia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

9. NEDER, Gizlene. Op. cit., nota 3, p. 37.

um homem protetor, quase um pai para todos os colonos e agregados, cercados de respeito e admiração".

A imagem conciliatória possui extrema funcionalidade, pois permite que as resistências ao poder sejam vistas como exercício anômalo das faculdades permitidas, caracterizando o grupo formulador da resistência como "herege", que, destoando da benevolência e pacificidade inerente à sociedade brasileira, tenta subverter a ordem. Em resumo, trata-se de um desordeiro alienígena, a quem não se deve dar ouvidos e que, por constituir o "outro", pode sofrer graves restrições. Neste desiderato recorre, inclusive, à construção de tipos utilizados como estereótipos, muito freqüentes em nossa literatura.[10] O significado do conflito em uma sociedade hierárquica foi destacado por Damatta:[11]

"Realmente, num mundo que tem de se mover obedecendo às engrenagens de uma hierarquia que deve ser vista como algo natural, os conflitos tendem a ser tomados como irregularidades. O mundo tem de se movimentar em termos de uma harmonia absoluta, fruto evidente de um sistema dominado pela totalidade (cf. Dumont, 1977) que conduz a um pacto profundo entre fortes e fracos. É, portanto, nesse sistema de dominação, em que o conflito aberto é evitado, que encontramos, dentro mesmo da relação entre superior e inferior, a idéia de consideração como valor fundamental".

A questão da tutela está diretamente relacionada com o paternalismo: por um lado a classe dominada, composta por incapazes; por outro, a dominante,

10. O fenômeno que não passa desapercebido por Octávio Ianni: "Está em curso a transformação das castas em classes, tanto dominantes como subalternas. Esse é o contexto em que se formulam os tipos sociais e suas mitificações, expressos em termos de 'democracia racial', 'índole pacífica do povo brasileiro', 'revoluções brancas', 'conciliação e reforma', entre outros. O que está em causa é 'despolitizar' a sociedade civil em formação, defini-la e organizá-la desde cima, tomá-la como pouco ativa e pouco organizada, gelatinosa, carente de tutela." (IANNI, Octavio. Tipos e mitos do pensamento brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 49, junho 2002, pp. 5-10).

11. DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 184.

composta de pessoas esclarecidas, encarregada de proteger aquela, por vezes de si mesma, indicando-lhe o caminho mais correto de viver.[12]

A formulação ideológica, para produzir efetivos resultados, não pode, entretanto, ser monopolizada pela camada dominante; ao contrário, é necessário que seja difusa, incutida através dos diversos mecanismos de comunicação, como parte da técnica de dominação. Apenas quando esses valores são assimilados pela maioria da classe explorada é que a manutenção do sistema é possível, já que a o uso exclusivo da força física é insustentável. Conforme ressaltado por Neder e Cerqueira:[13]

"Explica-se, portanto, no caso das formações econômico-sociais capitalistas, o papel da ideologia enquanto instrumento capaz de garantir a continuidade do seu modo de produção, ao lado, evidentemente, dos demais aparelhos de Estado. Essa continuidade implica numa necessidade de apoio inclusive das camadas exploradas pelo sistema, daí a necessidade da reprodução da ideologia dominante no sistema capitalista, para garantir a sua própria reprodução também pelo consentimento".

Oculta pela imagem idílica, encontra-se uma realidade muito diversa, onde a violência é legitimada para, a qualquer preço, proteger a hierarquia social, sendo exato que a manutenção da ideologia do consenso caracteriza-se, na verdade, como prolongamento desta violência, na medida que nega o exercício de expressão da população oprimida.[14]

12. Esta característica dos sistemas hierárquicos também é ressaltada por Damatta: "De fato, o papel mais utilizado pelas 'pessoas' nas suas relações com o outro é a hierarquia, em que o superior sempre 'sabe o que é bom' para o inferior, evitando que o 'povo' seja enganado e aviltado nos seus direitos. No Brasil, então, temos 'representantes do povo', e não representantes de setores da sociedade, caso em que o mundo ficaria dolorosamente concreto e povoado de crises e interesses" (Ibid., p. 184).

13. CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. Op. cit., p. 25.

14. Conforme demonstra Jorge da Silva, tratando do racismo: "Mas é assim nossa democracia racial. Democracia racial onde os negros não estão autorizados a falar sobre si mesmos, a não ser para concordar com as explicações politicamente corretas, dadas por quem se arroga o monopólio de dizer a verdade" (SILVA, Jorge. *Violência e racismo no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduff, 2003, p. 101).

Onde a submissão é um comportamento desejado, elevada à característica essencial na construção do tipo nacional, e a violência é praticada e fomentada, explica-se a pretensão de controle absoluto da sociedade, onde cada indivíduo deve ser vigiado para não ferir as fronteiras sociais, trazendo caos à ordem social desejada. Constata-se que, mesmo com o advento da república, o progresso só se admite com ordem.

2.2 Hierarquia social e escravidão

Na análise das características sociais brasileiras não pode ser ignorada a escravidão, fonte preciosa para a configuração da hierarquia social e das práticas de segurança que viriam a procurar legitimidade no discurso do positivismo criminológico.

Deve ser esclarecida, preliminarmente, a importância da escravidão como forma de manter um sistema de exploração que demandava grandes extensões de terras para a exportação de produtos que poderiam trazer rendas para a Coroa, de forma a estabilizar a balança de pagamentos, além de ressarcir os parceiros particulares, que investiram nas navegações. O escravo torna-se, deste modo, o mais importante meio de produção, superando mesmo o valor da terra.[15]

A escravidão, por sua vez, traz uma série de conseqüências para o desenvolvimento das relações sociais, além do plano estritamente econômico. Isto porque, apesar de ser enquadrado como mão de obra, o escravo não pode ser equiparado ao trabalhador, tratando-se de meio de produção. Se assim é, existe uma clara tendência à "coisificação" do escravo; vale dizer, há a predominância do raciocínio pelo qual o escravo é um bem, negando a sua subjetividade, exceto na aplicação dos castigos pelo direito penal, quando é necessário reconhecer o seu caráter de sujeito, ainda que não pleno.[16]

15. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 149.

16. Vera Malaguti destacou esta dupla natureza do escravo: "Nas palavras de Batista, nosso segundo sistema penal, na sua grosseira corporalidade, expunha ambigüidades fundamentais.

O discurso sobre a escravidão encontra-se igualmente inserido no contexto acima destacado, da ideologia da conciliação, bem como da selvageria dos negros, feitos para o trabalho árduo. A escravidão era um recurso essencial à construção do Brasil, e por serem os escravos incultos, era natural a necessidade de alguém – o senhor branco – para guiá-los, oferecendo, em troca, sua proteção na rede de favores. Mesmo Nabuco, notório abolicionista, ratifica a possibilidade da "escravidão benigna":[17]

"Isso quanto à duração deste; quanto à sua natureza, é hoje o que foi sempre. Nas mãos de um bom senhor, o escravo pode ter uma vida feliz, como a do animal bem tratado e predileto; nas mãos de um mau senhor, ou de uma má senhora (a crueldade das mulheres é muitas vezes mais requintada e persistente que a dos homens) não há como descrever a vida de um desses infelizes".

Evidentemente, parte desta ideologia, até porque hegemônica, conseguia se introjetar em parte da população escravizada. Mas isso não pode infirmar a existência de violência contra os escravos ou de focos de resistência, traduzindo os negros como uma população plenamente incapaz, reduzida à obediência passiva, o que, nos seus pressupostos, não se diferencia da idéia da escravidão benevolente, através da "colaboração". Como ressaltado, a reprodução ideológica faz parte da técnica de dominação, e a escravidão não seria hipótese diversa.[18]

Porém, se este é o discurso divulgado no ensino fundamental e nos meios de comunicação de massa, a realidade do século XIX quanto à harmonia entre as "raças" apresentada pelas pesquisas históricas é bem diversa.

'O escravo era coisa perante a totalidade do ordenamento jurídico (seu seqüestro correspondia a um furto), mas era pessoa perante o direito penal'." (BATISTA, Vera Malaguti. A arquitetura do medo. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 99-106, 1º sem. 1996, p. 101).

17. NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 47.

18. Na afirmação de Chalhoub: "Acho plausível pensar que a ideologia da alforria 'seduzia' de certa forma os escravos, tornando-se uma das sutilezas da dominação escravista. É preciso admitir que existiam essas e outras sutilezas na política de domínio de trabalhadores escravos, pois sem a introjeção pelo menos parcial de certos símbolos de poder seria impossível imaginar que uma determinada forma de organização das relações de trabalho pudesse se reproduzir por tantos séculos" (CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade*: uma história das últimas décadas de escravidão na corte. São Paulo: Cia das Letras, 1990, p. 150).

A violência é inerente à escravidão, pelo menos em dois pontos, quais sejam a redução do ser humano à situação de coisa, *de per si* degradante, bem como o fato desta sujeição dar-se pelo uso da força bruta, reproduzindo nos castigos exemplares os autos-de-fé da Inquisição. A pretensão é a aniquilação da vontade do escravo, a ponto de sua plena submissão e, por conseqüência, de sua desumanização. E esta prática era, via de regra, contrabalanceada com os favores paternalistas, incutindo, conscientemente ou não, a disciplina da massa escrava. Segundo o relato de Koerner:[19]

"De modo geral, a violência e a benevolência não eram praticadas de forma indiscriminada. Elas antes constituíam uma economia do castigo, que se expressava em uma ideologia do tipo paternalista, a do bom senhor e do escravo humilde e submisso. Os castigos eram aplicados segundo certos critérios, tais como a boa ou má 'índole' do escravo, a falta cometida, etc., que determinavam a dosagem e a graduação da aplicação. O objetivo da economia do castigo era produzir determinadas formas de comportamento dos escravos, adequadas à produção e às relações sociais escravistas em geral".

A violência contra os escravos não era, entretanto, praticada apenas pelos senhores, pessoalmente ou através de seus empregados, mas contava com a força policial para a manutenção da "ordem pública" que, em uma sociedade escravagista com a quantidade de cativos como a brasileira – mormente na Corte – significa a atuação seletiva sobre os negros, visando afastar qualquer tipo de atitude suspeita, incluindo-se as manifestações culturais africanas.

Na verdade, o breve olhar sobre a polícia do Rio de Janeiro no século XIX é capaz de revelar as características autoritárias da sociedade brasileira, bem como a origem e permanência das mazelas que atingem, ainda hoje, os órgãos de "segurança pública". Sabe-se que, depois da chegada da família real, é criada, em 10.05.1808, a Intendência Geral de Polícia, cujo chefe ocupava o

19. KOERNER, Andrei. *Habeas corpus*: prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920). São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 27.

cargo de Desembargador, e tinha competência para julgar e definir as penas dos delitos menores, denotando, desde a sua formação, associação entre função judicial e policial. A Guarda Real de Polícia, criada em 1809, subordinada à Intendência, então chefiada por Paulo Viana, tornou mística a figura do agente Miguel Nunes Vidigal, que organizava batidas nos batuques, conhecido como "ceias de camarão", utilizando sempre um chicote, sendo que, após a surra, eram devolvidos aos seus donos ou mantidos na "casa de guarda" do Largo do Paço, de onde eram recrutados para as Forças Armadas ou destinados aos cárceres. Evidentemente, tais práticas eram realizadas sem qualquer justificação legal e, *a fortiori*, de provas, porque não era a finalidade da polícia a aplicação da pena através de um processo, mas sim a disciplina do meio urbano através da força bruta, cuja aplicação sumária dispensava qualquer formalidade.

Dois episódios ilustraram o foco da atividade policial no Rio de Janeiro, bem como qual era o papel que dela se esperava cumprido. O primeiro deles tem lugar em 1821, quando o novo intendente de polícia, João Inácio Cunha, ordenou que os escravos presos sem acusação formal fossem libertados. A reação não tardou:[20]

"Em novembro daquele ano, a comissão militar encarregada da segurança da capital, invocando 'as perigosas conseqüências que podem advir do tratamento indulgente concedido a tais indivíduos', instou o ministro da Guerra a fazer o possível para restabelecer a norma anterior, que permitia aos patrulheiros da Guarda Real açoitarem os infratores no ato e depois entregá-los aos seus donos".

Reação, portanto, à aplicação de princípios liberais, inadequados à sociedade hierarquizada, onde se estabelecera, em 1825, com o novo Intendente de polícia, toque de recolher, conhecido como "toque de Aragão", que autorizava a interrogar todos os que se considerassem suspeitos, com uso de violência que fosse necessário em caso de recusa à submissão de interrogatório, após o horá-

20. HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Trad. Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977, p. 56.

rio estipulado para a ordem de recolher (22h no verão e 21h no inverno). Sua aplicação, entretanto, era seletiva:[21]

"A ordem a ser cumprida continha uma restrição – que não se abuse 'nem se adote para com as pessoas notoriamente conhecidas e de probidade'. Os escravos podiam ser revistados a qualquer hora do dia ou da noite e deviam ser açoitados pelo porte de qualquer arma, inclusive pedaços de pau. Depois do toque, ficavam proibidos assovios nas ruas ou a transmissão de qualquer sinal semelhante, e tal proibição estendia-se 'a negros e homens de cor' a qualquer hora depois do anoitecer, mesmo antes do toque de recolher".

Através da reação às medidas do Intendente João Inácio da Cunha e à instituição do toque de recolher, nos moldes do decreto, percebe-se a função da polícia na ordem escravocrata: a manutenção da ordem pública, que, no caso, consistia no controle dos escravos, visando evitar, pelos meios que se julgasse necessário, qualquer tipo de atitude que não fosse a de mão de obra desumanizada. Não há, neste contexto, preocupação com a apuração dos delitos, através de um processo, para aplicação de pena, mas sim o do controle da mobilidade negra: o delito nada mais é do que um vago fundamento para a justificação do aparato. Tal prática, inclusive com a ministração do açoite, indica a complementariedade entre a máquina estatal e o poder privado da elite econômica.

Os mecanismos de persecução penal revelam, ainda, a presença de um elemento permanente no discurso da elite: o temor da sublevação dos escravos, indicador também da consciência da violência aplicada. Se o negro torna-se essencial para o sistema econômico brasileiro, sendo usado desde os empreendimentos mais brutais até os serviços domésticos, também constitui o elemento selvagem que, encontrando-se em grande número, pode se reunir e fazer uma revolução. Em situação idêntica estavam os libertos que, não se enquadrando em nenhuma posição social previamente determinada no

21. Ibid., p. 58.

modelo escravista, eram vistos igualmente como uma ameaça, pois livre da ascendência senhorial.[22]

Um episódio teve intensa repercussão na construção do denominado "medo branco": a revolta dos escravos malês, ocorrida na Bahia, em 24.01.1835, ocasião em que cerca de 450 pessoas ocuparam as ruas de Salvador, enfrentado tropas armadas. Embora a derrota do grupo tenha sido rápida – às 6h00 do dia 25 o movimento já tinha sido abafado – o simples fato da sublevação já foi capaz de gerar um clima de pânico, falando-se mesmo em haitianismo, como recordação da rebelião que gerou a Revolução Haitiana, feita por escravos. Para piorar a angústia dos senhores escravocratas, foram descobertos com os sediciosos diversos papéis escritos em árabe, produzindo a confrontação com a realidade de que estes não eram simplesmente selvagens animais, e que tinham poder de organização, algo imperdoável em uma organização social que não se tolera a violação dos papéis sociais, quanto mais de forma coletiva.[23]

O medo gerado ultrapassou os limites da província, alcançando a Capital do Império, onde a população escrava era imensa (calcula-se que cerca de metade da população era constituída por escravos e libertos na primeira metade do séc. XIX),[24]

22. Como afirma Koerner: "Os senhores tinham como parâmetro do trabalho a escravidão e, para eles, os livres eram 'a encarnação da corja inútil que prefere a vagabundagem, o vício ou o crime à disciplina do trabalho' (Kowarick, 1994:43)" (KOERNER, Andrei. Op. cit., p. 28).

23. O espanto é traduzido pelo Jornal *O Pão d'Assucar*, n. 11, de 10.02.1835, nos seguintes termos: "Por huma outra carta...soubemos que a sublevação dos pretos que ali tivera lugar em a noite de 25 do mesmo janeiro fôra revestida de circunstancias poderozas; e que conforme se pôde descobrir o plano d'aquella Revolta, elle pareceo não ser traçado por mão de pretos africanos; e mesmo porque, segundo o methodo de attacar quartéis, corpos de guarda, incêndio em hum ponto, papeis escriptos com caracteres de invenção particular, e trages de hum só uniforme e divizas, fôra necessário ter precedido huma combinação engenhoza, e combinação tal que não cabe na fraqueza do raciocínio africano, á falta de cultura de idéas" (BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro:* dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 188).

24. CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 169-190, 1º sem. 1996, p. 173. Vera Malaguti traz a seguinte descrição: "Em 1830 o Brasil tinha aproximadamente 5 milhões de habitantes e o Rio de Janeiro em torno de 125.000. Os dados disponíveis demonstram que em 1834 pelo menos 44,4% da população total era de escravos. Desde a chegada da corte em 1808

e, portanto, mais grave a ameaça à inviolabilidade senhorial, alimentando o desejo de controle social absoluto. Já em 1831, matéria publicada no *Aurora Fluminense* demonstrava a preocupação da elite com a insubmissão dos negros:[25]

"A insolência dos escravos, que se costuma designar com o nome de capadocios, tem chegado ao seu auge no Rio de Janeiro. A este respeito nunca este peior a policia da cidade: elles insultão já os brancos; e principalmente aos domingos e dias santos se accumulão nos cantos, e nos largos, aonde algumas de suas conversações são bem significativaz. Nós despertamos a vigilância da autoridade sobre este objecto que he de maior monta do que parece a alguns espíritos prevenidos. Nós que não trememos só de ouvir fallar na virgem de Lampadosa, mas receamos que essa gente nos venha a dar sérios cuidados, porque entre elles muito acintemente se promove a insubordinação, e se derramão idéas, que nunca tiverão até agora. Cumpre também que passe com brevidade a lei que veio do Senado, vedando por meios penaes o commercio de carne humana, o qual alem de outras considerações de philantropia, deve olhar-se como a importação de barris de pólvora que se estão amontoando em uma mina".

A notícia da revolta malês na Bahia, portanto, é recebida com grande impacto, quase como uma concretização dos temores já externados. Conforme publicação em *O Pão d'Assucar*, n. 27, de 07.04.1835:[26]

"Isto bem meditado nos deve assaz horrorizar para que não sejamos tão frouxos e descuidados como até agora tem sido, em tomar a este outro igual rompimento não nos apanhe de improviso. Parece que as mais obvias e immediatas que se devem tomar, he estabelecer com cuidado todos os passos que os Africanos derem, que pareção encaminhar-se a conjurações contra a nossa existência, para

a demanda por escravos para trabalhos braçais e domésticos era crescente. Em 1821 a população escrava havia crescido mais que o seu dobro. Começou a constituir-se no período a cidade africana, ao mesmo tempo em que começam a multiplicar os trabalhadores livres, nacionais e estrangeiros" (BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit, nota 22, p. 129).

25. Ibid., p. 181.

26. Ibidem, p. 192.

que a tempo se previnão, empregando para esse fim todos os meios que mais convenientes forem para se descubrirem tenções tão pavorozas: segundo, termos huma força armada sufficiente, que pela sua disciplina, gente escolhida de que se compozer, nos inspire confiança, e aos escravos infunda terror..."

Mas não foi apenas nos meios de comunicação que a elite se fez manifestar: em seguida à revolta frustrada, foram editados diversos atos normativos, procurando impedir a mobilidade dos escravos e aumentar a vigilância, como forma de trazer algum alento à elite. Assim, a partir de 1835 instituiu-se a suspensão formal das garantias contra os suspeitos de insurreição, proibindo sociedades e reuniões secretas onde fosse encontrado estrangeiro de cor, escravo ou liberto, e promovendo a institucionalização de filhos de libertos e a deportação como punição generalizada, bem como registro de escravos e proibição de aquisição de bens de raiz pelo africano liberto.

Alterou-se também o Código Criminal, para incluir entre a possibilidade de aplicação da pena de morte para o caso de escravo que matasse ou ferisse gravemente o seu dono, alguma pessoa da família ou da casa, ou mesmo o feitor. Evidentemente, tais medidas, e outras que se seguiram – em 03.12.1941, por exemplo, foi realizada a "reforma processual", outorgando, novamente, no plano legal, poderes judiciais à polícia – não foram suficientes para satisfazer o desejo de controle absoluto das massas de escravos que, por natureza, é insaciável.

É também esse sentimento perante os negros que explica a permanência de duas características na persecução penal do século XIX e XX: o uso da prisão como forma de resolver problemas sociais, originando um grande número de detidos sem qualquer processo formalizado, e o fato de a maioria das prisões serem provocadas por supostas agressões à ordem pública (portanto, delitos sem vítima).[27]

27. Como sintetiza Holloway: "Assim como no caso da prisão simples na Casa de Detenção, a polícia não precisava de permissão de autoridade superior para manter presas essas pessoas. Ela estava fazendo o que a elite política esperava que fizesse – tirando das ruas vadios, arruaceiros, capoeiras, bêbados e outros indesejáveis, e quanto menos perguntas se fizessem sobre processos

O crescimento do meio urbano agrava os receios senhoriais, na medida em que, aumentado o contingente humano, trazia uma maior dificuldade ao controle da mobilidade das classes perigosas. Conforme a narrativa de Chalhoub:[28]

"Por um lado, o meio urbano escondia cada vez mais a condição social dos negros, dificultando a distinção entre escravos, libertos e pretos livres e diluindo paulatinamente uma política de domínio onde as redes de relações pessoais entre senhores e escravos, ou amos e criados, ou patrões e dependentes, podiam identificar prontamente as pessoas e seus movimentos. Por outro lado, a cidade que escondia ensejava aos poucos a construção da cidade que desconfiava, e que para desconfiar transformava todos os negros em suspeitos".

É possível encontrar, nos discursos referentes aos escravos, a nítida consciência de que a escravidão era uma das bases do sistema econômico, a tal ponto que o senhor que fosse indulgente com seus escravos estava sujeito a críticas, pois o exemplo poderia causar subversão da ordem. Para auxiliá-lo nesta função, estabelecia-se uma relação de complementariedade com o poder público, através da polícia.[29]

O medo da revolta negra, entretanto, não se encontrava apenas no discurso dos conservadores que defendiam o sistema escravocrata, mas também nos abolicionistas. É o próprio Joaquim Nabuco quem adverte:[30]

judiciais e base legal, melhor. Muitos eram levados à Casa de Detenção para cumprir uma pena "não-judicial" mais longa, e alguns, para aguardar julgamento por delitos graves. (HOLLOWAY, Thomas H. Op. cit., p. 237).

28. CHALHOUB, Sidney. Op. cit., nota 23, p. 175.

29. "Enquanto a escravidão nas fazendas era mantida pela presença imediata do feitor e por outros meios que o feitor julgasse necessário, o senhor urbano contava com o poder de coerção do Estado. Na cidade, os senhores de escravos tinham a obrigação para consigo mesmos e para com a sociedade local de ser a vanguarda da disciplina dos escravos, mas não se podia esperar deles, que não dispunham de cárceres domésticos, que mantivessem o controle sobre seus escravos em todas as circunstâncias. Como disse um ministro da Justiça, o problema do controle dos escravos na cidade era que 'esta propriedade não se guarda, anda pelas ruas'. Em uma cidade em que milhares de cativos se comunicavam com facilidade, a ameaça da resistência escrava, ou coisa pior, era por demais importante para ser deixada a cargo dos senhores individualmente. Montara-se um sistema de vigilância, controle e disciplina tão amplo que o poder de coerção da classe proprietária se tornou difuso" (HOLLOWAY, Thomas H. Op. cit., p. 115).

30. NABUCO, Joaquim. Op. cit., p. 40.

"(...) suicídio político, porque a nação inteira – vendo uma classe, e essa a mais influente e poderosa do Estado, exposta à vindita bárbara e selvagem de uma população mantida até hoje ao nível dos animeis e cuja paixões, quebrado o freio do medo, não conheceria limites no modo de satisfazer-se – pensaria que a necessidade urgente era salvar a sociedade a todo custo(...).

A emancipação há de ser feita, entre nós, por uma lei que tenha os requisitos, externos e internos, de todas as outras. É assim, no Parlamento e não em fazendas ou quilombos do interior, nem nas ruas e praças das cidades, que se há de ganhar, ou perder, a causa da liberdade. Em semelhante luta, a violência, o crime, o desencadeamento de ódios acalentados, só pode ser prejudicial ao lado que tem por si o direito, a justiça, a procuração dos oprimidos e os votos da humanidade toda".

Tem-se, portanto, no Brasil, o que Vera Malaguti Batista denomina *abolicionismo de resultados*, em que, "além da filantropia está o temor dos barris de pólvora e o utilitarismo econômico que calcula soluções através de impostos ou, na antevisão da automação, braços são mais caros que máquinas".[31] A abolição da escravidão, que começou a ser traçada desde o primeiro acordo para o fim do tráfico internacional de escravos, o que só veio a ocorrer a partir de 1850, tomara o seu rumo de forma paulatina, contrabalanceada com o incentivo à importação de mão-de-obra européia, que formaram o grupo dos chamados "colonos".

A abolição do regime escravo e a posterior proclamação da República do Brasil trouxeram, em sua carga discursiva, várias promessas, nenhuma das quais cumprida, já que não existiu qualquer tipo de ruptura com a estrutura social vigente.[32] A mudança do regime de governo, logo após o fim da escravidão, não

31. BATISTA Vera Malaguti. Op. cit., nota 22, p. 182.

32. Ilustrativa, neste ponto, a dúvida de Custódio, personagem de Machado de Assis em *Esaú e Jacó*, que passava pelo dilema de ter feito a tabuleta de seu empreendimento como "Confeitaria do Império" em meio à mudança do regime, pelo que temia ser acusado de reacionário e sedicioso. Após várias tentativas de conserto, junto ao Conselheiro Aires, este lhe acalma: *nada se mudaria; o regímen, sim, era possível, mas também se muda de roupa sem trocar de pele* (ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Esaú e Jacó*. São Paulo: Globo, 1997, p. 133).

trouxe a inclusão das classes exploradas, podendo-se mesmo afirmar que a queda da Monarquia se deu quando esta alcançava o seu maior índice de popularidade, em decorrência da abolição do regime escravo.[33] Ao contrário, foram criados novos mecanismos de exploração para lidar com os libertos e a implantação de um mercado de trabalho compatível com os anseios do capitalismo que começava a se implantar no país.

2.3 A república e a manutenção da hierarquia social

A efetivação do fim da escravidão formal foi uma conquista, na medida em que a simples possibilidade da abolição legal desse regime de exploração já consiste, por si só, em progresso do *status* do ex-escravo. Contudo, a percepção das elites sobre o negro não se alterou: pelo contrário, com a impossibilidade do controle pela escravidão, a simples visão dos libertos era de caos para uma sociedade que deveria permanecer organizada de forma hierárquica.

Diante da igualdade formal prevista pela Constituição, e que servia como fundamento ideológico da República, a persistência da desqualificação do negro foi importante, no plano ideológico, para justificar a discriminação. Assim sendo, os ex-escravos continuaram a ser consideradas pessoas incapazes, seja pela sua própria natureza supostamente inferior, seja pelo efeito da escravidão.[34] Pessoas incapazes de viver em sociedade, sem uma prévia orientação para o bem, que seria encargo da camada mais esclarecida da sociedade, visando proteger o povo de influências malignas. Continuação, portanto, do paradigma da tutela, como forma de dominação.

33. CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Cia das Letras, 1987, p. 29.

34. Chalhoub faz referência a um artigo publicado no *Diário de Notícias* de 19.03.1889, onde Rui Barbosa clamava contra a tentativa de incentivar os libertos à participação política, demonstrando o "arrojo de irresponsabilidade que governa este país". (CHALHOUB, Sidney. Op. cit., nota 23, p. 169).

Além disso, embora o fim da escravidão já tivesse sido anunciada em 1850, com o decisivo fim do tráfico negreiro internacional, e que, devido a uma série de mecanismos, já existissem muitos negros libertos em 1888, o fato é que a extinção formal do vínculo fomentou o "medo branco", pois a imagem dos libertos era associada à horda de selvagens que, sem qualquer vínculo, estaria fora de controle. Chalhoub traz informações sobre o projeto de repressão à ociosidade de 1888, onde houve interpelação da bancada dos ruralistas acerca das medidas a serem tomadas para a defesa da propriedade, ameaçada pelos selvagens libertos, e

"Em sua resposta, Ferreira Vianna mostra claramente os exageros das afirmações dos interpelantes e diz que uma das respostas do governo aos temores gerais de comprometimento da ordem era o projeto de repressão à ociosidade que estava em discussão na Câmara. O problema, portanto, é de ênfase e de decidir quais medidas práticas tomar; contudo, havia, sem dúvida, o consenso de que a ordem estava ameaçada. Na verdade, um dos pontos principais de toda essa discussão por ocasião da interpelação, assim como do projeto sobre a ociosidade propriamente, é o consenso que se estabelece quanto ao suposto caráter do liberto. Em primeiro lugar, os libertos eram em geral pensados como indivíduos que estavam despreparados para a vida em sociedade. A escravidão não havia dado a esses homens nenhuma noção de justiça, de respeito à propriedade, de liberdade. A liberdade do cativeiro não significava para o liberto a responsabilidade pelos seus atos, e sim a possibilidade de se tornar ocioso, furtar, roubar, etc. os libertos traziam em si os vícios de seu estado anterior, não tinham a ambição de fazer o bem e de obter um trabalho honesto e não eram "civilizados" o suficiente para se tornarem cidadãos plenos em poucos meses. Era necessário, portanto, evitar que os libertos comprometessem a ordem, e para isso havia de se reprimir os seus vícios. Esses vícios seriam vencidos através da educação e educar libertos significava criar o hábito do trabalho através da repressão, da obrigatoriedade".[35]

35. CHALHOUB, Sidney. *Trabalho, bar e botequim*: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da belle époque. 2. ed. Campinas: Unicamp, 2001, p. 67.

Outra modificação necessária era na própria ideologia do trabalho, pois a este era associado um caráter negativo, degradante, destinado unicamente aos escravos, em um regime completamente adverso à condição humana, e deveria ser valorizado positivamente, garantindo que o mercado de trabalho tivesse formação que permitisse impulsionar a economia local, deixando os insubordinados à ação da polícia.

Cumpre notar que o fim formal da escravidão, assim como não acabou com o estigma da inferioridade do negro, também marcou as relações de trabalho "livre", na medida que o comportamento dos empregadores era tão semelhante quanto possível ao do senhor. Realmente, várias queixas de colonos versavam sobre imobilização na fazenda, chegando a ponto de o empregador controlar as suas relações sociais e amorosas, proibindo contatos e casamentos.[36]

Por outro lado, o crescimento populacional dos centros urbanos continuava acentuado, agravando as péssimas condições de infra-estrutura.[37] Tal situação provoca uma demanda por reformas urbanas, como a notória reforma Pereira Passos, trazendo à colação trecho de Luciana Corrêa do Lago:[38]

"Somente na administração Pereira Passos, no início deste século, é que as transformações do Centro começaram a ser implementadas. Com efeito, a Reforma Pereira Passos inaugurou uma nova relação entre o Estado e o espaço urbano. Em nome da 'modernização' e da 'higiene', o Estado pôs abaixo as moradias populares

36. No que tange à elaboração da Lei de Locação de Serviços, de 1879, Andrei Koener percebe esta permanência: "Nos debates sobre a lei, considerava-se central elaborar um conjunto de instrumentos legais que garantisse a permanência dos trabalhadores livres em seus postos nas fazendas. Ou seja, a locação de serviços era pensada no marco do sistema escravista, pautando seus instrumentos pelo objetivo geral de imobilização da população. As relações sociais escravistas e paternalistas seriam alteradas apenas na medida necessária da introdução dos novos trabalhadores com estatuto de livres" (KOENER, Andrei. Op. cit., p. 126).

37. Segundo Carvalho, "uma terceira conseqüência do rápido crescimento populacional foi o acúmulo de pessoas em ocupações mal remuneradas ou sem ocupação fixa. Domésticos, jornaleiros, trabalhadores em ocupações mal definidas chegavam a mais de 100 mil pessoas em 1890 e a mais de 200 mil em 1906 e viviam nas tênues fronteiras entre a legalidade e a ilegalidade, às vezes participando simultaneamente de ambas" (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 17).

38. LAGO, Luciana Corrêa do. Desigualdade socioespacial e mobilidade residencial na metrópole do Rio de Janeiro. *Cadernos IPPUR*. Rio de Janeiro, ano 10, n. 2, dez. 1996, p. 58.

da área central, obrigando a classe trabalhadora a se deslocar para os subúrbios ou ocupar áreas vazias próximas ao mercado de trabalho, posteriormente denominadas favelas. Foi a época da expansão de terras via produção, pelas grandes imobiliárias, de loteamentos nas áreas suburbanas. De fato, os subúrbios tornaram-se socialmente heterogêneos, abrigando boa parte dos trabalhadores expulsos dos cortiços. Deu-se início, assim, à 'periferização' dos pobres".

Ao analisar alguns documentos referentes à época em questão, encontra-se uma nova concepção de espaço público. Entendia-se que o Brasil não podia mais apresentar uma organização espacial degradada, como até então, onde havia uma promiscuidade das áreas, com vielas e becos escuros, cortiços e favelas no centro da cidade (até mesmo a presença dos cães, observada inclusive por visitantes estrangeiros, foi tida como problema). Essa configuração era típica de uma época atrasada e retrógrada, que deveria ser sepultada com o fim da monarquia: a meta era espelhar a urbe francesa, e equiparar-se, em termos de civilização, à Argentina, já que o Brasil, em termos naturais, não tinha nada a dever a esta nação.[39] Esta concepção pode ser aferida por duas notas em jornal da cidade, do início do século XX:

"Com a posse do prefeito Pereira Passos, ficou claro que o Rio de Janeiro deixará de ser uma cidade fétida e assolada pelas doenças. No lugar de cemitério de europeus, apelido nada lisonjeiro que a capital da República ganhou, a cidade renascerá como o mais grandioso exemplo da *belle époque* tropical. Em vez das imundas vielas coloniais e dos cortiços, onde se acumulam doenças, a prefeitura planeja ruas e avenidas largas, onde serão construídas edificações dignas da mais fina arquitetura européia. No lugar de terrenos, que só servem de depósito de lixo,

39. Lená Medeiros nos traz a seguinte passagem: "em primeiro lugar, civilizar o Rio significou criar um novo espaço central: belo, moderno, racional e funcional, que merecesse os elogios internacionais. Avenidas largas, passeios públicos, teatros, amplas lojas de departamento deviam substituir as vias tortuosas, os becos escuros, os cortiços anti-higiênicos e as ruas infamantes de uma cidade que permanecia colonial. Em segundo lugar, civilizar a cidade significou adaptar a população urbana aos cânones do novo viver, criando novas regras, novos valores e novas necessidades". (MENEZES, Lená Medeiros de. *Os indesejáveis*: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital federal (1890-1930). Rio de Janeiro: EdUERJ, 1996, p. 31)

praças arborizadas. Para tornar realidade o sonho de uma capital da República civilizada, a prefeitura já começa, literalmente, a botar abaixo todos os obstáculos. Os imóveis no caminho planejado para a obra já foram ou serão demolidos. Aos proprietários que amanhecerem com um aviso de desapropriação pendurado na porta principal de seu imóvel, só resta sair o mais rapidamente possível de casa, pois a prefeitura dá apenas alguns dias para que a mudança seja feita. Ao todo, 1.800 operários estão encarregados de demolir 640 imóveis. Pobres, os moradores dos cortiços só têm como opção de moradia juntar-se aos soldados vindos de Canudos, que se fixaram em barracos no Morro da Favela, antigo Morro da Providência.[40]

Foi inaugurada a Exposição Nacional. Em menos de um ano, o Rio viu surgir, na Praia Vermelha, palácios monumentais, teatros, restaurantes, salas de cinema, teatro, cervejaria, cafés e até uma linha férrea para o transporte interno dos visitantes. A beleza do conjunto montado para a exposição está de acordo com a nova cara do Rio, que, depois das reformas urbanas, tornou-se uma digna capital da República. Cada estado montou seu pavilhão de acordo com suas posses para mostrar as riquezas do país. A exposição comemora oficialmente o centenário da Abertura dos Portos, mas é uma excelente oportunidade para mostrar aos estrangeiros que o Rio, finalmente, civilizou-se".[41]

Percebe-se, assim, a clara presença do ideário do Brasil como um país atrasado, não civilizado, condição que apenas poderia atingir se olvidasse a sua herança colonial portuguesa e se espelhasse em países europeus realmente avançados, como a França, ignorando, portanto, que a trajetória do Brasil, como de sua matriz ibérica, foi uma opção entre os valores possíveis de se obter dentro do leque da modernidade, e não simplesmente um sinal de atraso.

40. Pereira Passos manda demolir o rio colonial. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 03.01.1903. Disponível em http://jbonline.terra.com.br/jseculo/1903.html. Acesso em: 26.12.2003.

41. Rio civiliza-se e faz exposição para inglês ver. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11.08.1908. Disponível em http://jbonline.terra.com.br/jseculo/1908.html. Acesso em: 26.12.2003.

Contudo, e como tornou-se a tônica nas políticas públicas envolvendo o Rio de Janeiro, o caminho para a "modernização" não passou pela solução dos problemas sociais que, enfim, geravam aquela degradação espacial; pelo contrário, foi uma reforma dos "setores esclarecidos" apesar da população, e não a favor dela. Assim, as medidas, ainda que importantes para o desenvolvimento da cidade, foram tomadas de forma autoritária, com desprezo para com a população que ali residia, que deveria "salvar-se como podia".

Nesse contexto, o sistema penal republicano volta-se, imediatamente, contra as "classes perigosas", visando afastar as condutas que pusessem em risco o projeto de consolidação capitalista. No resumo de Chalhoub:[42]

"O fato é que os primeiros governos republicanos só souberam exibir truculência e intolerância em relação à cidade negra, deixando entre muitos populares aquela convicção profunda – captada por João do Rio – de que os 'novos' tempos não eram necessariamente tempos melhores. Os republicanos construíram todo um belo discurso como justificação de suas ações contra a cidade negra. Agiram em nome da higiene, da moral e dos bons costumes, do progresso e da civilização".

Inicialmente, é registrada a intensa atividade policial contra os capoeiras, figura criada no regime imperial, mas que apenas foi criminalizada formalmente pelo Código Penal de 1890. Após tal estágio, verifica-se a mobilização da persecução penal diante das impurezas do meio social, mormente os vagabundos e os mendigos. Afinal de contas, em uma terra que, quem quer trabalhar, não morre de fome – permanência do discurso edênico – qualquer conduta dos pobres que não seja voltada ao emprego significa más intenções, nítida propensão ao delito.

Não apenas a persecução penal passa a se orientar pela ideologia do trabalho, mas também a própria execução penal, ao estabelecer, pelo menos no plano

42. CHALHOUB, Sidney. Op. cit., nota 23, p. 186.

discursivo, que sua intenção é a função ressocializadora, através da introjeção da disciplina do trabalho. Função meramente ideológica, eis que, na prática, persiste o extermínio como forma de julgamento sumário:[43]

"A proposta mais difundida e aceita no imaginário social contemplava, portanto, uma estratégia montada no trabalho obrigatório, na reeducação e na disciplina. Desnecessário dizer que tal proposição situava-se no plano da formulação. Sua base calcava-se na ideologia burguesa do trabalho e correspondia ao momento histórico de constituição do mercado de trabalho no país, uma vez abolida a escravidão. No plano da prática, a realidade é outra. Apesar da técnica e da ciência modernas, e da formulação de propostas mais ou menos sofisticadas ou mais ou menos repressivas, a história do sistema penitenciário na formação social brasileira está marcada pelo confinamento e pelo extermínio".

Contudo, ainda que não realizado, o reforço ideológico do sistema penal já é suficiente para a implantação do valor do trabalho, de forma que não serão mais os capoeiras os tipos representativos do inimigo social, mas os malandros e os agitadores, sediciosos estrangeiros – já que o brasileiro típico, de índole pacífica, não seria capaz destes atos – que criam desordem, ao opor os trabalhadores aos bons patrões.

Nota-se clara permanência na história da persecução penal, eis que a maior parte das prisões se dá por delitos sem vítima, praticados contra a ordem pública, manifestados, geralmente, nas contravenções.[44] Outra constância é o número de prisões sem qualquer acusação formal, demonstrando que o aparato policial continuou a ser usado como forma de controle imediato das classes

43. NEDER, Gizlene. *Violência e cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 27.

44. Na definição de Neder, "a contravenção constitui-se em 'dano potencial', 'uma possibilidade de evento delituoso, que deve ser prevista e punida não porque cause algum mal, mas pela previsão de mal futuro, pela possibilidade de perigo, pelo interesse de garantir e acautelar a segurança pública" (NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 63).

perigosas, sem obediência à legalidade.[45] Estas informações permitem concluir, com Neder, que[46]

"A abdicação da fantasia absolutista de controle absoluto não é processada, portanto, nem mesmo quando aboliu-se a escravidão e instituiu-se a república. Persistimos no Brasil, como um legado, uma herança do absolutismo português, com a fantasia absolutista do controle social (policial) absoluto, sobre os espaços urbanos (na verdade, o controle absoluto sobre a massa de ex-escravos e de trabalhadores urbanos, de um modo geral)".

Resumidamente, afirma-se que o positivismo criminológico encontrou uma sociedade hierarquizada, marcada pela escravidão, onde o controle de uma minoria era feito por mecanismos ideológicos e por força do Estado. A abolição do regime de escravidão e a proclamação da República não alteraram, na essência, o comportamento da sociedade brasileira, que permaneceu hierarquizada, apenas formularam, no plano discursivo, pequena modificação para a propagação da ideologia do trabalho, permanecendo, entretanto, o ideal de submissão e de controle social pleno formulados desde o império. Contudo, a adoção da República, com a declaração de igualdade formal, demandava uma fonte de legitimação do mecanismo punitivo, em meio à tentativa de europeização brasileira. Nesse contexto, o positivismo criminológico ganha espaço no cenário jurídico nacional, trazendo vários reflexos no procedimento da criminalização secundária e na própria legislação penal.

3. A recepção da escola positiva

Assim como a modernização do país passava pela imitação das políticas urbanísticas conforme o padrão europeu, igual prática era adotada com as teorias

45. BRETAS, Marcos Luiz. *Ordem na cidade*: o exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro, 1907-1930. Trad. Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, p. 82.

46. NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 191-206, 1º sem. 1996, p. 205.

jurídicas e com a formulação da legislação. Este mimetismo, ressalte-se, não é, exclusivo do Brasil, observando-se em toda a América Latina,[47] sendo provocado pela "minoria ilustrada" que, espelhando-se nos paradigmas europeus, pretendia utilizá-los na manutenção da hierarquia.

Esse procedimento, sem dúvida, exigiu um curioso esforço que, por vezes, findou em um discurso amplamente controverso, como pôde-se notar pela leitura de diversos textos do início do século XX. Isso porque o discurso racista, importado pela pseudo-intelectualidade brasileira, implicava discriminação, como inferiores, de todos os habitantes da América Latina, incluindo, portanto, vários integrantes desse próprio grupo, alguns marcados pela mestiçagem. Foi preciso que construíssem a auto-imagem de um grupo seleto e diferenciado, verdadeiros representantes da sociedade européia na América, não atingidos pelos caracteres degenerativos inerentes a esta população. Esta procura pela diferenciação estava presente, sobretudo, na estada temporária destes intelectuais na Europa, e produzia inevitáveis conflitos com discursos nacionalistas, quando adaptados e divulgados no Brasil, contradição sempre oculta pela prática comum, até hoje, de sua fragmentação, que permite a sobrevivência simultânea de enunciados incompatíveis entre si, mas que são utilizados conforme a conveniência do resultado a ser alcançado.

Camufladas as incompatibilidades lógicas, através da formação da elite imune aos sintomas de inferioridade, o positivismo criminológico trazia, em seu cerne, elementos importantes para o momento histórico nacional, na medida em que, essencialmente, permitia naturalizar as desigualdades, perpetuando os atos discriminatórios sem, entretanto, ferir a lei. De fato, mesmo com a abolição da escravidão e com a proclamação da República, não era verdadeira qualquer tipo de pretensão de desconstrução da verticalidade da sociedade brasileira, e a permanência das práticas de persecução penal e alijamento dos direitos políticos,

47. ELBERT, Carlos Alberto. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. v. 2. São Paulo: LTr, 2002, esp. p. 63 e ss.

acima mencionados, bem o demonstraram. É, portanto, através da construção de um contingente incapaz e inferior, biologicamente falando, que vai se justificar o tratamento desigual: é que a diferença, neste caso, foi inscrita pela própria natureza, não havendo tratamento desigual pela lei, mas tão somente a atuação da igualdade material, que se resume em tratar os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade.

Permitiu, ainda, a persistência da atuação seletiva dos órgãos de repressão penal, identificando nas classes perigosas os sinais de degenerescência, autorizando mesmo o uso livre da violência, que sequer sensibiliza os membros da elite, já que não se trata de seus iguais. Teoria, portanto, que vai ao encontro da necessidade sentida pelo medo branco de controlar a gentalha.

É na mudança de paradigma – do clássico para a defesa social – que se devem situar as críticas dirigidas ao Código Penal de 1890, e que redundaram na formulação, após a Consolidação das Leis Penais, do Código Penal de 1940, ainda vigente, em que pese uma ampla reforma, realizada na parte geral, em 1984. A nota é importante, porque a cultura manualesca – que se limita, na maior parte dos casos, a repetir a história do direito europeu, substituindo o direito penal nacional, através de uma visão evolucionista, costuma festejar o Código Criminal de 1830, por seu conteúdo liberalizante, mas, repetir críticas ao Código de 1890, que, entretanto, era mais liberal que o anterior, sem mencionar que, na verdade, a suposta inferioridade se fez registrar pela adoção do paradigma positivista.

Aliás, e sobre este tema, não se pode ignorar que, em que pese as divergências existentes entre os que se dedicaram ao estudo da formação do ensino jurídico no Brasil, é ponto comum que a academia não foi instituída como um lugar de reflexão, sem que se pudesse dizer que houve, aí, qualquer desvio. Na verdade, a instituição das universidades servia unicamente à finalidade de prover a burocracia jurídica, chegando-se a ponto de afirmar que, se formação havia nestas, era a de garantir a reprodução dos mecanismos de atuação do Estado brasileiro. O bacharelado, em uma estrutura burocrática como a herdada, pelo Brasil, de Portugal, significava

não apenas o prestígio simbólico do título, mas também amplas possibilidades de atuação junto à Administração, em todas as esferas do poder estatal, inclusive política. A própria magistratura, se comparada com as demais funções, não possuía maior importância, servindo apenas como trampolim para as demais carreiras políticas ou mesmo burocráticas.[48] Neste sentido, basta recordar, a título de ilustração, que o Intendente Geral de Polícia, cargo criado em 10.05.1808, era considerado Desembargador, e tinha *status* de Ministro.

Percebe-se, portanto, um alto grau de comprometimento dos bacharéis com o *status quo*. Na verdade, a adoção das idéias liberais se fez de forma peculiar à estrutura social do Brasil, e a sua própria aceitação se deu porque findou por tornar-se uma *ideologia necessária e presente na conjuntura da emancipação política*[49] e, por isso foi adaptado, de forma a resguardar a hierarquia social, com seus privilégios e a escravidão. Se já no plano do discurso as limitações do discurso liberal eram evidentes, *a fortiori* no plano fático, onde o poder estatal e dos senhores era exercido de forma arbitrária e violenta, justificado pela incessante necessidade da "ordem" para a manutenção da submissão do escravo e para amainar o medo constante de sublevação.

Acrescente-se que nas últimas décadas do séc. XIX, sentia-se a forte presença do positivismo e do evolucionismo, conforme apontado por Alvarez:[50]

"Segundo Machado Neto (1969), o positivismo e o monismo evolucionista foram as primeiras correntes de pensamento que influenciaram o saber jurídico nas últimas décadas do século XIX. Ainda segundo este autor, o comtis-

48. Afirma Freitas, amparado em Koerner: "O que qualificava e distinguia a magistratura das demais profissões, era o fato de desenvolver formas de ação rígidas, hierarquizadas e disciplinadas que melhor revelavam o padrão que favorecia práticas burocráticas para o exercício do poder público e para o fortalecimento do Estado" (FREITAS, Ricardo Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 251).

49. NEDER, Gizlene. Op. cit., nota 43, p. 103.

50. ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas*: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003, p. 27.

mo, ortodoxo ou heterodoxo, teve maior ascendência sobre a intelectualidade do sul do país, especialmente no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Rio Grande do Sul. O monismo evolucionista, por sua vez, teve maior presença no Recife, a partir de onde influenciou autores por todo o Nordeste (cf. Machado Neto, 1969, p. 46)".

Diante deste quadro, e sabendo as potencialidades de dominação trazidas pelo discurso da escola italiana, não é de se estranhar que o Brasil tenha sido um dos países que acolheu com mais entusiasmo as lições do positivismo criminológico, permanecendo fiel aos seus preceitos mesmo quando a referida escola era combatida na Europa.

É, portanto, através do positivismo criminológico que os juristas podem reforçar, agora com o *status* de cientista social, o seu papel de preceptor da vida social, atuando como protetor da sociedade hierárquica, não apenas justificando a desigualdade – a ponto de legitimar o extermínio – mas também incutindo o discurso do trabalho, e divulgando, portanto, a ideologia de submissão útil à florescente burguesia industrial.

Assim como na Europa, o positivismo criminológico é apresentado como resultado de uma evolução, através da qual chegar-se-ia ao paradigma científico na análise do fenômeno criminal, representado pela escola italiana. Esse tipo de apresentação da história do direito, em verdade, serve como fonte de legitimação do direito vigente, na medida em que todas as formas jurídicas anteriores passam a ser desqualificadas, simplesmente pelo decurso do tempo, e não pela demonstração da falsidade de suas premissas e conclusões. Não é por outra razão que, ao introduzir sua obra, Viveiros de Castro faz a seguinte reflexão:[51]

"No direito criminal estamos em uma ignorância miserável. Na magistratura, no professorado, na advocacia, na litteratura não há sinão atrazo e pobreza.

51. CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913, p. 08.

Os escritores limitaram-se a obras de praxe, formulários e annotações, sem critério, sem philosophia, sem sciencia, livros de especulação mercantil, de verdadeiro negocio.

Os professores ignoram a revolução que tem modificado tão profundamente o direito penal, são incapazes de fazerem uma exposição razoável das idéias de um Lombroso, de um Ferri, de um Lacassagne, e muitos anchos de si, no atrevimento da ignorância, repetem em postillas sebentas como ultima novidade as lições de um Ortolan ou de um Bertauld".

Contudo, se a quase sacralização do modelo europeu é uma verdade – e infelizmente uma constante – no cenário jurídico, merece ser ressalvada a inexistência de simples cópia, como uma "idéia fora de lugar", mas sim a recepção consciente de uma corrente jurídica que ia ao encontro dos anseios das elites locais, motivo pelo qual foi adotado com algumas adaptações necessárias, e defendido mesmo com o início de seu ocaso discursivo na Europa, que era de conhecimento dos juristas nacionais.

Não se arrisca a apontar, precisamente, quais foram os iniciadores da divulgação do positivismo criminológico no Brasil, até porque, paralelamente aos livros, tínhamos as publicações das universidades e das diversas instituições. Pode-se verificar, entretanto, que Tobias Barreto menciona os ensinamentos de Lombroso em seu *Menores e Loucos*, de 1884, ainda que sua qualificação como positivista seja duvidosa,[52] e que João Vieira de Araújo, comentando o Código Criminal do Império, menciona a escola positiva italiana.

Freitas identifica entre os positivistas dois grupos principais, quais sejam o formado pelos positivistas radicais, denominados propagandistas, e os positivistas

52. De fato, Tobias Barreto presta alguma reverência a Lombroso, mas critica a sua obra, afirmando que levanta hipóteses impossíveis de verificação, perdendo-se em observações que apenas aparentemente são relevantes. Porém, é patente, no livro de Tobias Barreto, a influência de fatores igualmente presentes na obra dos positivistas: a hereditariedade, a degeneração, a inferioridade feminina, e a seleção natural conforme Darwin. (BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Brasília: Senado Federal, 2003).

moderados, caracterizados por sua tentativa de conciliação. Entre os primeiros, inclui João Vieira de Araújo, Viveiros de Castro, Moniz Sodré, Adelino Filho, Aurelino Leal, Roberto Lyra, Octávio Tavares, Phaelante da Câmara. Formando o segundo, menciona José Hygino Duarte Pereira, Pedro Lessa, Tito Rosas, Laurindo Leão, Clóvis Beviláqua.[53]

De fato, se João Vieira de Araújo pode ser apontado como um dos precursores do positivismo no Brasil, é Viveiros de Castro o responsável pela ampla vulgarização e defesa, em território nacional, da Escola Positiva. A sua obra *A nova escola penal*" é dedicada exclusivamente a este fim, através do resumo das idéias de Lombroso, Ferri, Garófalo e Tarde, muitas vezes com a utilização de reprodução textual, apenas traduzida para o português.[54] É nela que podemos encontrar elementos fundamentais do positivismo criminológico:[55]

"O criminoso absorve completamente a attenção do magistrado e a attenção do anthropologista e é pelo estudo de seus caracteres anatômicos e physiologicos, pela psychologia de seus sentimentos, que se póde bem conhecer o seu caracter de temebilidade e, portanto, graduar razoavelmente as penas segundo as exigências da defesa social".

Seguindo o seu escopo já mencionado, de simplesmente divulgar a escola positiva, a obra de Viveiros de Castro apresenta praticamente a reprodução dos argumentos já mencionados, raramente enfocando a realidade brasileira, o que será uma tônica dos doutrinadores jurídicos nacionais.[56]

53. FREITAS, Ricardo Brito A. P. Op. cit., p. 251.

54. O próprio autor admite tal finalidade, na introdução de sua obra: "Este livro é uma vulgarisação das idéias e dos princípios da nova escola penal, obra de propaganda e combate. Procurei resumir as idéias de seus principais chefes, expôr todos os problemas importantes que se tem agitado. Algumas vezes, para mais fidelidade da exposição, reproduzi as expressões textuaes dos escriptores e sirva logo essa declaração de protesto contraalgum critico que me venha accusar de plagiário" (CASTRO, Viveiros de. Op. cit., p. 9).

55. Ibid., p. 115.

56. Merece nota a preocupação com os capoeiras: "A monarchia foi impotente para extinguir entre nós os capoeiras, associação tão perigosa como a Camorra, de Napoles, graças á fraqueza do

Antônio Moniz Sodré de Aragão, também incluído por Freitas entre os positivistas radicais, com uma pretensão mais ampla que a de Viveiros de Castro, expõe as vertentes criminológicas para defender, de forma inflexível, a escola positivista. Assim como Viveiros, apresenta a escola positiva como fruto da evolução, ponto máximo do pensamento criminológico, pois baseada em observações empíricas:[57]

"Os clássicos, pois, achitectavam theorias no ar, brilhantes por vezes, porém falsas e mentirosas como as doces miragens do Sahara.

A escola anthropologica, ao contrário, baseia-se no methodo positivo. A observação rigorosa e exacta dos factos é a fonte única e o fundamento racional das suas conclusões inductivas".

A partir desta observação, o autor constrói toda a argumentação apresentada pelos positivistas sobre as três escolas, para defender a impossibilidade de qualquer tipo de conciliação:[58]

"Ella surgiu com o firme propósito de, por meio de concessões recíprocas, ser um ponto de união entre dous arraiaes adversos e oppostos, uma espécie de mediador que viesse pôr fim á lucta que se travára renhida e calorosa: era uma conciliação impossível, um 'casamento de conveniência', esteril e hybrido, que se queria fazer entre as antigas e novas theorias, tão antagônicas entre si quão incompatíveis são, um com o outro, os dous methodos que servem de base ás investigações scientificas de ambas as escolas rivaes".[59]

Aragão dedica-se a coligir os elementos das diversas tendências, condenadas por antecipação, remetendo aos autores estrangeiros, conforme já fazia Viveiros de Castro.

jury e à protecção que lhe dispensavam políticos influentes. Bastou a energia do Sr. Sampaio Ferraz, deportando-os violentamente, sem processo, para que elles comprehendessem que também eram punidos, cessando logo os attentados que eram uma vergonha da nossa civilisação" (Ibid., p. 87).

57. ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penaes:* clássica, anthropológica e critica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 29.

58. Ibid., p. 29.

59. Ibid., p. 26.

Cumpre destacar, ainda, Aurelino Leal, pela posição deste positivista radical junto à função pública, eis que chegou à função de Chefe de Polícia, sendo uma das figuras mais marcantes na Conferência Jurídico-Policial de 1917.[60] Resta claro, portanto, o grau de penetração das idéias positivistas, utilizados como parâmetro para a fixação das prioridades das agências policiais.

Também Clóvis Beviláqua,[61] conhecido por sua atuação no direito civil, não se furtou a considerações sobre a criminalidade, incluindo-se como integrante da escola positivista sociológica, que seria encabeçada por Tarde, Colajani, Alimena e Carnevalle. Ambíguo no que se refere à responsabilidade, defensor não apenas do determinismo positivista, mas também da defesa social, conclui que as duas raças inferiores à branca contribuem para a criminalidade em uma proporção maior que os arianos, por defeito de educação e impulsos do alcoolismo, além da inclinação hereditária.[62] Comentando sobre a obra de Beviláqua, Duarte:[63]

"Por outro lado, era nítida a influência de Gabriel Tarde, em Beviláqua, não apenas pela adoção do método estatístico, mas também do multifatorialismo, e pela ênfase na noção de civilização. Malgrado a distância que separava as considerações da sociologia criminal daquele autor francês da deste autor, havia um modelo implícito que poderia ter um uso comum. Como Tarde era um representante do reacionarismo burguês contra-revolucionário, assim as considerações de Beviláqua convergem para caracterizá-lo como um autor que buscava garantir o projeto das elites brasileiras da primeira fase da República.

De outra parte, a assunção do modelo multifatorial por Beviláqua recolocava no cenário local a compatibilidade entre o sociologismo do autor francês e os

60. TÓRTIMA, Pedro. A conferência judiciária-policial de 1917 no Rio de Janeiro, DF: uma radical virada conservadora no Estado Brasileiro. *Discursos sediciosos.* Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 241-258, 2º sem. 1996.

61. BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito.* Bahia: Magalhães, 1896.

62. FREITAS, Ricardo Brito A. P. Op. cit., p. 338.

63. DUARTE, Evandro Charles Piza. Op. cit., p. 259.

modelos raciais. 'Clima' e 'raça' eram de fato dois fatores considerados pelo autor na aplicação deste modelo ao caso brasileiro".

A tendência positivista se vê, ainda, pelos comentadores do Código Penal de 1890 que, tais como João Vieira, abordam o diploma legal sem se furtar à crítica sob a ótica da nova doutrina. Deste modo, Galdino Siqueira, após apresentar a teoria do positivismo criminológico no início de sua obra, deixa claro, ao comentar os preceitos de aplicação de pena, que:[64]

"Os estudos modernos vieram dar à questão solução adequada. Não se trata de procurar equação entre a pena e o delicto, como entidades abstractas, mas de determinar o meio mais adequado de readaptar o delinqüente ao meio social ou, quando não for possível, de eliminal-o, e dest'arte provendo-se á defesa da ordem social".

Igualmente, Oscar de Macedo Soares demonstra-se afinado com as novas tendências, trazendo, inclusive, rara passagem acerca da adoção de um direito penal de autor:[65]

"A vadiagem é, como diz Silva Ferrão, menos um facto criminoso em si mesmo do que um modo de existência social perigoso que o legislador quiz reprimir. É mais um acto preparatorio ou de predisposição de crime, que mesmo tentativa malefica, porque o ser vadio não constitue nem começo de crime, ou hábito de fazer mal. Mas a lei penal presume aqui a grande possibilidade e probabilidade dessa consequencia, e seu caracter e fim é portanto eminentemente preventivo e correcional. (...). O parasitismo social ou simples, como diz João Vieira, o parasitismo dos ricos, dos doentes, dos inaptos, dos desoccupados sem culpa propria, não pode ser punido".

64. SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência).* v. 1. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 668.

65. SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 2004, p. 766.

Além dos juristas mencionados, merece ser citado Nina Rodrigues, professor de Medicina Legal, por seu destaque na divulgação de várias das premissas positivistas. Sua obra, em muitos aspectos, pode ser equiparada à de Garófalo, pois, partindo dos pressupostos da anormalidade do criminoso, da superioridade da raça branca e conseqüente inferioridade das demais, do evolucionismo, da hereditariedade, e admitindo a relatividade do delito, consegue legitimar as mais seletivas práticas pelas agências do poder punitivo, tudo sob um clima de neutralidade científica. A ojeriza ao princípio da igualdade é formulada em termos bem claros, fundada na diferença biológica das raças:[66]

"Desconhecendo a grande lei biológica que considera a evolução ontogênica simples recapitulação abreviada da evolução phylogenica, o legislador brazileiro cercou a infância do individuo das garantias da impunidade por immaturidade mental, creando a seu beneficio as regalias da raça, considerando iguaes perante o código os descendentes do europeu civilisado, os filhos das tribus selvagens da America do Sul, bem como os membros das hordas africanas, sujeitos á escravidão".

Assim sendo, o autor estabelece uma hierarquia entre as raças, situando o negro no mais inferior degrau, com personalidade propícia à prática de delitos.[67] Sobre estes recai, portanto, todos os estigmas já presentes na sociedade escravista, mas agora sob a ótica da ciência: preguiçoso, degenerado, imprevidente, pouco inteligente, e pervertido sexualmente.[68] Por isso, uma de suas soluções

66. RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil.* Rio de Janeiro: Guanabara, 1894, p. 77.

67. Tratando dos negros, afirma: "não podem absorver, assimilar, senão uma certa porção da ração *soi disant* regeneradora que se lhes offerece generosa... e ineptamente: o resto é muito indigesto para elles e provoca reacções, que multiplicam o delicto e o crime" (Ibid., p. 123).

68. Tem-se, aqui, a mais perfeita prova da veiculação do preconceito por meios científicos: "a sensualidade do negro pode attingir então ás raias quasi das perversões sexuaes morbidas. A excitação genesica da *clássica mulata* brazileira não póde deixar de ser considerada um typo anormal" (Ibid., p. 153). Curiosamente, não é o senhor de escravos que, possuindo um ser humano

será o embranquecimento da população, através da imigração da raça branca, na tentativa de depurar o quadro nacional, e, se não civilizar as raças selvagens, ao menos torná-las úteis.[69]

Cumpre destacar, ainda, que mesmo os autores que aparentemente repudiaram o positivismo criminológico, criticando Lombroso e seus asseclas, adotaram diversas conclusões típicas desta corrente criminológica, como a anormalidade do criminoso, o tipo criminal, e a necessidade de inocuização, através da sanção penal.[70] Pode-se afirmar que tal fenômeno não se deu por desconhecimento, eis que os autores nacionais demonstravam estar atualizados com a doutrina européia, mas por uma questão de opção, eis que, além de consolidar os preconceitos divulgados pela elite, fornecia a esta um poderoso instrumental teórico para a manutenção do *status quo*, sem a necessidade de expor o seu caráter exploratório, oculto que permanecia sob a categoria de "ciência". Este fato reforça, por sua vez, a hipótese de que o positivismo criminológico não configurou importação modista, mas, ao contrário, constituiu atitude consciente na estratégia de controle social

A menção a esses autores, por óbvio, não se faz com pretensão de inventário, atividade, aliás, que demandaria atividade de fôlego, eis que necessário perscrutar também os periódicos nacionais, mas para demonstrar, ainda que por amostragem, a larga difusão do positivismo criminológico na virada do século XIX, cujo prestígio permaneceu mesmo com o ocaso da teoria na Europa. Tampouco se faz necessário narrar todos os argumentos dos positivistas brasileiros, já que repetem, como afirmado, a escola italiana, com algumas poucas variações, já

como coisa, submete as escravas e suas descendentes aos seus caprichos sexuais, o pervertido, mas sim a vítima de sua conduta...

69. Ibid., p. 115.

70. A obra de Afrânio Peixoto constitui exemplo deste tipo de posicionamento aparentemente eclético mas que, em verdade, nada mais é do que disfarçada adoção do positivismo, na medida em que comunga de suas conclusões essenciais (PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936).

assinaladas. A diversidade dá-se, certamente, nos textos voltados à aplicação das premissas à atividade de persecução penal; mas, por tratar-se a criminalização secundária de tema não enfocado nesse estudo, seria fastidioso o seu enfoque.

4. O impacto do positivismo criminológico

Pelo exposto, pode-se verificar que o positivismo criminológico foi conveniente às pretensões das elites nacionais pois, a um só tempo, permitiu legitimar a seletividade de suas práticas punitivas na desigualdade natural, e tomar como foco de atuação as "classes perigosas", categoria construída pelas características atribuída aos populares, que deveriam ser controlados pelo Estado. Tudo isso, sob o mais respeitoso manto da ciência e da evolução, abraçando, portanto, todas as potencialidades políticas da teoria, destacadas no primeiro capítulo.

Foi, portanto, um instrumento voltado a uma finalidade bem clara: a manutenção do *status quo*, em meio ao fim da escravidão e adoção da forma republicana de governo. De fato, todas as práticas da escravidão encontram-se revigoradas, ainda que sob nova capa. O que se diferencia, aqui, são os grupos utilizados como alvo simbólico para a atuação das agências de persecução: outrora, os escravos e capoeiras; hoje, os libertos vadios e o malandro; amanhã, os subversivos políticos...

O curioso é que, embora a doutrina brasileira tenha recepcionado o positivismo criminológico, ressaltando sua superioridade pelo suposto caráter científico da teoria, não se preocupou em pôr em prática seus próprios argumentos, não havendo notícia de condução de pesquisas regulares, com metodologia adequada: trata-se do *escolasticismo cientificista.*[71] Ao contrário, a cientificidade do positivismo

71. Conforme Rosa Del Olmo: "o liberalismo, o racionalismo e o positivismo foram rapidamente assimilados e em conseqüência as virtudes da ciência foram ressaltadas. Todavia, essa aceitação da ciência foi 'em forma literária. Não se formou uma consciência propensa a assimilar o método científico que exige imperativamente a verificação experimental dos fatos... Surgia uma forma de pensar própria da América Latina: o escolasticismo cientificista... Bastava que um fato

era apenas utilizada para tornar inquestionáveis seus resultados, e até os casos concretos eram tomados de empréstimo da literatura estrangeira, denotando que, mais do que uma explicação efetiva do fenômeno criminal, o que interessava era a sua utilidade para a manutenção do sistema penal.

Irresistível retomar Foucault, que, ao versar sobre a ideologia e o conhecimento, tendo por partida a concepção de Nietzsche, concluiu: "as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade".[72] Ainda hoje é comum a utilização da retórica segundo a qual o conhecimento científico é neutro, infenso à política, inclusive no campo das ciências jurídicas. Com igual freqüência, pretende-se ainda desqualificar as críticas adjetivando-as de discurso político, o que, como se sabe, é apenas uma forma de proteção através da negação da realidade, e, o que é pior, em um ramo do conhecimento como o das relações jurídicas, onde é palmar a influência das relações sociais e políticas em sua gênese e seu desenvolvimento. Curiosamente, produz-se uma inversão, pois será justamente a fala que pretende ser apolítica que cumprirá a função ideológica mais profunda, na medida em que, para apoiar suas conclusões, desconsidera a realidade, traindo o próprio ideal da ciência.

Neste ponto, é sintomático que, no Brasil, a partir da análise dos exames para verificação de cessação da periculosidade, realizados no Instituto de Classificação Nelson Hungria, no período de 1968 a 1972, cuja autoria era de psicólogos destinados a avaliar os condenados às medidas de segurança, Cristina Rauter tenha chegado às seguintes conclusões:[73]

fosse afirmado por Galileu, Darwin ou Spencer para que fosse acreditado, sem necessidade de verificação experimental. As conseqüências que por raciocínio lógico surgem destes fatos eram aceitas sem qualquer discussão'." (OLMO, Rosa Del. Op. cit., p. 160).

72. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1996, p. 27.

73. RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 93. Sobre o padrão familiar, Glória Diógenes: "A família enquanto escola e ins-

"E logo nos damos conta de que todos os graves indícios de anormalidade mental ou de tendência a delinqüir encontrados na história familiar dos indivíduos examinados fazem parte da realidade mais comum e cotidiana vivida pela camada da população a que pertencem. Ou seja, as condições de miséria geradas pela própria exploração capitalista recebem uma leitura estigmatizante, que é utilizada na construção da personalidade criminosa. Entretanto, o que é tomado por nossos peritos como anormalidade constitui, na verdade, a regra, o resultado mesmo das condições a que são submetidos imensos setores da população brasileira.

Nunca se pensa, por outro lado, que estas mesmas condições possam gerar fenômenos positivos, ou seja, formas diversas de organização familiar, valores que entrem em contradição com aqueles das classes dominantes, colocando-os em questão. Nenhuma palavra, é claro, sobre a luta de classes. Todas as atenções estão voltadas para detectar carências, fenômenos de falta e deterioração e nunca de contradição e diversidade".

A seletividade fica tão presente no direito penal, que até mesmo nos comentários à legislação, prevê-se o grupo alvo da aplicação da lei:[74]

"O ultimo codigo penal, feliz por ter com o consenso geral, encontrado na indolencia dos mestiços, uma manifestação livre de não querer trabalhar,

tância de preparação da criança para a vida é uma estrutura mais recorrente nos padrões burgueses. O enclausuramento da criança na casa e a percepção da rua, enquanto espaço do 'descaminho e do risco' (Melo & Vogel, 1991), têm uma relação maior com os princípios doméstico-pedagógicos das famílias burguesas. De acordo com a leitura de Sennett (1988; p. 278), 'as classes populares mantiveram até nossos dias o gosto pelas multidões'. Casa e família enquanto dimensões justapostas e restritas certamente não se aplicam no dia-a-dia das favelas e mesmo no cotidiano dos bairros populares. A família enclausurada e isolada nos muros altos, protegida sob o alarido dos alarmes e apitos dos vigilantes, é uma realidade dos bairros onde 'localiza-se' a riqueza e os privilégios". (DIÓGENES, Glória. A cidade e a casa: exclusão e violência na infância. In: NUCEPC (org.). *Infância e adolescência em discussão*. Fortaleza: UFC, CBIA, 1994, p. 137)

74. RODRIGUES, Raymundo Nina. Op. cit., p. 77.

correu pressuroso, com o art. 399, em auxílio desse prejuizo. E para corrigir o vicio não descobriu de melhor senão alguns dias de prisão cellular e uma theoria de trabalho obrigatório, destituída de toda e qualquer virtude pratica e educativa".

Evidentemente, o medo das multidões, que já assolava a elite branca desde a revolta malês, e que persistiu pela imagem das hordas bárbaras de libertos, encontrou consagração "científica", através da idéia de "epidemia", tendo passado à legislação com a consagração de tipos penais e causas de modificação de pena.

Como conseqüência desses elementos, chegou-se a uma imagem simbólica igualmente cara ao positivismo e às concepções de segurança pública no Brasil: a lógica da guerra interna, através da qual a sociedade encontra-se ameaçada por distintos grupos de degenerados inferiores que, justamente por isso, são elementos estranhos e não estão submetidos ao mesmo estatuto dos nacionais. O paradigma da guerra interna permitiu que se formasse um serviço que, embora se afirme público, vai de encontro à população, na satisfação de interesses da elite, além de possibilitar a manipulação através da cultura do medo fomentada pelas agências de comunicação social.

Não é por outra razão que a doutrina nacional não distingue, exatamente, como pretenderam os europeus, a antropologia criminal, a sociologia criminal, a criminologia, nem tampouco as diferentes linhas, como, por exemplo, a de Lombroso e de Lacassagne, indicado, inclusive, como pertencente a escola diversa. Trata-se, pois, da admissão implícita da plena consciência de que todas estas variações foram desenvolvidas a partir de pressupostos comuns, e tiveram, em sua essência, a mesma utilidade, qual seja a de fornecer instrumentos de legitimação para assegurar a permanência do *status quo*, em uma típica esfera da atuação do Estado. Assegurada tal finalidade, pequenas divergências são detalhes que, embora pudessem animar algumas discussões acadêmicas, foram incapazes de trazer qualquer tipo de ameaça ao exercício do poder.

5. Bibliografia

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas*: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penaes*: clássica, anthropológica e critica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1928.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Esaú e Jacó*. São Paulo: Globo, 1997.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Brasília: Senado Federal, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. A arquitetura do medo. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 99-106, 1º sem. 1996.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Bahia: Magalhães, 1896.

BRETAS, Marcos Luiz. *Ordem na cidade*: o exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro, 1907-1930. Trad. Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

CAMPOS, Edmund. Sobre sociólogos, pobreza e crime. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de janeiro, v. 23, n. 03, p. 377-383, 1980.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2002.

_____. O motivo edênico no imaginário social brasileiro. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (orgs). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

_____. *Os bestializados:* o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo. Cia das Letras, 1987.

CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. *Brasil*: violência e conciliação no dia-a-dia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 169-190, 1º sem. 1996.

_____. *Trabalho, bar e botequim*: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da Belle Époque. 2. ed. Campinas: Unicamp, 2001.

_____. *Visões da liberdade*: uma história das últimas décadas de escravidão na corte. São Paulo: Cia das Letras, 1990.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil* – mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DIÓGENES, Glória. A cidade e a casa: exclusão e violência na infância. In: NUCLEO CEARENSE DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE A CRIANÇA (org.). *Infância e adolescência em discussão*. Fortaleza: UFC, CBIA, 1994.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia & racismo*. Curitiba: Juruá, 2002.

ELBERT, Carlos Alberto. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. v. 2. São Paulo: LTr, 2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERRI, Enrico. *La sociologie criminelle*. Paris: Arthur Rousseau, 1893.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1996.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARÓFALO, Rafael. *Criminologia*. Campinas: Peritas, 1998.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Trad. Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

IANNI, Octávio. Tipos e mitos do pensamento brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 49, junho 2002.

KOERNER, Andrei. *Habeas corpus*: prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920). São Paulo: IBCCrim, 1999.

KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade do Brasil urbano. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 63, jul. 2002.

LAGO, Luciana Corrêa do. Desigualdade socioespacial e mobilidade residencial na metrópole do Rio de Janeiro. *Cadernos IPPUR*, Rio de Janeiro, ano 10, n. 2, dez. 1996.

LEITE, Márcia Pereira. Entre o indivíduo e a solidariedade: dilemas da política e cidadania no Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 44, p. 73-90, out. 97.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro*: seus dilemas e paradoxos. 2. ed. Trad. Otto Miller. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOMBROSO, Cesare. *Le crime*: causes et remèdes. 2. ed. Paris: Felix Alcan, 1907.

MENEZES, Lená Medeiros de. *Os indesejáveis*: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital federal (1890-1930). Rio de Janeiro: EdUERJ, 1996.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 191-206, 1º sem. 1996.

_____. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro*: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. *Violência e cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

OLMO, Rosa Del. *A América latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

PEREIRA, Passos. Manda demolir o rio colonial. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 03.01.1903. Disponível em: http://jbonline.terra.com.br/jseculo/1903.html. Acesso em: 26.12.2003.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Rio civiliza-se e faz exposição para inglês ver. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11.08.1908. Disponível em: http://jbonline.terra.com.br/jseculo/1908.html. Acesso em: 26.12.2003.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e responsabilidade penal no Brazil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1894.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. Selvagens, exóticos, Demoníacos. Idéias e imagens sobre uma gente de cor preta. *Estudos afro-asiáticos*. São Paulo, ano 24, n. 2, p. 275-280, 2002.

SILVA, Jorge da. *Violência e racismo no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduff, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência).* v. 1. Brasília: Senado Federal, 2003.

SOARES, Oscar Macedo de. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 2004.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da Escola Positiva no direito penal brasileiro.* São Paulo: Leud, 1982.

TÓRTIMA, Pedro. A conferência judiciária-policial de 1917 no Rio de Janeiro, DF: uma radical virada conservadora no Estado Brasileiro. *Discursos sediciosos.* Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 241-258, 2º sem. 1996.

Sistema Prisional

Uma análise da crise de Segurança Pública de maio de 2006

Paulo de Mesquita Neto
Ph.D. em Ciência Política pela Universidade de Columbia. Pesquisador sênior e coordenador da área de Monitoramento dos Direitos Humanos do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Fernando Salla
Doutor em Sociologia pela USP. Membro da Comissão sobre o Sistema Prisional do IBCCRIM, professor de Sociologia da USF e pesquisador sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. A cronologia da crise de maio-agosto de 2006 em São Paulo: 2.1 As três ondas de ataques – 3. Respostas à crise: 3.1 Governo do Estado de São Paulo; 3.2 Governo federal; 3.3 Poder Legislativo; 3.4 Governadores do Sudeste; 3.5 Sociedade civil, universidade e imprensa – 4. Por que não aconteceram mudanças significativas? – 5. Entraves para as políticas públicas – 6. Políticas de segurança pública: 6.1 A agenda e as alternativas; 6.2 Avaliação de opções e escolha; 6.3 Implementação, monitoramento e avaliação – Anexo 1; Anexo 2; Anexo 3; Anexo 4.

Resumo: O artigo descreve os acontecimentos de maio a agosto de 2006 que compuseram uma das mais profundas crises na área de segurança no país. Apresenta e analisa as principais reações do poder legislativo, das autoridades

governamentais e da sociedade civil e discute as dificuldades da área da segurança pública em apresentar políticas públicas que promovam mudanças efetivas capazes de assegurar que novas crises não venham a ocorrer. Discute ainda as especificidades da área da segurança pública no Brasil e o perfil das políticas públicas para o setor.

Palavras-chave: Políticas públicas – Segurança pública – Polícia – Sistema penitenciário – Violência – Presos.

Abstract: The article describes the circumstances, from May to August of 2006, which brought about one of the most profound crises in the area of safety in the country. It presents and analyzes the main reactions from legislative power, governmental authorities and civil society. It also discusses how difficult it is for the area of public safety to present public policies which promote effective changes to make sure new crises do not occur. It still talks about specificities of the area of public safety in Brazil and the profile of public policies for the sector.

Keywords: Public policies – Public safety – Police – Penitentiary system – Violence – Inmates.

Área do direito: Execução penal; Política; Política criminal

1. Introdução

A crise mais grave da história da segurança pública do país teve lugar em São Paulo em maio de 2006. Fugas em massa e rebeliões em prisões; ataques a policiais e agentes penitenciários; ataques a estabelecimentos públicos e privados; greve de policiais e agentes penitenciários compuseram outras crises em diversos estados brasileiros. No entanto, pela primeira vez, a crise de maio de 2006 em São Paulo assumiu proporções nunca vistas e um grau surpreendente de articulação entre as ações criminosas. Desta vez, a crise na área de segurança pública abalou não apenas o sistema prisional e as instituições policiais, mas se

espalhou por outros espaços do tecido social alterando diretamente o cotidiano dos cidadãos.

Ao se fazer um balanço daquela crise, um ano depois, o que mais surpreende é que não houve mudanças substantivas na forma de se conduzir os assuntos relacionados à área da segurança pública. Ou seja, em termos de política pública, a gravidade da crise não alterou as práticas existentes nessa área seja no plano nacional seja em São Paulo.

O artigo descreve os principais fatos da crise de 2006 e analisa as respostas governamentais. Apresenta as propostas da sociedade civil e avalia dados de pesquisas que retratam as percepções da população em torno da questão da violência e segurança pública. É analisado o cenário que resultou dos acontecimentos de 2006, em termos de possibilidades de emergência ou não de novas crises. E conclui com algumas reflexões sobre o processo de formulação, implementação, monitoramento e avaliação de políticas públicas que podem ajudar a entender porque a área da segurança pública apresenta tantas resistências à inovação no Brasil.[1]

2. A cronologia da crise de maio-agosto de 2006 em São Paulo

As crises na área de segurança pública no Brasil parecem surgir do nada, repentinamente, como se fossem derivadas de um arranjo inesperado de eventos e circunstâncias. As razões para essa percepção podem estar nos altos e baixos em que essa área fica exposta ao noticiário da mídia, mas podem estar associadas ao perfil das instituições do setor (polícia, prisões, judiciário) onde há pouca transparência, baixa qualidade das informações, no deficiente serviço

1. O presente é versão ampliada de artigo publicado na Revista *Ultima Ratio* também em 2007.

de inteligência e mesmo na limitada capacidade de antecipação dos cenários por parte dos gestores. Por uma razão ou outra, ou mesmo pela soma de várias delas, o fato é que também a crise de maio-agosto de 2006 não foi prevista ou antecipada por analistas, autoridades e gestores dos sistemas de segurança pública e administração penitenciária.

Porém, um levantamento dos principais acontecimentos na área de segurança mostra que a crise já estava se desenhando havia algum tempo. Assim, por exemplo, de janeiro a abril de 2006, aconteceram 23 motins (limitados a uma área específica dentro de unidade prisional) e 12 rebeliões (atingindo pelo menos uma unidade prisional), com 303 reféns, no sistema penitenciário do Estado de São Paulo. O governo do estado, entretanto, como em anos anteriores, não só não reconheceu a força do Primeiro Comando da Capital (PCC) – responsável pela maior parte das rebeliões – como ainda acusou organizações não-governamentais de provocar "tumultos" nas prisões, através de sua colaboração com grupos criminosos organizando rebeliões no sistema penitenciário e ataques a agentes públicos.[2]

Fora das prisões outros acontecimentos vinham sinalizando a crise: nos dias 11 e 12 de janeiro de 2006, aconteceram três ataques contra policiais, atribuídos ao Primeiro Comando da Capital (PCC), nos quais um policial morreu e dois foram feridos.[3] No dia 11, uma base da polícia militar em Santana (zona norte da Cidade

2. *Folha de S. Paulo*, "ONGs tumultuam prisões, afirma Lembo", 25.04.2006; *Estado de S. Paulo*, "Onda de rebeliões prejudica punições de líderes dos presos", 30.03.2006. Segundo a Secretaria de Estado da Administração Penitenciária – SAP (.www.sap.sp.gov.br.common.dti.estatisticas.rebeliao.htm, consultado em 01.12.2006), o número de rebeliões no sistema penitenciário teria passado de zero em 2003, para 4 em 2004, 13 em 2005 e 17 de 1º de janeiro a 20 de junho de 2006. Ainda de acordo com a SAP (www.sap.sp.gov.br.common.dti.estatisticas.obitos.htm), o número de mortes no sistema penitenciário teria passado de 326 em 2003 para 403 em 2004, 422 em 2005 e 177 de 1º de janeiro a 31 de maio de 2006, sendo que o número de suicídios aumentou de 4 em 2003 para 35 em 2004, caiu para 14 em 2005, e aumentou para 13 de 1º de janeiro a 31 de maio de 2006. O número de assassinatos subiu de 27 em 2003 para 29 em 2004, 50 em 2005, caindo para 11 de 1º de janeiro a 31 de maio de 2006.

3. *Folha de S. Paulo*, "Policial é morto em nova onda de atentados", 13.01.2006. Duas outras ações contra policiais, no dia 12, não foram considerados "ataques" pela Secretaria de

de São Paulo) foi atingida por pelo menos 22 tiros. No dia 12, um posto policial do Morumbi (zona sul) foi atingido por nove tiros, um dos policiais foi atingido no peito, mas o projétil ficou preso no colete à prova de balas. No mesmo dia, o policial militar Luiz Cláudio Monteiro, 38, foi morto a tiros no viaduto Curuçá, na Vila Maria (zona norte). Em seguida, o mesmo grupo disparou contra um carro da polícia militar embaixo do mesmo viaduto, ferindo no braço o soldado que dirigia o carro.

Na noite de 7 de abril, a delegacia da cidade de Suzano, na Região Metropolitana de São Paulo, foi metralhada por oito homens em três carros. Os policiais reagiram. Três policiais ficaram feridos e quatro dos atacantes morreram. Na tarde do dia 8, dois carcereiros e o irmão de uma carcereira foram mortos na cidade, possivelmente em ação de retaliação por parte dos criminosos.[4]

Como discutiremos mais adiante, as mudanças no comando político do Estado de São Paulo, quando o governador Geraldo Alckmin deixou o cargo para candidatar-se à Presidência da República, em 30 de março, assumindo o vice-governador, Cláudio Lembo, tiveram também sua parcela de responsabilidade na eclosão da crise e na forma pela qual ela foi enfrentada.

2.1 As três ondas de ataques

Maio – A primeira onda ocorreu entre 12 e 20 de maio de 2006. Foram 373 ataques[5] contra agentes públicos, estabelecimentos públicos e privados, espe-

Estado da Segurança Pública. Minutos depois dos ataques no viaduto Curuçá, um sargento que procurava os criminosos foi alvo de quatro tiros, mas não foi atingido. No final da tarde, dois homens em um Palio dispararam três tiros contra um carro da polícia militar na esquina das avenidas Inajar de Souza e Nossa Senhora do Carmo, no Limão (zona norte). Os dois foram perseguidos por policiais da Rota, o Palio bateu num poste, houve troca tiroteio e os dois ocupantes do Palio morreram.

4. *Folha de S. Paulo*, "Ataques em Suzano deixam sete mortos", 09.04.2006; *Estado de S. Paulo*, "Guerra entre polícia e PCC deixa sete mortos", 09.04.2006.

5. *Estado de S. Paulo*, 13.05.2007, p. C 6.

cialmente unidades policiais, bancos e ônibus. Durante a crise, foram registradas rebeliões em 73 prisões.

De 12 a 20 de maio de 2006, 493 pessoas foram mortas em decorrência de ferimentos por arma de fogo no Estado de São Paulo, segundo o Conselho Regional de Medicina.[6] O elevado número de mortes, significativamente superior ao registrado no mesmo período em anos anteriores e nas semanas anteriores e posteriores em 2006, foi resultado de uma crise da segurança pública no Estado de São Paulo.

Das 493 pessoas mortas, quarenta e seis (46) teriam sido mortas por criminosos que atacaram agentes públicos (23 policiais militares, 7 policiais civis, 3 guardas municipais, 9 agentes penitenciários, e 4 cidadãos comuns). Dezessete (17) seriam presos rebelados. Cento e nove (109) seriam criminosos ou suspeitos mortos em confronto com a polícia (ocorrências registradas como "resistência seguida de morte").[7] Oitenta e sete pessoas (87), incluindo agentes públicos, teriam sido mortas por assassinos não identificados pela polícia, com indícios de execução e denúncias de participação de policiais nas execuções, entre os dias 12 e 21 de maio (ocorrências registradas pela polícia como homicídio com "autoria desconhecida"). Destas 87 vítimas, 18 foram mortas na zona sul e 12 na zona norte da Cidade de São Paulo, e 16 na Cidade de Guarulhos.[8]

6. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. "Relatório Final da análise de 439 laudos necroscópicos referentes ao período de 12 a 20 de maio, coletados nos 23 IMLs do Estado, cujas necropsias associaram a *causa mortis* como decorrente de ferimentos por arma de fogo", 01.09.2006.

7. Estado de São Paulo, Secretaria da Segurança Pública, "SSP divulga balanço dos últimos seis dias: 293 ocorrências", 18.05.2006; *Folha de S. Paulo*, "CRM verifica se houve execuções", 22.05.2006; *Folha de S. Paulo*, "Agente penitenciário morre seis dias após ser baleado em ataque", 21.05.2006; *Estado de S. Paulo*, "Ataques, revides, boatos, excessos, 166 mortos", 21.05.2006, *Estado de S. Paulo*, "Saulo entrega 132 laudos ao MPE", 26.05.2006. Há pequenas discrepâncias nos números: Com bases em dados da Secretaria da Segurança Pública, a *Folha de S. Paulo* registrou 17 detentos e 109 suspeitos mortos; e o *Estado de S. Paulo* registrou 18 detentos e 110 suspeitos mortos.

8. Estado de São Paulo, Ouvidoria de Polícia, "Ações da Ouvidoria em 2006", sem data. Disponível no web-site da Ouvidoria de Polícia (www.ouvidoria-policia.sp.gov.br), consultado em 04.01.2007.

Até novembro, nenhum policial havia sido denunciado por uso excessivo da força nem por participar em ações de execução em maio de 2006. Mas a Corregedoria da Polícia Militar investigava cinco casos registrados como "resistência seguida de morte", em que há suspeitas de que policiais militares da Rota (Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar) tenham executado 11 pessoas, entre 12 e 19 de maio, em Guarulhos, Poá e Itapecerica da Serra.[9] O cabo Renato Aparecido Russo está envolvido em três casos e seis mortes, nos dias 13, 14 e 15 de maio, em Guarulhos e Poá; em dois casos, Russo estava com o segundo-tenente Francisco Laroca Júnior e o soldado Marco Pinheiro. Sete policiais militares foram afastados das atividades de policiamento: Russo, Laroca Júnior, Pinheiro, Alexandre de Lima Costa, Sérgio Kenji Ueda, Antonio da Costa Filho e Marcio H. S. Santos.[10]

Em Guarulhos, os policiais militares mataram o preso Jefferson Morgado Britto, 31, e o egresso José Feliz Ramalho, 44, no dia 13; Jardel Silva de Oliveira, 17, em liberdade assistida, e o egresso Edson de Oliveira, 25, no dia 15.[11] Em Poá, na Rodovia Enrique Eroles, no dia 14 de maio à noite, os policiais militares mataram o presidiário Luiz Carvalho de Brito, 49, e um homem não identificado. No dia seguinte, a cem metros de distância, policiais militares mataram Paulo Rodrigues, 24, e outro homem não identificado.[12] Em Itapecerica da Serra, na rodovia Régis Bittencourt, policiais militares mataram Leandro Araújo Santos, 18, Deived Furtado de Araújo, 17, e Gilson Furtado de Araújo, 21.[13]

9. *Folha de S. Paulo*, "Ação de PMs em 11 mortes é investigada", 01.12.2006, "Rota é suspeita de simular mais tiroteios", 29.11.2006, "PMs suspeitos de simular seqüestro são afastados", 28.11.2006, "PMs são suspeitos de simular tiroteio", 25.11.2006.

10. *Folha de S. Paulo*, "Ação de PMs em 11 mortes é investigada", 01.12.2006; *Estado de S. Paulo*, "Equipe da Rota matou 6 em 3 dias", 01.12.2006.

11. *Estado de S. Paulo*, "Equipe da Rota matou 6 em 3 dias", 01.12.2006; "Corregedoria suspeita de nova execução da Rota", 29.11.2006, Estado de S. Paulo, "Grupo de extermínio na Rota – Corregedoria acusa PMs de se aproveitarem da onda de ataques do PCC para execuções", 25.11.2006.

12. *Estado de S. Paulo*, "Equipe da Rota matou 6 em 3 dias", 01.12.2006.

13. *Folha de S. Paulo*, "Ação de PMs em 11 mortes é investigada", 01.12.2006.

Junho – No dia 16, rebeliões simultâneas aconteceram em Itirapina, Mirandópolis e Araraquara, em protesto contra a internação do líder do PCC, Marcos Camacho, no regime disciplinar diferenciado, e as condições de 765 detentos, supostamente membros do PCC, transferidos para a penitenciária de Presidente Venceslau em maio.[14]

A penitenciária de Araraquara, com capacidade para 750 presos, que abrigava 1.543, foi destruída. Os 1.543 presos foram removidos e isolados num anexo da penitenciária, com capacidade para 160 pessoas, cujas portas foram soldadas. Em 12 de junho, o Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a transferência dos presos para outras penitenciárias. Em 31 de julho, a Corte Interamericana de Direitos Humanos requereu ao Estado brasileiro a adoção de medidas para proteger a vida e a integridade dos presos em Araraquara. Apenas em 20 de setembro, o governo completou a transferência dos presos e esvaziou a penitenciária.[15]

Em 26 de junho, 13 membros do Primeiro Comando da Capital foram mortos por policiais civis em operação realizada nas proximidades do Centro de Detenção Provisória (CDP) de São Bernardo do Campo.[16]

Em 28 de junho, o agente penitenciário Nilton Celestino foi abordado por três homens que se identificaram como policiais e assassinado a tiros, na frente de sua casa, em Itapecerica da Serra, Região Metropolitana de São Paulo.[17] Em 29 de junho e 2 de julho, presos no Centro de Readaptação

14. *Folha de S. Paulo*, "São Paulo volta a enfrentar motins do PCC", 17.06.2006, "PM invade presídios e põe fim a motins no interior paulista", 18.06.2006, "SP isola 1.600 detentos em espaço para 160", 23.06.2006. Em 31 de maio, a Justiça havia determinado a transferência de dois líderes do PCC de Araraquara, apontados como articuladores das rebeliões de maio, para o regime disciplinar diferenciado em Presidente Bernardes (*Folha de S. Paulo*, "Justiça manda mais 2 do PCC para isolamento", 03.06.2006).

15. *Folha de S. Paulo*, "OEA cobra país por lotação em presídio de Araraquara", 01.08.2006; "Presídio de Araraquara não abriga mais nenhum preso", 21.09.2006.

16. *Folha de S. Paulo*, "Polícia mata 13 em suposto ataque do PCC", 27.06.2006.

17. *Folha de S. Paulo*, "Agente é assassinado em nova ação do PCC", 29.06.2006.

Penitenciária de Presidente Bernardes realizaram rebeliões e destruíram as celas da unidade.[18]

Julho – No início de julho, foram assassinados: o agente penitenciário Eduardo Rodrigues, com quatro tiros, no dia 1º, no Jardim Arpoador, zona oeste da Cidade de São Paulo; outro agente, Otacílio de Couto, com nove tiros, dia 2, no Jardim Joamar, na zona norte da Cidade de São Paulo; o guarda de muralha Genivaldo Lourenço da Silva, dia 5, durante fuga de presos na Penitenciária Mário de Moura Albuquerque, em Franco da Rocha, Região Metropolitana de São Paulo; o agente penitenciário Paulo Gilberto Araújo, dia 7, em Guarulhos; o carcereiro Alexandre de Oliveira Bosco, dia 10, em São Paulo; e Douglas Konishi, filho de agente penitenciário, dia 11, em São Paulo.[19]

De 12 a 17 de julho acontece nova onda de ataques, durante a qual foram registrados pelo menos 449[20] ataques e nove mortes, sendo duas de policiais militares, uma de agente penitenciário, uma de guarda municipal, três de vigilantes privados e duas de civis (irmã de policial militar e filho de policial civil).[21]

18. *Estado de S. Paulo*, "PM invade prisão de Presidente Bernardes e pára quebra-quebra", 01.07.2006, "Mais um agente morto em SP: detentos voltam a fazer tumulto em Bernardes", 03.07.2006, "PCC agora quer depredar presídios – Nova estratégia é promover rebeliões e encurralar carcereiros", 04.07.2006.

19. *Estado de S. Paulo*, "Mais um agente assassinado em São Paulo", 01.07.2006; "Mais um agente morto em SP" e "Detentos voltam a fazer tumulto em Bernardes", 03.07.2006; "Guarda é morto e agentes param hoje", 06.07.2006; "Outro agente baleado e protesto em 28 cadeias", 07.07.2006.

20. Os dados são bastante desencontrados. O jornal *Estado de S. Paulo*, em 13.05.2007, apresentava o número de 658 ataques, com base em dados da PM e da Polícia Civil.

21. *Estado de S. Paulo*, "PM é morto diante da família", 16.07.2006, "PM é morto a tiros em Praia Grande", 15.07.2006, "PCC retoma ataques à noite – Em 36 horas, bandidos atacaram 118 alvos em 102 ações", 14.07.2006, "Nova onda de terror", "Irmã ouve policial ser baleado. Abre a janela e leva tiro na testa", "Outros três casos podem ter relação com os ataques", "Na Baixada, 3 mortes e atentados em 6 horas", 13.03.2006. *Folha de S Paulo*, "Ataques prosseguem em SP pelo sexto dia" e "Barricada protege prédio da Polícia Civil", 18.07.2006, "Nova onda de ataques do PCC mata 8 em SP" e "Transferência e prisões são as motivações", 13.07.2006, "Ataques matam dois policiais em SP", 10.07.2006.

Os ataques seriam protestos contra a situação das penitenciárias de Araraquara e Itirapina, onde os presos estavam amontoados após rebeliões que destruíram o local, a possível transferência de líderes do grupo criminoso para a penitenciária federal de Catanduvas (PR), e o regime disciplinar na prisão de Presidente Venceslau para onde foram transferidos membros do PCC.

O corregedor-geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador Gilberto Passos de Freitas, havia intimado o secretário de Administração Penitenciária do Estado, Antonio Ferreira Pinto, a revelar, num prazo de 24 horas, as providências adotadas para solucionar o problema da superlotação na prisão de Araraquara, "inclusive quanto ao atendimento médico e ao fornecimento de alimentação aos detentos".

Agosto – A partir do dia 7, nova onda de ataques. Diferentemente das anteriores nesta não houve a morte de agentes públicos (sobretudo policiais e agentes penitenciários). Os ataques atingiram os prédios do Ministério Público, Secretaria de Estado da Fazenda, e seção de transporte da Secretaria de Estado da Justiça. De 7 a 9 de agosto, foram registrados 167[22] ataques no Estado, incluindo principalmente ônibus, bancos e postos de gasolina, com 33 suspeitos presos e seis mortos pela polícia.[23]

Em 12 de agosto, o jornalista da Rede Globo, Guilherme Portanova, foi seqüestrado, sendo libertado no dia 13, após a transmissão pela emissora de um comunicado de três minutos do Primeiro Comando da Capital.[24]

22. O balanço feito pelo jornal *Estado de S. Paulo*, em 13.05.2007 apontava 294 ataques nessa terceira onda.

23. *Estado de S.Paulo*, "Ataques chegam aos prédios do MPE e da Secretaria da Fazenda", 08.08.2006, "No terceiro dia, mais ataques a prédios públicos", 10.08.2006; *Folha de S. Paulo*, "Polícia matou sete suspeitos em dois dias", 09.08.2006, "Na terceira onda de atentados, PCC faz cem alvos em 18 cidades", 08.08.2006, "Prédio da Secretaria da Justiça é atacado", 10.08.2006, "Polícia mata acusado de ligações com PCC", 11.08.2006, "Ataques do PCC são mais intensos no interior; granada é achada na capital", 09.08.2006.

24. *Estado de S. Paulo*. "Terror do PCC chega a TV Globo", 13.08.2006, e "Repórter da TV Globo é solto após 24 horas da exibição do vídeo do PCC", 14.08.2006; *Folha de S. Paulo*,

3. Respostas à crise

3.1 Governo do Estado de São Paulo

No decorrer da crise de maio de 2006, e nos meses posteriores, o governo estadual intensificou a repressão policial e no sistema penitenciário, e deu pouca atenção à investigação dos crimes praticados. Praticamente não houve preservação dos locais de crimes, inquéritos não levaram à identificação de suspeitos pelos crimes praticados nem a evidências que pudessem provar a autoria dos crimes.

No correr dos acontecimentos, no dia 13 de maio, o secretário da Segurança Pública, Saulo de Castro Abreu Filho, declarou: os criminosos "serão presos e, se reagirem, como na outra vez, muitos acabarão mortos"; "Vamos partir para uma verdadeira caçada a esse pessoal"; e "Toda vez que foi para esse tipo de ato tresloucado, essa coisa quase suicida, morreu gente. Teve gente que atacou PM de frente, você quer coisa mais louca. Evidente que vai morrer. Não há hipótese de a polícia perder essa guerra".[25] Segundo o secretário, o destino dos criminosos seria "cadeia ou IML".[26]

Na mesma direção, em 16 de maio, após a polícia ter matado 71 suspeitos de participar dos atentados, o comandante-geral da polícia militar, Cel. PM Elizeu Éclair Teixeira Borges disse que "a caça continua".[27]

Um ano após a crise, o Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou relatório informando que sete homicídios tiveram autoria identificada

"Seqüestrados repórter e técnico da Globo", 13.08.2006 e "Após 41 h, jornalista seqüestrado é solto", 14.08.2006.

25. *Folha de S. Paulo*, "'Agora é que vamos caçá-los', diz secretário", 13.01.2006.

26. *Estado de São Paulo*, "Ataques do PCC deixam PM morto e polícia em alerta" e "Saulo: autores vão para 'cadeia ou IML'", 13.04.2006.

27. *Estado de S. Paulo*, "Caçada continua", diz polícia. E mata 32 – No total, foram mortos 71 suspeitos, e delegado avisa: "Vai ter encrenca", 17.05.2006.

e foram denunciados à Justiça, que resultaram em seis condenações, todas elas relacionadas a mortes de policiais e guardas. Os sete homicídios esclarecidos, todos na capital, foram investigados pelo Departamento Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP).[28]

O Ministério Público informou ainda que, dos 243 homicídios que estão sendo analisados pelo órgão, além das denúncias já oferecidas, 57 estão com inquérito aberto, 19 foram arquivados e 15 foram relatados. Cento e quarenta e quatro homicídios não haviam sido analisados.

A Ouvidoria de Polícia acompanhou a investigação de 53 casos de homicídio, com 88 vítimas, todos eles de autoria desconhecida e com suspeita de serem casos de execução, sendo 23 na Cidade de São Paulo, 23 na Grande São Paulo e 11 no interior do Estado. Um ano após a crise de maio, em apenas quatro casos o autor do homicídio foi identificado pela polícia, sendo que em dois casos os autores foram policiais.[29]

A Secretaria da Segurança Pública, por sua vez, apresentou um novo balanço das ocorrências de maio de 2006. Segundo ela, foram mortos 43 agentes públicos, 5 civis e 92 criminosos ou suspeitos, um total de 140 mortes, durante a crise de 12 a 19 de maio.[30]

Logo depois da primeira onda de ataques em maio, a primeira medida do governador do Estado, Cláudio Lembo, foi a exoneração do secretário da Administração Penitenciária, Nagashi Furukawa, nomeado pelo governador Mário Covas, substituindo-o por Antônio Ferreira Pinto. Ao mesmo tempo, o governo

28. *Folha de S. Paulo*, "Inquéritos do PCC avançam pouco em 1 ano", 11.05.2007. O DHPP, principal unidade de investigação da polícia civil, investiga os casos de autoria desconhecida. O departamento assumiu a investigação de 144 homicídios de autoria desconhecida ocorridos durante a crise de maio, dos quais conseguiu identificar a autoria em sete casos.

29. *Folha de S. Paulo*, "Ouvidoria de Polícia esclarece só quatro crimes", 11.05.2007.

30. *Folha de S. Paulo*, "Inquéritos do PCC avançam pouco em 1 ano", 11.05.2007

do Estado intensificou a repressão policial e fortaleceu o Secretário da Segurança Pública, Saulo de Castro Abreu Filho.

Procurador de Justiça, ex-policial militar, Ferreira Pinto já havia exercido o cargo secretário-adjunto da Secretaria de Administração Penitenciária de abril de 1993 a julho de 1995, no Governo Fleury e no início do Governo Mário Covas. Ao assumir a direção da Secretaria da Administração Penitenciária, Ferreira Pinto nomeou Lorival Gomes como secretário-adjunto da Secretaria da Administração Penitenciária.

Lorival Gomes, por muitos anos responsável pela Coordenadoria dos Estabelecimentos Penais do Estado de São Paulo (Coespe), foi exonerado pelo secretário Furukawa, no início da sua gestão, em abril do ano 2000, quando a CPI do Narcotráfico identificou a existência de fugas e transferências fraudulentas no sistema penitenciário.[31]

31. Poucos dias antes da nomeação de Furukawa, em 09.12.1999, a Assembléia Legislativa instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar o narcotráfico no Estado de São Paulo. No decorrer das suas investigações, encontrando irregularidades na gestão do sistema penitenciário, a CPI do Narcotráfico chegou a propor a constituição de uma CPI para investigar o crime organizado dentro do sistema penitenciário paulista.

Em 14.04.2000, o jornal *Folha de S. Paulo* publica reportagem ("Um traficante foge a cada dia em SP") relatando informações recebidas pela CPI sobre as fugas no sistema penitenciário e nas delegacias e cadeias públicas do Estado. No dia 20.04.2000, uma semana após as denúncias publicadas no jornal *Folha de S. Paulo*, o jornal *Agora São Paulo* publica reportagem ("Chefe dos presídios é demitido") noticiando a demissão do coordenador da Coespe por razões "administrativas". No relatório final da CPI do Narcotráfico, de 29.06.2001, há uma seção intitulada "Fugas e transferências fraudulentas de presos ligados ao crime organizado". Nesta seção do relatório, a CPI afirma que "existe uma indústria da fuga, que sem dúvida conta com a ajuda tanto de policiais civis como de agentes penitenciários. (...) Presos ligados ao narcotráfico, que comumente têm condições financeiras razoáveis, com certeza não ficam muito tempo nas cadeias". Ainda nesta seção do relatório, a CPI diz que: "Através dos documentos enviados, percebemos situações inusitadas, tais como que repentinamente são transferidos ou para cadeias sem qualquer segurança, ou para outros Estados, onde segundo consta, respondem por delitos menores. (...) Em ambas as situações, acabam evadindo-se com toda tranqüilidade". Em relação ao envolvimento de agentes públicos, a CPI observa no relatório que "o envolvimento muito grande desses profissionais (que têm que lidar com os presos) tanto em facilitação de fugas como na introdução

Em 2007, o governador José Serra manteve o secretário Antônio Ferreira Pinto à frente da Secretaria da Administração Penitenciária e nomeou Ronaldo Augusto Bretas Marzagão, advogado criminalista, ex-policial militar e ex-procurador da Justiça, para a Secretaria da Segurança Pública. O governador nomeou ainda Luiz Antônio Marrey Filho, ex-Procurador Geral de Justiça do Estado, para a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania e criou o Conselho de Governo, de Justiça e Segurança, integrado pelos três secretários, vice-governador, chefe da Casa Civil e secretário da Fazenda, Economia e Planejamento.[32]

Na Secretaria da Segurança Pública, as principais ações do novo governo foram: a criação de um centro integrado de inteligência junto ao gabinete do secretário, a continuidade das Operações de Saturação por Tropas Especiais (OSTEs) e o início de uma articulação com organizações da sociedade civil, municipais e internacionais visando auxiliar e dar continuidade às operações de saturação através de ações de natureza social.[33]

3.2 Governo federal

A crise da segurança em maio-agosto de 2006 em São Paulo ocorreu em ano de disputa eleitoral. Isso fez com que as relações entre o governo federal e o governo do Estado de São Paulo, durante a crise, fossem marcadas por rusgas e acusações, diretas e indiretas, em torno das responsabilidades sobre a sua emer-

de drogas na cadeia" e ainda que, "no tocante a processos administrativos, é tocante a lentidão com que os mesmos se desenvolvem".

32. Dec. 51.466, de 02.01.2007, publicado no *Diário Oficial do Estado*, 03.01.2007.

33. Resolução SSP-134, de 23.02.2007, publicada no *Diário Oficial do Estado*, 24.02.2007, dispõe sobre a criação do Centro Integrado de Inteligência da Segurança Pública do Estado de São Paulo (CIISP). As Operações de Saturação por Tropas Especiais (OSTEs) foram iniciadas na gestão Saulo de Castro Abreu Filho. Estas operações têm a duração aproximada de dois meses e são conduzidas por tropas de choque da polícia militar áreas definidas como de alta criminalidade, violência e tráfico de drogas.

gência e gerenciamento. A ação mais significativa adotada pelo governo federal foi liberar para o governo do Estado de São Paulo R$ 100 milhões. O ministro da Justiça ofereceu também vagas na prisão federal em Catanduvas, no Paraná, para transferência de presos paulistas e o auxílio das forças armadas, propostas recusadas pelo governo estadual.[34]

Na passagem de ano para 2006-2007, outra crise na área da segurança pública eclodiu no Rio de Janeiro. Tendo em vista não apenas o controle da crise, mas também a realização dos jogos Pan-americanos em julho, o governo do Estado e o governo federal concordaram com o emprego da força nacional para auxiliar as polícias civil e militar. O governo federal, entretanto, não concordou com o pedido do governador Sérgio Cabral para que as forças armadas auxiliassem o policiamento das áreas próximas aos seus quartéis.[35]

Novamente em abril de 2007, o governador Sérgio Cabral solicitou ao governo federal o emprego das forças armadas no apoio à segurança pública, desta vez inclusive em atividades de policiamento ostensivo, por um período de um ano. A solicitação, entretanto, não foi atendida, devido a resistências do governo federal e das próprias forças armadas. O governo federal concordou em ampliar o efetivo da força nacional no Estado, prevendo a ampliação do emprego das forças armadas na segurança pública apenas nos Jogos Pan-americanos.[36]

Em fevereiro de 2007, o governo federal aprovou o regulamento penitenciário federal, para aplicação em prisões federais inauguradas a partir de 2006.[37]

34. *O Estado de S. Paulo*, "Governo libera R$ 100 mi, mas Lembo diz que é insuficiente", 15.07.2006.

35. *Estado de S. Paulo*, "Bandidos prometem 'Rio de sangue'", 28.12.2006; "Exército não vai policiar ruas do Rio", 05.01.2007; *Folha de S. Paulo*, "Onda de ataques no Rio deixa 18 mortos às vésperas do Réveillon", 29.12.2006; "Rio pede envio imediato da Força Nacional", 02.01.2007.

36. *Jornal do Brasil*, "Por ora, só a Força Nacional", "Ação imediata descartada" e "Governador muda planos para tropas", 17.04.2007.

37. Dec. 6.049, de 27.02.2007.

Por enquanto, são apenas duas unidades prisionais federais em funcionamento (uma no Paraná e outra no Mato Grosso do Sul) que têm recebido presos de diversos Estados ligados a crime organizado ou que são reconhecidos pela capacidade de desestabilizar os sistemas prisionais. O regulamento deve ter pequeno impacto sobre a organização das unidades prisionais dos Estados.

Após a morte de João Hélio Fernandes Vieites, de seis anos, em 07 de fevereiro, no Rio de Janeiro, vítima de um roubo de veículo que teve a participação de quatro adultos e um adolescente de dezesseis anos, houve intensa campanha pela redução da idade de maioridade penal. A proposta alternativa à redução da maioridade que ganhou espaço no debate público, apresentada anteriormente pelo Governador Geraldo Alckmin e novamente pelo Governador José Serra, foi a de ampliação do prazo de internação de adolescentes que praticam ato infracional grave. Ficou praticamente à margem do debate público a proposta do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), com apoio de organizações da sociedade civil, da criação do Sistema Nacional de Atendimento Sócio-educativo (Sinase).

3.3 Poder Legislativo

Em 29.03.2007, o Presidente da República sancionou duas leis aprovadas às pressas pelo Congresso Nacional referentes à segurança pública. A primeira lei tipificou como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público o porte e uso de telefones celulares e radiocomunicadores nas prisões.[38]

A segunda lei restringiu os direitos dos autores de "crimes hediondos", ao estabelecer que os presos condenados por este tipo de crime podem obter o benefício de progressão de pena e liberdade provisória apenas depois de cumprir pelo menos 40% (2/5) da pena se primários e 60% (3/5) se reincidentes. O projeto de

38. Lei 11.466, de 28.03.2007, publicada no *Diário Oficial da União*, 29.03.2007, edição extra.

lei, parado no Congresso Nacional há um ano, foi votado em regime de urgência, aprovado na Câmara dos Deputados em 14 de março, e no Senado Federal em votação simbólica.[39]

Em seguida, deputados federais que aprovaram a lei restringindo o direito de autores de "crimes hediondos" à progressão da pena, propuseram a alteração da lei ao perceber que a mesma lei havia ampliado os direitos dos autores de "crimes hediondos", ao permitir-lhes apelar de sentença condenatória em liberdade.[40]

Na Câmara dos Deputados, a Comissão de Constituição e Justiça priorizou a tramitação de 22 projetos de lei na área de segurança pública. Os projetos incluem propostas referentes a agravamento de penas, a agilização de processos judiciais, atendimento a vítimas e concessão de benefícios aos que atuam no combate à criminalidade. Dois projetos propõem tipificar o seqüestro-relâmpago, hoje tipificado como roubo qualificado, como extorsão mediante seqüestro, ampliando assim a pena para este tipo de crime de 4 a 10 anos para 8 a 15 anos de prisão.[41]

No Senado Federal, a Comissão de Constituição de Justiça deu prioridade a dezessete projetos, e aprovou cinco projetos que propõem mudanças na legislação penal e no sistema penitenciário:[42]

1. PL 140/2007, que prevê o acesso na investigação criminal, por parte do Ministério Público e da polícia, a dados financeiros atualmente protegidos pelo sigilo bancário.

39. Lei 11.464, de 28.03.2007. *O Estado de S. Paulo*, "Lula sanciona lei mais dura para crime hediondo", 31.03.2007.

40. *Folha de S. Paulo*, "Deputados tentam anular mudança em lei", 10.04.2007. O direito de recorrer da sentença condenatória em liberdade era negado pela Lei 8.072, de 25.07.1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

41. *Folha de S. Paulo*, "Câmara define 22 projetos como prioritários", 10.04.2007.

42. *Folha de S. Paulo*, "Comissão decide flexibilizar sigilo bancário", 19.04.2007; *O Estado de S. Paulo*, "CCJ reduz dados protegidos por sigilo em investigações", 19.04.2007; *Agência Brasil*, "Comissão do Senado vota projetos de combate à violência", 18.04.2007.

2. PL 135/2007, que altera a Lei do Fundo Nacional de Segurança Pública, permitindo a utilização de recursos do fundo para financiar sistemas de identificação e rastreamento eletrônico de veículos de cargas, bloqueio de sinais de radiocomunicação e de telefonia móvel em estabelecimentos penais, e vigilância eletrônica em áreas residenciais.

3. PL 163/2007, que obriga a aplicação de penas alternativas à prisão no caso de condenação até um ano de prisão, e permite ao juiz criar penas alternativas que não estejam previstas na legislação.

4. PL 209/2003, sobre lavagem de dinheiro, que aumenta a pena e o valor da fiança para quem tentar dar aparência lícita a bens e recursos provenientes de práticas criminosas. O projeto também estabelece que bens e valores provenientes de qualquer crime antecedente poderão caracterizar lavagem de dinheiro. Atualmente essa caracterização está vinculada a bens e valores de crimes pré-determinados, como seqüestro, tráfico de drogas e terrorismo.

5. PL 148/2007, que permite a dedução, para apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, das despesas com a remuneração e formação de mão-de-obra prisional.

3.4 Governadores do Sudeste

Em 28.02.2007, os governadores de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Espírito Santo apresentaram ao Congresso Nacional um conjunto de treze propostas para a segurança pública.

1. Criação de um tipo penal destinado a alcançar especificamente a organização criminosa formada para a atuação no sistema prisional ou concebida para a dominação de determinados territórios (isto é, uma forma mais grave do crime de quadrilha);

2. Aumento das penas previstas para crimes contra a incolumidade pública, dentre os quais os de perigo comum e os contra a segurança dos meios de comunicação e transportes;

3. Aumento das penas para o motim de presos;

4. Aumento de pena para homicídio doloso cometido contra policial, magistrado, membro do Ministério Público, servidor do sistema prisional e das unidades de internação de adolescentes no exercício da função ou em razão dela;

5. Definição, como falta grave, da posse de celular, aparelho de rádio ou similar no interior de unidades prisional;

6. Determinação de que as prestadoras dos serviços de telefonia celular impeçam a recepção do sinal em unidades prisionais;

7. Estímulo à reparação de danos pelos autores de infrações penais decorrentes de organizações criminosas, prevendo-se que a autoridade policial deverá solicitar ao juiz que determine a indisponibilidade dos bens do acusado;

8. Maior rigor com o autor de crime hediondo, aumentando o tempo de cumprimento da pena exigido para sua eventual transferência a regime penitenciário mais brando;

9. Restauração do exame criminológico, prevendo-se que o juiz da execução poderá determinar sua realização quando considerá-la necessário para decidir se o condenado merece ser transferido a regime menos rigoroso;

10. Extensão da delação premiada a condenados;

11. Subsídio habitacional para policiais e servidores do sistema prisional;

12. Aumento da internação máxima admitida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para atos infracionais, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa;

13. Aprovação do conjunto de propostas para a reforma do Processo Penal.

3.5 Sociedade civil, universidade e imprensa

Na esfera da sociedade civil, foram organizados vários seminários sobre violência, crime organizado, segurança pública, justiça criminal, administração

penitenciária, e o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana criou uma comissão independente para investigar as mortes ocorridas em maio de 2006.[43]

A Universidade de São Paulo, a Universidade de Campinas e a Universidade Estadual Paulista iniciaram um processo de discussão de uma agenda de pesquisa sobre o crime organizado e a violência no Brasil. Três seminários foram programados para 2007, iniciando com um seminário sobre crime organizado e democracia na Universidade de São Paulo.

Órgãos de imprensa também apresentaram propostas para a segurança pública, em São Paulo e no Brasil, em particular a revista *Veja* em janeiro de 2007 e o jornal *Folha de S. Paulo*, em fevereiro de 2007.[44]

A iniciativa mais ambiciosa, entretanto, foi a criação do Fórum da Cidadania Contra a Violência, formado por organizações da sociedade civil, particularmente do setor privado, e centros de estudos e pesquisa, que preparou e apresentou ao governo do Estado um conjunto de propostas para a área da segurança pública, justiça criminal, administração penitenciária e prevenção da violência.[45]

4. Por que não aconteceram mudanças significativas?

A lógica das iniciativas propostas pelo poder legislativo e pelos governos federal e estadual foi a de impor maior rigor disciplinar nas prisões, ampliar a severidade nas punições legais já existentes e aumentar a capacidade punitiva e repressiva do Estado. Em parte, tais iniciativas atestam o fracasso de medidas

43. O resultado do trabalho da comissão foi publicado em Nogueira, Rose e Marcondes, Celeste (org.), *Crimes de Maio* (São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007).

44. Ver as propostas apresentadas pela *Veja* e *Folha de S. Paulo* nos anexos 1 e 2.

45. Ver informações sobre o Fórum da Cidadania Contra a Violência e conjunto de propostas apresentadas ao governo do Estado no anexo 3.

igualmente severas já adotadas anteriormente, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), e apontam para as enormes dificuldades, não reconhecidas pelas autoridades governamentais, de gestão dos órgãos responsáveis pela segurança pública, em particular as polícias e o sistema prisional, na contenção da criminalidade dentro e fora das prisões.

Assim, em abril de 2007, o secretário da Segurança Pública de São Paulo, Ronaldo Marzagão, declarou que o PCC estava sob controle e atribuiu o fato ao trabalho preventivo e ostensivo e de inteligência policial, e ao sufocamento da atividade financeira da organização.[46]

Após a crise da segurança pública de 2001 (com a chamada mega-rebelião), como aconteceu após a crise de 2006, representantes do governo afirmaram que o crime organizado estaria sob controle no Estado. De 2001 a 2006, entretanto, a fragilidade deste controle foi claramente demonstrada pelo aumento do número de crimes associados ao crime organizado, incluindo seqüestros, arrastões, roubos a residência e roubos a banco, e ainda uma série de rebeliões em prisões, ataques a agentes públicos e estabelecimentos públicos e privados.

A análise do início e do fim da crise de maio-agosto de 2006, particularmente em comparação com a crise de fevereiro de 2001, sugere que o crime organizado pode não ter sido controlado, como sugere o secretário da Segurança Pública. Novas crises podem vir a ocorrer caso condições e situações semelhantes às de fevereiro de 2001 e maio de 2006 se repitam.

Nas duas crises, as autoridades estaduais apontaram grupos criminosos atuando dentro e fora das prisões, como responsáveis pela crise. Para conter e prevenir a emergência de novas crises, autoridades governamentais e policiais propuseram medidas pontuais visando o endurecimento da legislação penal e

46. *Estado de S. Paulo*, "Para Marzagão, PCC está 'sob controle'", 11.04.2007.

penitenciária como forma de desmobilizar e desorganizar estes grupos criminosos. O governo federal, além de apoiar o endurecimento da legislação penal e penitenciária, ofereceu ao governo estadual tropas do Exército e da Força Nacional para apoiar as polícias estaduais.

Nas duas ocasiões, as respostas governamentais ignoraram ou minimizaram a importância de fatores históricos, institucionais e políticos. A análise destes é fundamental para a compreensão das crises de 2001 e 2006 e definição de estratégias capazes de não apenas prevenir novas crises, mas principalmente para criar condições necessárias para o aperfeiçoamento da gestão das políticas de segurança pública, criminal e penitenciária no Estado de São Paulo.

Há elementos comuns subjacentes às crises de 2006 e 2001: 1) as resistências a reformas democratizantes e inovações na gestão das políticas de segurança pública, criminal e penitenciária no Estado, que contribuem para manutenção de um déficit de transparência na administração pública e de responsabilização de agentes públicos envolvidos em ações ilegais ou irregulares; 2) o crescimento do crime organizado; e 3) o crescimento da população prisional no Estado de São Paulo superior ao aumento do número de vagas e da capacidade de gestão do sistema penitenciário.[47]

Entretanto, há diferenças significativas, que agravaram a crise de 2006. Em particular, a resistência às reformas foi intensificado por quatro fatores: 1) a ausência prolongada de uma liderança política no governo estadual, após o afastamento do Governador Geraldo Alckmin para se candidatar à Presidência da República; 2) o conflito entre os secretários da segurança pública e da administração penitenciária, 3) a limitada mobilização da sociedade civil, do Ministério Público e do Poder Judiciário; e, por fim, mas não menos importante, 4) o crescimento da corrupção e da violência por parte de autoridades e agentes públicos, especialmente

47. Ver dados e informações no anexo 4.

a percepção da magnitude do problema no Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário em 2005 e 2006.

O fim da crise de maio-agosto de 2006, portanto, pode ser atribuído a outros fatores que não o controle e estrangulamento das finanças do crime organizado por parte do Estado. Diante de mudanças na conjuntura, houve também uma mudança nas estratégias do crime organizado para alcançar seus objetivos, que passou a priorizar manifestações e ações pacíficas em lugar de rebeliões e ações violentas.

Desde outubro de 2006 a março de 2007, os presos enviaram mais de 4 mil cartas, a maioria assinada pela "população carcerária", a autoridades, lideranças religiosas e civis, e organizações da sociedade civil, de diferentes penitenciárias paulistas. Nas cartas, os presos reclamam dos problemas do sistema penitenciário, como falta de trabalho, ensino e saúde, e lentidão no andamento dos processos no Judiciário.[48]

Entre 21 e 27 de fevereiro de 2007, o Primeiro Comando da Capital (PCC) organizou movimento contra a participação dos presos das audiências agendadas no Fórum Criminal da Barra Funda. Devido a um movimento coordenado pelo grupo, 550 presos faltaram a audiências agendadas. Apenas 16% dos presos compareceram às audiências. Comparado a um comparecimento de 96% às audiências agendadas entre 12 a 16 do mesmo mês.[49]

A compreensão do final da crise de maio-agosto de 2006, e das relações de forças entre o crime organizado e o Estado, depende em parte da compreensão da origem da crise. Segundo o governo do Estado, as rebeliões e ataques teriam sido

48. *Estado de S. Paulo*, "No *mailing* do PCC, até dona Marisa", "Avanço de facções rivais provocou mudança de estratégia", 18.03.2007. A Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos recebeu aproximadamente 200 cartas, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa 350, e a Pastoral Carcerária 1.000.

49. *Folha de S. Paulo*, "Em 7 dias, 550 presos faltam à audiência", 03.03.2007.

uma tentativa do Primeiro Comando da Capital de demonstrar força e assegurar o controle de unidades do sistema penitenciário. Neste caso, apesar da crise gerada pelas ações do PCC, a polícia teria sido capaz de controlar as rebeliões e ataques e encerrar a crise.

Outras explicações existem, entretanto, para a origem da crise. Organizações criminosas, como o PCC, freqüentemente agem motivadas por objetivos imediatos, de curto prazo, como vingança, publicidade e reconhecimento, concessões específicas do governo, provocar desordem e repressão e desmoralizar o governo, resolver conflitos internos à organização, influenciar processos eleitorais. Muitos destes objetivos foram atingidos entre maio e agosto de 2006.

Acrescente-se ainda o fato de que a administração prisional tem o controle dos estabelecimentos. Mas na verdade, a relação funcionário/preso não se reverteu, os presídios continuam abarrotados e os presos têm efetivamente o controle da massa carcerária. Os Centros de Detenção Provisória tornaram-se 'mini-Carandirus': alguns já abrigam 2000 presos para cerca de 800 vagas; tais locais alojam nas celas 35 a 40 presos para uma lotação de 12. No máximo são 30 os funcionários em cada plantão diurno de 12 horas. Essas condições continuam favorecendo a presença e atuação de grupos criminosos no interior das prisões e seu controle sobre boa parte da massa carcerária.

Duas pesquisas de opinião realizadas no início de 2007 mostram o aumento da preocupação dos brasileiros com o crime, a violência e a insegurança de 2006 para 2007. Mostram ainda que a população brasileira compreende a gravidade dos problemas de segurança pública e também que as causas principais ou imediatas destes problemas dizem respeito à ação ou inação dos governos nesta área. A população percebe que houve no país um processo de estabilização da economia e, ainda que incipiente, de redistribuição de renda. E percebe que a segurança dos cidadãos não aumentou no período, ao contrário, piorou – percepção geral, que atravessa diferenças de gênero, idade, renda e região do país, inclusive no Sudeste e em São Paulo.

Pesquisa do Datafolha (março de 2007) aponta que a violência é considerada o principal problema do país por 31% dos brasileiros (contra 16% em dezembro de 2006 e 10% em outubro de 2003). Pela primeira vez nas pesquisas do instituto, a violência ultrapassa o desemprego (22% em março de 2007, 27% em dezembro de 2006 e 46% em outubro de 2003) no ranking dos problemas que preocupam a população.

Pesquisa do CNT/Sensus (abril 2007) aponta que 90,9% dos brasileiros consideram que a violência aumentou no país nos últimos anos, 60,5% considera que houve piora na segurança pública nos últimos seis meses e 18,2% considera a segurança pública o principal problema do país (contra 14,4% em abril de 2006). Quanto às causas da violência, 24,1% apontam a pobreza e a miséria, enquanto 71,7% apontam um conjunto de problemas relacionados a políticas de segurança pública, criminal e penitenciária: justiça falha (19,1%), tráfico de drogas (19%), leis brandas (15%), corrupção policial (11%) e falta de policiamento (7,6%).

De 2001 para 2006, apesar de uma significativa queda na taxa de homicídios, houve um agravamento dos problemas de segurança pública, particularmente associados ao crescimento do crime organizado, devido à ausência e fragilidade de políticas de controle e prevenção do crime no Estado – quadro este que está associado e contribui para o enfraquecimento do estado de direito e das instituições e práticas democráticas. Não se trata de prever a recorrência de crises, mas de apontar que a possibilidade de novas é real e que estas crises estão associadas a déficits de democracia e direitos humanos, e ineficácia de políticas públicas, particularmente na área da segurança, justiça e administração penitenciária.

5. Entraves para as políticas públicas

No Brasil, de forma geral, a área de segurança pública (especialmente o sistema policial e prisional) não apresenta o que se pode denominar propria-

mente de políticas públicas, entendidas como um conjunto de ações articuladas e planejadas que, embora tenham interferência e reflexos no plano de curto prazo, dizem respeito a metas e efeitos desejáveis de longo prazo. A crise de 2006 abalou as instituições envolvidas com o setor, mas não provocou, no entanto, uma nova perspectiva de comportamento governamental na adoção de políticas públicas. Fenômeno que é particularmente interessante e sob certo sentido preocupante quando se considera que no início de 2007 novas forças políticas foram conduzidas ao poder em decorrência das eleições de 2006. Por conta das rupturas com os governos anteriores, ou novos arranjos das forças políticas, esperava-se pelo menos um pouco de criatividade ou ousadia para propor alguma política para o setor.

As especificidades da área da segurança pública, além da história política e das polícias no país, podem ajudar a compreensão das dificuldades de promover inovações e mudanças para melhorar o desempenho das instituições que a compõem. Para os governos, a segurança pública é uma área problemática, de baixo rendimento de dividendos políticos, com a qual não se deseja identificar uma administração. Essa característica enfraquece sob certo aspecto o compromisso político dos governos com as questões sensíveis da área por meio da transferência para as polícias – polícias civil e militar nos Estados e polícia federal na União – da responsabilidade por políticas, programas e ações de segurança pública. As secretarias da área da segurança pública não estão minimamente preparadas e organizadas para formular, implementar, monitorar e avaliar políticas públicas.

Muito menos as polícias estão preparadas para tanto, ainda que possam participar deste processo. A incapacidade das polícias para formular políticas, em substituição às secretarias de Estado, é agravada no país pela divisão das polícias estaduais, em polícia civil com funções judiciárias e de investigação e polícia militar com funções de patrulhamento, que competem entre si e muito raramente trabalham de forma integrada. Não podendo implementar políticas, que não

são formuladas nem por elas mesmas nem pelos governos, recai inevitavelmente sobre as polícias e policiais – e não sobre os governos e governantes – o ônus dos freqüentes fracassos e crises na área da segurança pública.

Outro traço específico da área da segurança pública, que a diferencia de áreas como saúde e educação, por exemplo, é o nível relativamente baixo de profissionalização dos policiais. A profissionalização das polícias é um processo tardio no país, limitado e ainda incompleto. As polícias são marcadas pela persistência de relações influenciadas pelo clientelismo e corrupção entre políticos e policiais, que ganharam força sob regimes políticos no mais das vezes autoritários. As associações de policiais têm um caráter muito mais sindical do que profissional, visando defender os interesses particulares de seus integrantes mais do que a desenvolver a competência e responsabilidade de policiais e das polícias.

Além disso, na área da segurança pública, ao contrário do que acontece na saúde, educação, e mais recentemente meio-ambiente, é muito restrito o espaço de participação das organizações da sociedade civil no debate público e político. Organizações da sociedade civil que advogam inovações e aperfeiçoamentos de políticas de segurança pública, práticas e serviços policiais, são frequentemente criticadas e acusadas de "incompetência" e "defender bandidos".

Outro elemento complicador da área é a complexidade das relações políticas entre os governos federal, estadual e municipal. As diferentes esferas de competência de cada um tendem a tornar as iniciativas para a área sem organicidade e continuidade, alvos de disputas políticas constantes, de disputas pelos recursos financeiros, sobretudo do governo federal, marcadas em geral pelo baixo compromisso com o cumprimento de metas técnicas e condizentes com a efetivação dos direitos dos cidadãos.

Por fim, a área da segurança não possui um repertório de iniciativas que sejam minimamente consensuais para assegurar eficiência e eficácia das instituições. São profundos e acirrados os conflitos sobre como lidar com as questões de segurança, envolvendo tanto os grupos na sociedade em geral e como os que atuam

no interior das próprias instituições. O acesso e garantia aos direitos envolvidos nessa área são constantemente negados e não reconhecidos. Assim, se a universalização do acesso à educação é ao menos formalmente reconhecida como uma meta que articula ações nesse setor, e que acaba em conseqüência apresentando resultados positivos crescentes, nem mesmo formalmente na área da segurança se reconhece que todos os cidadãos sejam sujeitos de direito. Ações policiais violentas, por exemplo, podem ser desencadeadas sem muitas conseqüências – legais e políticas – se o espaço onde ocorrem é uma favela ou se os cidadãos atingidos são pobres ou supostamente criminosos. Talvez seja a área da segurança a que mais expresse de forma flagrante as precariedades da democracia brasileira e onde mais se evidenciem a assimetria no tratamento que as agências do Estado proporcionam aos cidadãos.

6. Políticas de segurança pública

6.1 A agenda e as alternativas[50]

Quais são os pontos essenciais de uma área que devem ser foco do planejamento de uma política pública num determinado período? Como e em que circunstâncias esses pontos entram na agenda de 'problemas' de uma determinada área? Quem chama a atenção para tais 'problemas', quem os constitui como áreas sensíveis que requerem a intervenção desta ou daquela natureza? Qual é o peso político e institucional desses atores? Essas são algumas perguntas possíveis num processo de análise de como se forma ou se transforma uma agenda para as políticas públicas e que são fundamentais para a posterior formulação de alternativas.

Podem ser desastrosas as conseqüências de uma leitura superficial das questões da área e que implicam na composição de uma agenda sem qualquer

50. Seguimos aqui os principais itens que compõem as políticas públicas de acordo com SOUZA, Celina (2006) "Políticas públicas: uma revisão da literatura". *Sociologias*, 16: 20-45.

debate profundo. Um fato demonstrável, no Brasil nas duas últimas décadas, é o crescimento da criminalidade. Porém, a avaliação das razões desse fenômeno pode ser muito diferente e influenciar na constituição de elementos relevantes para uma agenda do setor. Pode-se apontar a incapacidade de contenção da criminalidade pela polícia e as deficiências do sistema penitenciário como elementos centrais. Pode-se com base nesse diagnóstico do "fracasso" da ação estatal propor o compartilhamento das responsabilidades entre o setor público e privado, e com isso indicar como necessidade a privatização das prisões, maior participação de forças de segurança privadas. Pode-se ainda sugerir a contenção da criminalidade pela "tolerância zero" e pela repressão penal a todo tipo de infração, por menor que seja.

Durante a crise de 2006 em São Paulo, os principais focos de atenção foram as facilidades de comunicação entre presos e pessoas do lado de fora das prisões, e as medidas tecnológicas para impedir esse contato. Pouca atenção foi dada, ou simplesmente não entrou como prioridade da agenda, o problema do pequeno número de funcionários para exercer efetivamente um controle sobre o cotidiano prisional, a necessidade de fortalecer os mecanismos de apuração e punição de funcionários públicos envolvidos com a corrupção. Também não foi discutido o ritmo frenético de crescimento da população encarcerada nos últimos quinze anos, muito acima da capacidade de expansão e gestão do sistema penitenciário, e a possibilidade de alternativas consistentes para punir por outros meios.

Governantes, juristas, representantes dos operadores do sistema de segurança pública e justiça criminal podem ter desempenhado um papel fundamental na formação da agenda que provocou a formulação daquelas alternativas. Outras vozes, da sociedade civil e da universidade, geralmente dissonantes, não encontram espaço para participar do debate público e indicar outras prioridades para a agenda da segurança pública.

Cabe destacar, ainda, que o debate público e a formulação da agenda na área da segurança pública são essencialmente reativos. Os crimes que chocam a opinião pública, as ocorrências mais salientes, como uma grande fuga ou rebelião, uma greve de policiais, que se transformam em emergências, forçam a entrada de determinados elementos no debate e na agenda. Problemas mais estruturais, cuja resolução implique ações de médio e longo prazo, que requerem postura pró-ativa, capaz de antecipar e prevenir crises, não são discutidos. Casos históricos como o da Favela Naval ou crimes que mobilizam a mídia provocam reações muito rápidas em torno de opções legislativas e de sua aprovação (Lei dos Crimes Hediondos, Lei contra a Tortura) ou então de ações pontuais e desconectadas de uma estratégica de médio e longo prazo.

6.2 *Avaliação de opções e escolha*

Um fenômeno bastante peculiar da área da segurança pública é a quase que total ausência de avaliação objetiva das opções disponíveis de políticas. A rigor, não se tem uma avaliação de opções de políticas possíveis, simplesmente porque elas não são formuladas, tornadas públicas o suficiente para que diferentes atores possam se posicionar. Não se tem nem mesmo uma simulação dos impactos, dos desdobramentos das ações propostas, dos "planos" ou "programas" de segurança pública.

Essa questão aponta para uma série de características da área. Em primeiro lugar, a falta de transparência e a histórica incapacidade de produzir informações de boa qualidade. Tal déficit solapa as possibilidades de se desenhar cenários claros e precisos de uma situação num determinado período e de quais pontos são relevantes para uma intervenção, quais as alternativas possíveis e se as opções em questão têm viabilidade ou não. Em segundo lugar, a área da segurança ainda tem a marca do autoritarismo e seus assuntos não são submetidos a um amplo debate público. Os operadores jogam papel decisivo no exercício

de pressões políticas para que não sejam adotadas opções que conflitem com seus interesses corporativos ainda que possam ser de interesse mais geral para a comunidade.

Porém, o traço mais importante nessa questão da avaliação das opções é a quase que completa ausência de indicadores objetivos para norteá-la. A compra de mais equipamentos, como armas, viaturas, efetivamente contribui para a redução da criminalidade? Novos treinamentos proporcionam a mudança de práticas no trabalho policial e penitenciário? Quais indicadores são relevantes para se avaliar as ações realizadas para melhorar o desempenho da polícia numa área problemática da cidade?

As escolhas dentre opções levantadas se fazem muitas vezes pelo caminho da solução mais simples e supostamente menos onerosa como é o caso, por exemplo, de aprovação de leis e decretos. Pode-se dizer também que, no caso das escolhas das alternativas, não se tem uma avaliação com critérios objetivos dos resultados esperados, de metas a serem alcançadas. Na área da segurança, as escolhas percorrem um caminho pouco conhecido, mas repleto de disputas entre atores diretamente envolvidos das instituições, forças políticas, e seguramente quase que nenhum diálogo com organizações da sociedade civil.

6.3 Implementação, monitoramento e avaliação

Esses estágios das políticas públicas, ou pelo menos das ações adotadas na área da segurança, trazem a sua peculiaridade em relação a outros campos de ação governamental. Com relação à implementação, em geral as ações não se universalizam, sendo colocadas em prática numa área determinada, numa esfera específica de um serviço, sem contar com o apoio efetivo do comando político e sofrendo então as restrições e boicotes de atores internos e externos à instituição. Exemplos são muitos: o policiamento comunitário, centrais de penas alternativas, serviços de atendimento à vítima, serviços de proteção a vítimas e testemunhas, ouvidorias

de polícia e do sistema penitenciário. A participação de cada uma dessas iniciativas no conjunto do funcionamento do sistema policial ou do sistema de execução das penas, respectivamente, é muito modesta. A escassez e má gestão de recursos, a desativação de ações por conta de mudanças de administração contribui também para que a implementação de políticas seja marcada por avanços e recuos.

Se o planejamento de políticas é mais formal que real, no outro extremo, o monitoramento e avaliação das ações e programas também não são diferentes. Não se tem por rotina a constituição de procedimentos para monitorar e avaliar o processo de implementação e os impactos que derivam para as instituições e para a sociedade das ações adotadas. Por comparação, talvez a área da educação seja aquela que apresenta os maiores esforços de constituição de mecanismos de avaliação de suas políticas.

No caso da área da segurança pública, o vazio de mecanismos de avaliação é quase que total. As ações, os programas, os planos só raramente incorporam instrumentos de monitoramento e avaliação. Mais rara ainda é a participação de membros externos às instituições do sistema de justiça criminal, da sociedade civil e universidades, enquanto produtores de indicadores para avaliação. Uma hipótese a ser analisada é que há intencionalidade e funcionalidade na ausência de critérios objetivos para medir progresso e verificar o resultado de uma política. A ausência de avaliação faz com que a defesa e o ataque da política sejam feitos exclusivamente com base no senso comum, opiniões particulares, considerações morais, ideologias políticas, e no limite em informações de natureza subjetiva.

É em meio a esse cenário das políticas de segurança pública que um ano depois da crise de maio de 2006, se constata que poucas mudanças ocorreram. Mas por que seriam elas, as mudanças, desejáveis? Por que as práticas em termos de políticas públicas comentadas acima que vigoram na esfera da segurança pública demonstram não ser capazes de responder adequadamente às demandas e necessidades da sociedade? A criminalidade cresce, mas no sistema carcerário e na polícia continuam a se manifestar padrões de atuação não compatíveis com o estado de

direito, com os princípios da moralidade pública e com a eficácia e eficiência na resolução dos problemas do setor. A "muralha" que interdita a transparência na formulação e condução das ações na segurança pública e administração penitenciária só favorece a falta de avaliação dessas ações e no limite colabora para que as crises não sejam devidamente previstas e controladas.

Anexo 1

Propostas para segurança pública: Brasil – São Paulo – Rio de Janeiro
Veja – 10.01.2007

Impunidade

- Construir, a curto prazo, pelo menos 290 presídios de 500 vagas cada um. O preço total seria de 4,5 bilhões de reais.
- Ampliar o sistema de penas alternativas com o objetivo de reduzir a impunidade, sem a ilusão de que essa medida desafogará os cárceres.

Má punição

- Criar juntas técnicas e restabelecer a obrigatoriedade de um exame criminológico para avaliar se um preso tem direito a progressão de pena.
- Aprovar o projeto de lei que amplia o tempo mínimo de cumprimento de pena para a progressividade de pena.
- Extinguir a progressão de pena para assassinos cruéis.
- Reduzir drasticamente o número de indultos.
- Limitar ao máximo as visitas íntimas.

Tráfico de drogas – Rio de Janeiro

- Estabelecer metas mais rigorosas para a repressão ao crime. Segundo estimativa da Organização das Nações Unidas, as quadrilhas só começam a ter

sua força econômica abalada quando se apreende mais de 30% da droga que elas comercializam. No Brasil, o cálculo é de que a polícia capture apenas 10%.

• Abrir corredores de circulação pelas favelas cariocas. A medida facilitaria a instalação dos serviços básicos e o trabalho de policiamento preventivo, assim como a repressão ao crime.

• Vigiar as entradas do Rio. Os caminhos por onde a droga chega à cidade são mais do que conhecidos: a Via Dutra e a rodovia Rio-Santos, que se unem na Avenida Brasil.

• Isolar os líderes de facções em presídios de segurança máxima. A prisão federal de Catanduvas, no Paraná, está pronta desde junho passado, mas só na última sexta-feira [29.12.2006] recebeu doze dos bandidos que comandam o terror no Rio.

Ausência do Estado – Milícias/Paramilitares

• Conter o avanço das milícias, desarticulando os grupos já formados e impedindo que outras favelas sejam ocupadas.

• Criar um rito sumário para a expulsão de policiais envolvidos em atividades ilegais, entre elas atuação em milícias.

Primeiro Comando da Capital – São Paulo

• Promover o isolamento real da cúpula do PCC, mantendo seus líderes em prisões de segurança máxima, restringindo ainda mais o número de visitas que recebem e acompanhando conversas com parentes e advogados, como ocorre nas prisões de segurança máxima americanas.

• Colocar em prática a "via rápida", que prevê mais agilidade na expulsão de agentes penitenciários coniventes com a entrada de armas e drogas nos presídios. Esse mecanismo existe há dois anos, mas, na prática, é ignorado.

• Sufocar a movimentação financeira do PCC. Há vinte dias [18 a 22 de dezembro de 2006], foram descobertas 232 contas bancárias usadas pelo grupo. Elas movimentaram mais de 36 milhões de reais em doze meses, entre 2005 e 2006. O valor é assombroso, mas representa só uma parcela do fluxo financeiro da facção. Rastrear esses recursos, bloqueá-los e evitar a abertura de empresas que lavem dinheiro para o bando é fundamental não só para emperrar a máquina que movimenta a facção como para atingir em cheio sua razão de ser: encher o bolso de uma meia dúzia de barões do tráfico.

Segurança Pública – São Paulo

• Criar um órgão central de inteligência para orientar o combate ao crime em São Paulo. Hoje, a repressão no Estado é descoordenada. As polícias, militar e civil, e o Ministério Público não compartilham, nem sequer, seus bancos de dados.

• Endurecer a legislação penal para integrantes de bandos organizados. O chefe de uma quadrilha de roubo de cargas está sujeito à mesma pena de um trombadinha que assalta no semáforo. Acabar com esse desequilíbrio no Código Penal é uma das principais medidas defendidas no relatório da CPI do Tráfico de Armas, que deve ser discutida pelo Congresso neste ano.

• Aumentar em 40% o número de policiais que patrulham a Via Dutra, que liga São Paulo ao Rio, estrada por onde passa cerca de 15% da cocaína do país. Com menos drogas nas mãos, as quadrilhas se descapitalizam e perdem força.

Polícia – Corrupção

• Criar uma carreira independente para os corregedores. Hoje, eles são policiais militares como os demais e estão sujeitos, portanto, a sair da corregedoria e voltar a trabalhar ao lado de colegas que eventualmente investigaram por corrupção e outros desmandos. "É difícil escapar do corporativismo desse jeito", afirma

Walter Maierovitch, especialista em crime organizado e presidente do Instituto Brasileiro Giovanni Falcone. Algumas polícias do mundo, como a da Irlanda, já adotaram um modelo de corregedoria independente.

• Alterar a jornada de trabalho. Hoje, os policiais trabalham em turnos de doze a 24 horas contínuas e folgam de 36 a 72 horas. O governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, já anunciou que o Estado pretende "comprar" oito horas das folgas dos policiais militares. Com isso, conseguiria aumentar o número de agentes na rua e diminuir o tempo que eles ficam distantes da corporação – e, conseqüentemente, disponíveis para atividades paralelas e nem sempre legais.

• Ampliar iniciativas que promovam o reconhecimento dos bons policiais e ajudem a resgatar a auto-estima da categoria. "Prestígio e respeito são fundamentais em uma profissão", ressalta o coronel José Vicente da Silva. Em São Paulo, por exemplo, há três anos, o Instituto Sou da Paz premia os policiais que se destacaram em suas atividades. No ano passado, cada um dos vencedores recebeu 6.000 reais como prêmio.

Fronteiras – Brasil

• Aprovar a lei que prevê a criação da polícia de fronteira. Ela poderia ser formada por parte dos quase 3.000 soldados que o Exército mantém hoje aquartelados em cidades próximas ao Paraguai.

• Instalar dez postos de fiscalização ao longo da fronteira seca e criação de uma guarda costeira para policiar os 170 quilômetros do Lago de Itaipu, uma das rotas preferidas dos contrabandistas. Hoje esse serviço é feito por apenas nove policiais federais.

• Intensificar, em território paraguaio, ações conjuntas da Polícia Federal brasileira, da Secretaria Nacional Anti-drogas do Paraguai e do DEA, a agência anti-drogas americana. As operações em parceria já levaram à prisão de 120 narcotraficantes brasileiros.

• Revisar o acordo que autoriza o Paraguai a ter uma zona franca no porto de Paranaguá, no Paraná. Pelo acordo, os fiscais brasileiros não têm acesso ao conteúdo de contêineres com mercadorias destinadas ao Paraguai. Boa parte desses produtos volta ao Brasil como contrabando.

Fronteira – Suriname – Armas

• Criar uma Guarda Costeira que fiscalize o fluxo de embarcações no extremo norte do país. Hoje, embora o fluxo de armas e drogas entre o Brasil e o Suriname seja feito, basicamente, por via marítima, a Marinha faz apenas operações esporádicas na região.

• Abrir um posto bem equipado da Polícia Federal em Abaetetuba, cidade portuária onde é desembarcada a maior parte do carregamento ilegal originário do Suriname. A cidade, que na década de 80 chegou a ser chamada de "a Medellín brasileira", é a base dos principais grupos de contrabandistas e traficantes em operação no Pará.

• Instalar um posto de fiscalização na cidade de Oiapoque, no Amapá. Embora a cidade esteja localizada na fronteira com a Guiana Francesa, faz parte da rota utilizada pelas quadrilhas que atuam naquela área.

Delinqüência Juvenil

• Criar programas focados nos jovens. Políticas públicas genéricas de combate ao crime não têm eficiência em relação ao jovem delinqüente, afirmam especialistas. É preciso pensar em iniciativas específicas para eles. "Não basta, por exemplo, implementar um Bolsa Família e distribuir renda", afirma o sociólogo Cláudio Beato, coordenador do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais.

• Um exemplo de iniciativa específica é oferecer alternativas que reduzam a exposição do jovem ao ambiente de criminalidade. As escolas em tempo

integral, com projetos que se estendem inclusive nos fins de semana, têm conseguido bons resultados em áreas de periferia. "É preciso enfrentar o problema da criminalidade pela ótica do delinqüente", afirma o educador Claudio de Moura Castro.

• Ressuscitar a velha e boa assistência social do Estado. Isso ajudará, e muito, a impedir que famílias desestruturadas produzam jovens delinqüentes.

Anexo 2

Propostas para segurança pública: Brasil – São Paulo – Rio de Janeiro
Folha de S. Paulo – 15.02.2007

1. Progressão para regime semi-aberto só com 1/3 do cumprimento da pena no caso de crimes hediondos; na reincidência, só com 1/2.

2. Fim do limite na aplicação de regime de segurança máxima para presos perigosos.

3. Exame criminológico para decidir se detento pode mudar de regime ou ter pena atenuada.

4. Acréscimo na pena para homicídio de agentes do Estado.

5. Disseminação da videoconferência em interrogatório de detentos.

6. Tipificação como falta grave da posse de celular em prisão.

7. Exigência de que empresas de telefonia celular bloqueiem o sinal nas prisões.

8. Fim do privilégio de advogados não serem revistados em presídios.

9. Ampliação para dez anos do limite de internação de menores no caso de crimes dolosos contra a vida.

10. Agilização do processo no Tribunal do júri, por exemplo permitindo ouvir na mesma data réu, vítimas, testemunhas de defesa e acusação.

11. Ampliação do efetivo da Polícia Federal no controle de fronteiras.

12. Transformação da Força Nacional de Segurança numa tropa regular.

Anexo 3

Fórum da Cidadania Contra a Violência

Abril de 2007 – Propostas de Ações Estratégicas para Segurança Públi*ca*

Objetivos Gerais

1. Articular ações de organizações do setor privado, sociedade civil e universidade, e colaborar com autoridades públicas no desenvolvimento de políticas de segurança pública.

2. Promover o desenvolvimento de políticas públicas com fundamentação científica e técnica.

3. Promover o desenvolvimento de políticas públicas com participação da sociedade civil, setor privado e universidade.

4. Promover o desenvolvimento de políticas públicas com participação do Estado, Municípios e União.

5. Aumentar a segurança da população, reduzir a violência e o crime, enfraquecer o crime organizado e evitar crises da segurança pública.

Objetivos Específicos

1. Aumentar a satisfação da população com o atendimento prestado pela polícia.

2. Reduzir o tempo de duração de inquéritos policiais, em especial homicídios, latrocínios, estupro e resistência seguida de morte.

3. Reduzir o tempo de prisão de pessoas sem condenação.

4. Aumentar a porcentagem de penas de prisão em regime semi-aberto e de penas alternativas.

5. Aumentar o uso do instrumento do perdimento de bens nos processos judiciais referentes a tráfico de drogas.

6. Reduzir a impunidade de criminosos e agentes públicos envolvidos com o crime organizado.

7. Promover e fortalecer programas de prevenção da violência, em especial voltados para famílias, jovens, vítimas e testemunhas em situação de risco.

Ações Estratégicas

1. Produzir, distribuir e dar publicidade a dados e informações sobre segurança pública, justiça e administração penitenciária.

2. Criar rede integrada de informações e inteligência sobre crime organizado.

3. Desenvolver políticas/contratos locais de prevenção do crime e da violência.

4. Formação e capacitação integrada de gestores e profissionais nas áreas de segurança, justiça e administração penitenciária.

5. Incorporar práticas e técnicas modernas de gestão organizacional, policiamento, investigação, perícia, prevenção de acidentes e violências no trabalho e prevenção da corrupção.

6. Fortalecer e integrar controles internos e externos da Polícia, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário.

7. Ampliar aplicação de penas privativas de liberdade em regime semi-aberto e aberto e penas alternativas à prisão.

8. Ampliar aplicação de medidas sócio-educativas em meio aberto e semi-aberto, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade.

9. Família: atendimento integral à família; atenção especial a famílias de jovens grávidas e jovens em medida sócio-educativa.

10. Jovens: profissionalização/geração de emprego e renda.

11. Vítimas e familiares: assistência e orientação jurídica, social e psicológica.

12. Vítimas e testemunhas ameaçadas por participar de inquérito policial e processo judicial: proteção + assistência jurídica, social e psicológica.

13. Monitorar a implementação e avaliar resultados de ações estratégicas.

14. Produzir e publicar relatórios periódicos de prestação de contas

Anexo 4

Expansão do sistema prisional no Estado de São Paulo

Em dezembro de 1999, a população prisional era de 83.743 presos, sendo 53.117 presos (63,43%) no sistema penitenciário e 30.626 (36,57%) em cadeias públicas e distritos policiais administrados pela Secretaria de Estado da Segurança Pública.

Em dezembro de 2002, a população prisional era de 109.341 presos, sendo 82.839 presos (75,76%) estavam em unidades do sistema penitenciário e 26.502 (24,24%) em cadeias públicas e distritos policiais.

Em dezembro de 2006, a população prisional chegou a 144.430 presos, sendo 130.014 (90,57%) presos estavam em unidades do sistema penitenciário administradas pela Secretaria da Administração Penitenciária e 13.616 (9,43%) em cadeias públicas e distritos policiais administradas pela Secretaria da Segurança Pública.

Isso significa um crescimento da população prisional total de 32,09% de 2002 a 2006 e 72,47% de 1999 a 2006. Nas unidades do sistema penitenciário, o crescimento foi de 56,95% de 2002 a 2006, e 144,77% de 1999 a 2006.

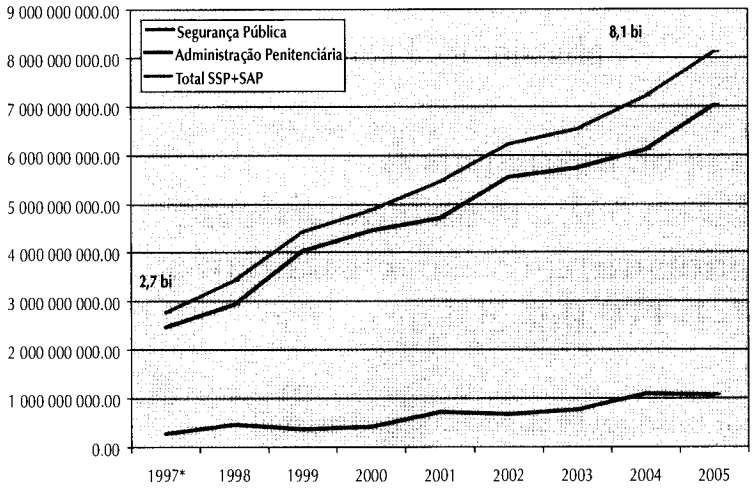
	SSP	SAP	Total
1994	23.179	31.842	55.021
1995	27.033	31.993	59.026
1996	28.501	37.777	66.278
1997	31.127	36.621	67.748
1998	31.481	42.134	73.615
1999	30.626	53.117	83.743
2000	32.319	59.867	92.186
2001	31.173	67.649	98.822
2002	26.502	82.839	109.341
2003	24.906	99.026	123.932
2004	22.760	108.480	131.240
2005	17.515	120.601	138.116
2006	13.616	130.814	144.430

* *Fonte:* Secretaria da Administração Penitenciária

Este crescimento do sistema penitenciário permitiu a desativação das carceragens nas delegacias de polícia na Cidade de São Paulo em 2005. Mas, apesar dos investimentos na construção de prisões e contratação e agentes penitenciários, a expansão contribuiu para manter a superlotação do sistema e ainda reduzir a relação funcionários/presos de 1 funcionário para 2,87 presos em 1999 para 1 funcionário para 4,86 presos em 2005.

Em maio de 2006, portanto, o aumento da população no sistema penitenciário, sem os investimentos necessários para sustentar a construção de prisões e a contratação e formação de agentes penitenciários, no mesmo ritmo do aumento da população, havia dificultado a gestão e gerado condições mais favoráveis para a organização de grupos criminosos dentro do sistema penitenciário. Nem mesmo a institucionalização do regime disciplinar diferenciado foi suficiente para manter a ordem e a disciplina dentro das prisões.

Despesas com Segurança Pública e Administração Penitenciária (R$)
Estado de São Paulo, 1997-2005



Despesas Correntes e de Capital (% Despesa Total), Secretarias da Segurança Pública e da Administração Penitenciária, Estado de São Paulo, 2005

